



Universidad de Jaén

Escuela de Doctorado

TESIS DOCTORAL



**AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y
RENUNCIA UNILATERAL EN EL
ÁMBITO DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES Y EN EL ÁMBITO
FAMILIAR**

**PRESENTADA POR:
MARÍA DOLORES RUIZ-RICO ARIAS**

**DIRIGIDA POR:
GERARDO RUIZ-RICO RUIZ**

JAÉN, 11 DE ENERO DE 2023

ISBN

INDICE

INTRODUCCIÓN. LA RENUNCIA UNILATERAL EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. (Pág. 8)

CAPITULO 1. LAS REGLAS DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE RENUNCIA. CONSIDERACIONES GENERALES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA RENUNCIA DE DERECHOS, Y SU HIPOTÉTICA TRASLACIÓN AL AMBITO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. (Pág. 13)

INDICE:

1.- Renuncia y autonomía de la voluntad. Renuncia abdicativa y renuncia traslativa. Renuncia unilateral y renuncia contractual. Renuncia y transacción. El artículo 6.2 del Código Civil: su ámbito de aplicación. Especial consideración al ámbito familiar: 1.1.- **Introducción. Delimitación de la renuncia en el Código Civil como acto de autonomía de la voluntad:** 1.1.1.- Renuncias unilaterales y renuncias contenidas en acuerdos o negocios bilaterales o plurilaterales. 1.1.2.- Renuncias bilaterales y acuerdos transaccionales o novatorios. 1.1.3.- Renuncias y artículo 6.2 del Título Preliminar del Código Civil: las dudas sobre el valor del citado precepto legal para delimitar la disciplina de la renuncia de derechos._ 1.2.- **El ámbito de aplicación del artículo 6.2 Código Civil. La renuncia bilateral y la renuncia unilateral:** 1.2.1.- Sobre el ámbito de aplicación del artículo 6.2 C.Civil: la renuncia a la ley y a los derechos reconocidos en ella, y la renuncia a los derechos de origen convencional. 1.2.2.- Sobre si la renuncia unilateral abdicativa tiene cabida en el artículo 6.2 del Código Civil. 1.2.3.- El régimen jurídico aplicable a las renuncias unilaterales: los límites a las mismas y el régimen de ineficacia en caso de vulneración. Sobre la irrevocabilidad de las renuncias. 1.2.4.- La forma en las renuncias unilaterales: las renuncias por inactividad o renuncias tácitas. Las renuncias derivadas del silencio mismo del sujeto titular. 1.3.- La traslación de esta doctrina al ámbito de los derechos fundamentales. **2.- Sobre la renuncia a derechos futuros o expectativas de derechos:** 2.1.- Sobre la licitud de las renuncias a derechos futuros. 2.1.1.- Renuncia de derechos futuros y exclusión voluntaria de la ley aplicable: el argumento derivado de la licitud de la exclusión de la ley como posible supuesto de renuncia a derechos futuros o renuncia preventiva. El alcance de la exclusión de ley aplicable. 2.1.2.- La doctrina y la jurisprudencia españolas sobre renuncia a derechos futuros. Las razones favorables a la validez y eficacia de esta renuncia. 2.2.- El régimen jurídico de la renuncia anticipada a derechos futuros o expectativas de derecho. 2.3.- La renuncia a derechos futuros en el ámbito de los derechos fundamentales: la traslación a estos derechos de la doctrina general sobre renuncia a derechos o expectativas futuras.

CAPÍTULO 2: LA DOCTRINA SOBRE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y SU RENUNCIA, Y SU POSIBLE TRASLACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. (Pág. 55)

INDICE:

2.1.- Introducción. Consideraciones generales sobre el posible alcance de la renuncia en el ámbito de los derechos fundamentales. 2.1.1.- ¿Renuncia al derecho fundamental, renuncia al ejercicio del DF, renuncia al ejercicio de las facultades, o renuncias puntuales al DF? 2.1.2.- Renuncia unilateral a los DF y renuncia a los DF contenida en el seno de un pacto o acuerdo._ **2.2.- La doctrina civilista sobre los derechos de la personalidad, y su posible renunciabilidad, como referencia para los derechos fundamentales:** 2.2.1.- Introducción. Ideas generales sobre los derechos de la personalidad. Derechos fundamentales y derechos de la personalidad. 2.2.2.- Las características típicas de los derechos de la personalidad (irrenunciabilidad, indisponibilidad, inexpropiabilidad), y las modalizaciones a las mismas

introducidas por la doctrina civilista: 2.2.2.1.- Irrenunciabilidad e indisponibilidad y la necesidad de separar una cosa de la otra. La prescripción y la renuncia. 2.2.2.2.- Consentimiento o autorización a la intromisión y renuncia del derecho de la personalidad. 2.2.2.3.- Sobre la revocabilidad del consentimiento o autorización a la intromisión en los DP (derechos de la personalidad). 2.2.2.4.- Otras características de los actos de renuncia a los derechos de la personalidad. 2.3.- La posible traslación de la doctrina sobre los caracteres de los derechos de la personalidad a los derechos fundamentales.

CAPÍTULO 3: LA RENUNCIA EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: CONSIDERACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES: LOS LÍMITES A LA RENUNCIA COMO ACTO DE AUTONOMÍA PRIVADA. (Pág. 86)

INDICE:

3.1.- La doctrina constitucionalista sobre derechos fundamentales y la renuncia (total, parcial o puntual) a los mismos: 3.1.1.- El contenido de los derechos fundamentales: no ejercicio y renuncia parcial como posibles contenidos de los derechos fundamentales. 3.1.2.- Sobre los límites de los derechos fundamentales en la doctrina constitucionalista, y su traslación a los supuestos de renuncia a su ejercicio. 3.1.3.- Renuncia a los derechos fundamentales y contenido esencial. Revocabilidad de la renuncia y contenido esencial. 3.1.4.- La doctrina general sobre la *Drittwirkung*. Su relevancia para las decisiones unilaterales en el ejercicio (o no ejercicio) de los derechos fundamentales. 3.1.5.- **Recapitulación:** la renuncia a los derechos fundamentales en su ejercicio frente al Estado (frente a sus decisiones de orden legislativo y judicial restrictivas de la libre facultad de renunciarlos). 3.2.- **El ámbito de la posible renunciabilidad de los derechos fundamentales:** 3.2.1.- Las condiciones y límites de la posible renunciabilidad (puntual y limitada) a los mismos. 3.2.2.- En particular sobre la revocabilidad y reversibilidad de la renuncia por su titular al ejercicio del derecho fundamental.

CAPÍTULO 4: LA RENUNCIA A LOS DERECHOS EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ITALIANAS. RENUNCIA A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ITALIA. BREVE REFERENCIA AL DERECHO ALEMÁN. (Pág. 132)

INDICE:

4.1.- Doctrina y jurisprudencia italianas sobre la renuncia en general: 4.1.1.- Consideraciones generales sobre la renuncia en Derecho italiano, en contraste con el Derecho español. 4.1.2.- Sobre la posibilidad de renunciaciones tácitas y el valor del silencio. 4.1.3.- Sobre la irrevocabilidad general de la renuncia de derecho subjetivos (no fundamentales). 4.1.4.- Sobre la posibilidad de renuncia anticipada a derechos futuros o a expectativas de derechos. **4.2.- La renuncia y los actos dispositivos sobre derechos de la personalidad en el derecho italiano.** **3.- Los derechos fundamentales en Italia: límites y posibilidades de renuncia a los mismos:** 4.3.1.- El contenido de los derechos fundamentales: no ejercicio y renuncia parcial como posibles contenidos de los derechos fundamentales. 4.3.2.- Sobre los límites de los derechos fundamentales en la doctrina constitucionalista, y su traslación a los supuestos de renuncia a su ejercicio. 4.3.3.- Renuncia a los derechos fundamentales y contenido esencial. Revocabilidad de la renuncia y contenido esencial. 4.3.4.- La doctrina general sobre la *Drittwirkung* y su posible relevancia para las decisiones unilaterales en el ejercicio (o no ejercicio) de los derechos fundamentales. 4.3.5.- El ámbito de la posible renunciabilidad de los derechos fundamentales Las condiciones y límites de la renunciabilidad (puntual y limitada) a los mismos. **4.4.- La renuncia a derechos fundamentales concretos en el Derecho italiano: el ejemplo de la renuncia al derecho a la vida y el tratamiento de la eutanasia en Italia.** **4.5.- Breve referencia a la renuncia de derechos fundamentales en Derecho alemán.**

CAPÍTULO 5: EXAMEN PARTICULARIZADO DE LA RENUNCIA EL ÁMBITO DE LOS CONCRETOS DERECHOS FUNDAMENTALES. (I) EL DERECHO A LA VIDA. EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL Y SU RENUNCIA. (Pág. 169)

INDICE:

5.1.- Introducción. La renuncia a los derechos fundamentales: consideraciones generales. 5.2.- El modelo de la renuncia total al derecho fundamental. Sobre la posibilidad de la renuncia al derecho a la vida (art. 15 CE) y la regulación de la eutanasia en España. Sobre la posible renuncia a la libertad personal (art. 17 CE): 5.2.1.- La renuncia al derecho a la vida y la regulación de la eutanasia: 5.2.1.1.- Introducción. La renuncia a los derechos fundamentales: consideraciones generales. 5.2.1.2.- El derecho a la vida del art. 15 CE y su posible renuncia. La consideración de este derecho como derecho de libertad equiparable en sus opciones básicas al resto de derechos fundamentales. 5.2.1.3.- El reflejo de la anterior doctrina en la nueva Ley Orgánica 3/2021, sobre Eutanasia en España. 5.2.1.4.- Conclusión. **5.3.- El derecho a la libertad personal y su renuncia.**

CAPÍTULO 6: EXAMEN PARTICULARIZADO DE LA RENUNCIA EN EL ÁMBITO DE LOS CONCRETOS DERECHOS FUNDAMENTALES. (II) LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN Y LA POSIBLE RENUNCIA PUNTUAL A LOS MISMOS. LA PROTECCIÓN DE DATOS Y LA RENUNCIA. (Pág. 196)

INDICE:

6.1.- Introducción. El modelo legal de la renuncia a actos puntuales de ejercicio de los derechos fundamentales: la regulación del derecho al honor, intimidad y propia imagen, y su posible renuncia. El consentimiento a su intromisión. 6.1.1.- El consentimiento a la intromisión como acto de renuncia puntual y concreta al ejercicio de estos derechos: 6.1.1.1.- Introducción. Consideraciones generales. 6.1.1.2.- Sobre la naturaleza jurídica de la relación surgida entre el sujeto que consiente la intromisión y el beneficiario de la misma. Primeras consideraciones. 6.1.1.3.- Sobre la revocación del consentimiento a la intromisión y su alcance jurídico. 6.1.1.4.- La regulación legal de la facultad de revocar el consentimiento en la Ley orgánica de 5 de mayo de 1982. 6.1.1.5.- Sobre el alcance de la revocación del consentimiento a la intromisión. 6.1.1.6.- Conclusiones sobre la renuncia a los derechos a la intimidad y propia imagen. Sobre la naturaleza no contractual del consentimiento a la intromisión y la inexistencia de una faceta propiamente patrimonial de estos derechos, diferenciable de la personal. **6.2.- La protección de datos personales y su renuncia**

CAPÍTULO 7: EXAMEN PARTICULARIZADO DE LA RENUNCIA EL ÁMBITO DE LOS CONCRETOS DERECHOS FUNDAMENTALES. (III) EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y LOS ACTOS DE RENUNCIA PARCIAL A LA MISMA. (Pág. 220)

INDICE:

7.1.- Introducción. El modelo de renuncia parcial al derecho fundamental. 7.2.- El derecho a la integridad física y su renuncia: 7.1.- Consideraciones generales sobre la admisión de actos de renuncia parcial a la integridad. 7.2.- Sobre la revocación de los actos de renuncia parcial a la integridad física y las posibilidades de reversión. 4.4.3.- La normativa sobre extracción de órganos y tejidos y las posibilidades de revocación del consentimiento y de reversión de los órganos a los donantes. 4.4.4.- La normativa sobre donación de material genético y las posibilidades de revocación del consentimiento y de reversión del mismo a los donantes.

CAPITULO 8: LA RENUNCIA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA (I) LAS OBLIGACIONES DE ALIMENTOS Y SU RENUNCIA. (Pág. 231)

INDICE:

8.1.- Introducción. La renuncia en el ámbito familiar: consideraciones generales. La renuncia en el ámbito de los alimentos. 8.2.- Los alimentos en la Constitución española. 8.3.- Origen histórico y posible fundamento de la norma sobre irrenunciabilidad. Derecho comparado. 8.4.- La irrenunciabilidad de los alimentos de los menores de edad: 8.4.1.- Respecto del derecho de alimentos globalmente considerado. 8.4.2.- Respecto de las pensiones o prestaciones alimenticias/asistenciales concretas de los padres respecto de sus hijos cuando ya han vencido: 8.4.2.1.- Acto explícito de renuncia a las prestaciones alimenticias ya devengadas del menor por parte de sus representantes legales. 8.4.2.2.- Casos de no ejercicio continuado de la acción para reclamar pensiones alimenticias de los hijos menores por parte de sus padres o representantes legales. 8.4.2.3.- Conclusión. 8.4.3.- Otras situaciones. **8.5.- La renuncia a los alimentos por los alimentistas mayores de edad:** 8.5.1.- Alimentos entre cónyuges y posible renuncia. 8.5.1.1.- La renuncia a los alimentos entre cónyuges. Consideraciones generales. 8.5.1.2.- El modelo de los pactos o renunciaciones unilaterales a la pensión compensatoria. 8.5.2.- Alimentos entre padres e hijos mayores de edad, y entre alimentantes/alimentistas mayores de edad sin vínculo de filiación. 8.5.2.1.- Consideraciones generales. 8.5.2.2.- Explicaciones posibles para la irrenunciabilidad establecida en el artículo 151 C.Civil respecto de alimentistas mayores de edad. 8.5.3.- Los alimentos entre hermanos. **8.6.- Conclusiones sobre la renuncia en materia de alimentos y sobre el alcance del artículo 151 del Código Civil.**

CAPITULO 9: LA RENUNCIA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA (I) LA RENUNCIA EN MATERIA DE FILIACIÓN, DE PATRIA POTESTAD Y DE INSTITUCIONES TUTELARES Y MEDIDAS DE APOYO A LA DISCAPACIDAD. (Pág. 284)

INDICE:

9.1.- Introducción. Consideraciones generales sobre la irrenunciabilidad de las funciones paternas y tutelares. 9.2.- La renuncia a la filiación. La renuncia a la maternidad/paternidad en el ámbito de la adopción: 9.2.1.- La renuncia a la filiación en el Código civil y en la Ley del Registro Civil. 9.2.2.- Análisis del sentido y alcance de las normas referidas. 9.2.3.- Análisis breve de la doctrina jurisprudencial en la materia: 9.2.3.1.- El asentimiento paterno como posible acto de renuncia a la filiación y la patria potestad en la doctrina jurisprudencial. La renuncia a la filiación manifestada al hilo de un procedimiento adoptacional. 9.2.3.2.- Sobre la renuncia manifestada mediante acto formal fuera de los supuestos de asentimiento a la adopción. **9.3.- La renuncia a la patria potestad:** 9.3.1.- Introducción. La patria potestad como modelo de potestad o función y sus consecuencias jurídicas. 9.3.2.- La renuncia a la patria potestad en la jurisprudencia. La renuncia como base o fundamento para acordar la privación de la patria potestad. 9.3.3.- Sobre una posible renuncia parcial a la patria potestad. La renuncia a determinadas facultades o derechos: 9.3.4.- Conclusiones. **9.4.- La renuncia en el ámbito de las instituciones tutelares y de las medidas de apoyo tras la Ley 8/2021. La voluntad de los tutores y prestadores de apoyo a la discapacidad, en la constitución y continuación del cargo. Excusa y renuncia al cargo en la Ley 8/2021:** 9.4.1.- Introducción. 9.4.2.- Los cargos tutelares de menores de edad y las posibilidades de rechazo o renuncia a los cargos tutelares antes y después de la reforma legal de la Ley 8/2021. 9.4.3.- **El tratamiento legal de los prestadores de apoyo de personas mayores de edad con discapacidad en la Ley 8/2021:** 9.4.3.1.- Los prestadores de apoyo de origen voluntario: los poderes y mandatos preventivos, la autotutela y las demás alternativas voluntarias. 9.4.3.2.- Los prestadores de apoyo de origen legal: la posición de los guardadores de hecho en la Ley 8/2021. 9.4.3.3.- Los prestadores de apoyo de origen judicial. 9.4.5.- Algunas conclusiones sobre la obligatoriedad de los cargos tutelares y las medidas de apoyo a la discapacidad, tras la Ley 8/2021, y

sobre las posibilidades de sometimiento de los cargos a la voluntad excluyente o renunciadora del sujeto designado.

CAPÍTULO 10: APÉNDICE: BREVE REFERENCIA A LA RENUNCIA EN MATERIA HEREDITARIA: RENUNCIA A LA LEGÍTIMA FUTURA Y RENUNCIA A LA HERENCIA FUTURA. (Pág. 344)

INDICE:

10.1.- Introducción. 10.2.- Sobre el artículo 816 Código civil como obstáculo a la renuncia anticipada a la herencia. La referencia del artículo 1271 Código civil: 10.2.1.- Introducción. 10.2.2.- Fundamento o razón de ser de la prohibición. 10.2.3.- El sentido de la expresión “transacción sobre legítima futura”. 10.2.4.- La renuncia abdicativa unilateral: ¿debe estar excluida del ámbito del artículo 816 CC? 10.2.5.- Las alternativas a la renuncia plena a la legítima: otras posibles “renuncias” y su posible licitud. 10.2.6.- La naturaleza de la nulidad prevista en el art. 816 CC. La posible *confirmación* sobrevenida de la renuncia. 10.2.7.- Las consecuencias jurídicas del acto de renuncia anticipada. La conducta posterior del renunciante y sus posibles efectos. **10.3.- Conclusiones sobre la posibilidad de renuncia anticipada a la herencia futura o a la legítima futura, antes del fallecimiento del causante y la apertura de la sucesión hereditaria.**

CAPÍTULO 11. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS SOBRE LA RENUNCIA UNILATERAL EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y EN EL ÁMBITO FAMILIAR. (Pág. 375)

INDICE:

11.1.- Primeras conclusiones. 11.2.- La renuncia en el ámbito de los derechos fundamentales: 11.2.1.- La argumentación sobre la renuncia en el ámbito de los derechos fundamentales: a) Sobre el contenido de los derechos fundamentales: no ejercicio y renuncia parcial como posibles contenidos de los derechos fundamentales. b) Sobre los límites de los derechos fundamentales en la doctrina constitucionalista, y su traslación a los supuestos de renuncia a su ejercicio. c) Sobre la renuncia a los derechos fundamentales y su contenido esencial. Revocabilidad de la renuncia y contenido esencial. d) Sobre la renuncia a los derechos fundamentales y la llamada *Drittwirkung*. e) En particular sobre la revocabilidad y reversibilidad de la renuncia por su titular al ejercicio del derecho fundamental. 11.2.2.- La repercusión de la renuncia a los derechos fundamentales sobre los límites a la renuncia unilateral de los derechos subjetivos de origen legal o negocial. 11.2.3.- Sobre los posibles sentidos de la irrenunciabilidad establecida legalmente, o defendida a nivel doctrinal o jurisprudencial. **11.3.- Conclusiones sobre la renuncia en materia de alimentos y sobre el alcance del artículo 151 del Código Civil. 11.4.- La renuncia anticipada a la legítima y a la herencia. 11.5.- Conclusiones sobre la renuncia en el ámbito de la filiación, la patria potestad y las funciones tutelares y medidas de apoyo:** 11.5.1.- Renuncia a la filiación y renuncia a la patria potestad. 11.5.2.- Particularidades de la renuncia en el ámbito de los cargos tutelares y medidas de apoyo. Algunas conclusiones sobre la obligatoriedad de los cargos tutelares y las medidas de apoyo a la discapacidad. **11.6.- Reflexiones finales sobre la renuncia de derechos en general.**

RESUMEN Y CONCLUSIONES EN ITALIANO. SINTESI E CONCLUSIONI (Pág. 412)

BIBLIOGRAFÍA (Pág. 415)

INTRODUCCIÓN. LA RENUNCIA UNILATERAL EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Parece oportuno examinar un campo tradicionalmente poco estudiado por la doctrina como es el del juego de la facultad de renuncia en el ámbito de los derechos fundamentales (en adelante, DF) garantizados por la Constitución, con especial incidencia en los actos de la llamada doctrinalmente renuncia unilateral, dejando en principio de lado las renunciaciones bilaterales o contenidas en negocios contractuales. Todo ello antes de dedicar un apartado a la renuncia en el ámbito del Derecho de la persona y del Derecho de familia, por la relativa proximidad con los primeros supuestos, dada su también tradicional condición personalísima y extrapatrimonial. Se trata de conocer el modelo que pudiera ser aplicable a los DF en cuanto a sus posibilidades de renuncia, por si fuera trasladable, con más o menos matizaciones, a la renuncia en el Derecho de la persona y de familia, o ejercer algún tipo de influencia en ese ámbito.

A priori, todo abonaría la idea de que los derechos fundamentales, por su inherencia a la persona mientras la misma esté viva, deben ser considerados como irrenunciables. Es probable que esta tendencia sea un cierto reflejo de la clásica concepción doctrinal de los llamados derechos de la personalidad (en adelante, DP), coincidentes como veremos en buena medida con los DF, siendo esa doctrina sobre derechos de la personalidad la que seguramente se halla más desarrollada que la propia de los DF en cuanto a sus características básicas de derechos indisponibles, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles, cuestión ésta a la cual la doctrina constitucionalista ha dedicado no demasiada atención.

Sin embargo, a poco que se profundice, resulta que la cuestión de la renunciabilidad o irrenunciabilidad de los DF está mucho más viva de lo que pudiera pensarse, puesto que existen opiniones y posturas de la doctrina constitucionalista que están específicamente referidas, con más o menos intensidad, al tema de la renuncia, abriéndose así a la posibilidad de acoger determinadas manifestaciones de abandono o no ejercicio de concretas facultades derivadas de los DF, dentro de ciertos límites, y con un determinado alcance, que ahora se verá.

El constitucionalista que quizás ha dedicado atención más directa al problema de la renuncia en el ámbito de los derechos fundamentales ha sido DIEZ-PICAZO (Luis María), y lo ha hecho dentro del marco más amplio de un capítulo dedicado a la titularidad y ejercicio de los DF¹.

¹ DIEZ-PICAZO, L.M^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª edic, Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, pag. 141 a 144.

Cabe citar del autor la más reciente edición de esta obra: *Sistema de derechos fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pag. 136-140, donde reproduce sin cambios sus opiniones contenidas en las anteriores ediciones. Vamos a mantener en adelante todas las referencias respecto de la edición primera citada del año 2005.

DIEZ-PICAZO pone de manifiesto, en relación a los derechos fundamentales, que el punto de partida del análisis de la renuncia en este tipo de derechos, debe ser el Derecho civil, y señala la paradoja de que los derechos pueden ser renunciados, con el límite del orden público, cuando resulta que el armazón del orden público lo constituyen justamente los propios derechos fundamentales.

Esto no obstante requiere algo más de reflexión, y quizás no sea así del todo. En primer lugar, los derechos fundamentales no son estrictamente el armazón del orden público, sino que lo es seguramente la necesidad de su reconocimiento, respeto y aplicación.

Por otro lado, la idea del autor, siendo correcta a nuestro juicio, lleva a una segunda consideración, respecto del alcance del art. 6.2 CC, al que parece remitir para fijar sus límites, en el sentido de suponer a un cierto apriorismo el decir que el art. 6.2 CC es aplicable a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. Dicho de otro modo, resulta dudoso admitir que el Título Preliminar del Código Civil pueda jugar al mismo nivel de la propia Constitución en este ámbito, cuando es ésta la que sirve de fundamento a la vigencia actual del Código, por lo que los posibles límites a la renuncia a los DF quizás no se deban regir por las pautas del citado art. 6.2 CC (tres pautas: interés público, orden público y perjuicio de terceros), sino que han de hacerlo quizás por criterios distintos. A ello nos referiremos a continuación.

En principio, cabe anticipar que los tres límites del art. 6.2 CC resulta difícil de aplicar sin más a los DF. No es fácil hacerlo respecto del “interés público”, que por su esencia, se contrapondría al interés individual garantizado con el reconocimiento del derecho fundamental concretamente afectado. Tampoco lo sería, con bastante menos motivo, respecto del “interés o perjuicio de terceros”, el cual teóricamente tendría en aquellos casos en que se produjese una contraposición (del acto de renuncia) del DF por su titular con otro derecho fundamental del mismo rango de otro sujeto, o con un bien fundamental reconocido por la Constitución, con el mismo o similar rango que el DF renunciado. Sin embargo, es patente, si pensamos en el caso prototípico de la renuncia abdicativa unilateral, que en estas situaciones prácticamente nunca habrá un interés de tercero que pudiera verse afectado; otra cosa es que la renuncia se produjese en el marco de un acuerdo entre dos sujetos y se produjera una contraposición de intereses entre el renunciante y un tercero cuyo derecho fundamental se viera afectado por esa estipulación de renuncia, renuncia ésta que, por encajarse en el seno de un acuerdo de contenido más amplio, con otras prestaciones y contraprestaciones, tendría unas connotaciones diferentes, como luego se trata.

Por último, respecto de la idea de “orden público” como posible límite, lo llamativo es que, en principio, ese límite vendría dado con mucha frecuencia por la vulneración de un derecho fundamental, como consecuencia de la actuación de un poder público, o de terceros particulares, por lo que sería extraño que quedara afectada por ese orden público una decisión del titular mismo del derecho fundamental de renunciar a él, esto es, de no ejercitarlo, en un caso y unas circunstancias dadas.

En conclusión, parecen a priori complicado aplicar y trasladar a los derechos fundamentales los parámetros propios de las renunciaciones a los derechos subjetivos reconocidos legal o contractualmente, tal como se recogen en el Título Preliminar del Código Civil.

DIEZ-PICAZO² alude al orden público, y concluye que esa idea en relación a los DF y a su posible renuncia, le lleva a la doctrina tradicional sobre derechos de la personalidad, que considera a dichos derechos como irrenunciables.

Esta afirmación resulta dudosa, en cuanto que, no habiendo propiamente una idea de orden público como posible límite al ejercicio de cualesquiera DF, como luego vamos a comprobar, es muy discutible que se pueda llegar a la conclusión de que el orden público lleva a la general irrenunciabilidad de los derechos fundamentales, en cualquiera de todas sus posibles facetas o manifestaciones, o incluso al propio DF mismo.

Precisamente siendo consciente de ello, el propio autor, a continuación, adopta una perspectiva mucho más realista y se plantea, de nuevo siguiendo las enseñanzas del Derecho Civil, la posibilidad de discernir entre *renuncia al DF en general* y *renuncia a uno o varios actos de ejercicio de ese derecho*. En concreto lo hace en términos de “*renuncia al ejercicio de facultades*” que otorga un determinado DF, y concluye, frente a la renuncia al DF mismo, que ve inadmisibles, que es mucho menos seguro que lo primero no sea posible jurídicamente. Al respecto, pone dos posibles ejemplos, uno, de renuncia no unilateral, sino contenida en un contrato o adhesión a una agrupación (la renuncia a no ejercitar actividades económicas concurrentes con la empresa que se contrata, o la renuncia a afiliarse al partido de la oposición cuando se entra en un determinado grupo o asociación); y dos, la simple decisión del sujeto titular del DF de reaccionar frente a la vulneración del mismo, decidiendo no ejercitar la correspondiente acción judicial.

La fundamentación de estas opciones, a juicio de DIEZ-PICAZO, se halla en que los DF son derechos subjetivos, y éstos dejan a su titular la facultad de hacer valer, cuando lo estime oportuno, la protección de los intereses protegidos por ellos. Por ello concluye -ahora pensando seguramente en actos unilaterales- que el criterio general en materia de renuncia debe ser el que a las personas, en tanto actúen conscientes y libremente, les debe corresponder la decisión de cuándo ejercer sus derechos fundamentales, y por tanto, también cuándo no hacerlo, renunciando así al ejercicio de las facultades derivadas del respectivo DF.

Tras excluir la posibilidad de renuncia al ejercicio de DF frente al Estado o los poderes públicos, expone DIEZ-PICAZO que el campo donde debe jugar la posible renuncia es el seno de las relaciones entre particulares, lo que lleva a su juicio al tema de “*Drittwirkung*” y la disputa sobre la eficacia horizontal de los DF, cuestión a la que luego nos dedicaremos con mayor intensidad. No desarrolla el autor esta idea, a pesar de su importancia, lo que demuestra una cierta inseguridad por su parte en cuanto a la

² DIEZ-PICAZO, *ob.cit.*, pag, 141.

procedencia de la misma. En todo caso, es evidente que se trata de una cuestión que debe ser analizada con detenimiento, por lo que nos ocuparemos de ella más abajo.

Al margen de la posición que se adopte en esta polémica sobre la eficacia de los DF en las relaciones privadas, DIEZ-PICAZO entra³ en otro de los aspectos importantes que se derivan de la posible renunciabilidad en los derechos fundamentales, y es el de *la esencial revocabilidad de cualquier acto de renuncia al ejercicio de los DF*. Sin duda, constituye una constante en la doctrina, como ahora se verá, la idea de que todo ejercicio de un DF debe ser libre y permanentemente revocable, en la medida en que ello sea posible, aunque el autor apenas si desarrolla este principio, que creemos puede ser de enorme relevancia teórica y práctica, ni examina sus límites (salvo una puntual referencia que hace a su ejercicio de buena fe, que quizás resulta dudosa), ni la posibilidad de reconsideración de la propia revocación de la renuncia.

No analiza tampoco el tema de la revocabilidad de la renuncia según las circunstancias y condiciones en que se produce. Así, puede ser razonablemente posible su revocación en aquellos casos en que el acto jurídico de renuncia conlleve una situación de permanencia o perdurabilidad en el tiempo, pero resulte difícil de llevar a la práctica cuando la eficacia de la renuncia es inmediata, puntual y sin continuidad. Es en los primeros casos, o en general cuando la renuncia no ha desplegado la totalidad de sus efectos, cuando debe acogerse el criterio de la libre revocabilidad *ad nutum* de la renuncia. Estamos pensando primordialmente en una renuncia unilateral, donde no haya terceros afectados, al menos de modo directo, por lo que no cabría una exigencia por parte de éstos de una posible indemnización derivada de esa revocación de la renuncia: sería inviable. Sin embargo, resultará bastante más complejo cuando se trata de renuncia en el seno de un acuerdo de contenido más amplio, o con hipotética “contraprestación”. A estos supuestos nos referimos más abajo.

Lo que sí puede ser un criterio guía en materia de revocabilidad de la renuncia, es el que, tratándose de un derecho fundamental, se deba evitar al máximo que se pueda condicionar el ejercicio de la facultad de revocar ante la perspectiva de una posible demanda por daños y perjuicios proveniente de tercero (cuyo interés además, por ser siempre indirecto, no sería seguramente digno de protección frente al que ejercita su derecho fundamental, ahora en sentido negativo). Sobre ello se vuelve más adelante.

Sí se ocupa DIEZ-PICAZO de la antes referida cuestión indemnizatoria en casos de revocación, y tras considerar que lo habitual es que se trate de un deber de indemnizar de naturaleza contractual, lo cual puede ser bastante discutible, como luego se analiza, se plantea la posibilidad de que sea extracontractual, remitiendo sin más al parecer a las reglas civiles de la responsabilidad extracontractual (arts. 1902 ss. CC), lo cual también puede ser dudoso.

³ DIEZ-PICAZO, *ob.cit.*, pag- 143.

Finalmente, DIEZ-PICAZO plantea⁴ la distinción entre los diversos DF en relación a su posible renuncia, y concluye que, frente a la mayoría de DF donde sería más o menos factible la renuncia (al “ejercicio de facultades”, en terminología del autor), algunos DF puede que no admitan renuncia alguna, como sucedería con el derecho a la vida, por su carácter irreparable, y acaso también con el derecho a la integridad física y la libertad personal, aun cuando admite respecto de estos derechos la posibilidad de supuestos límite como el del “testamento vital” con modalidad de eutanasia pasiva, o el de las prácticas masoquistas entre adultos que consienten.

Sin duda, aunque las opiniones de DIEZ-PICAZO merecen en general un análisis mucho más detenido y detallado, no cabe duda de que el autor pone sobre la mesa buena parte de la problemática que se puede derivar de la posible renunciabilidad de DF, o de facultades de DF o de ejercicio de facultades derivadas de DF, por lo que hay que reconocer su aportación al tema, sirviendo sus ideas como un muy acertado punto de partida para analizar todas las cuestiones que se pueden suscitar y que se suscitan ya en la práctica.

Quizás se echa en falta, en esta y otras opiniones doctrinales a las que luego nos referimos, el que no se distinga entre los dos típicos modos de renuncia, la unilateral y la contenida en el seno de un acuerdo de mayor alcance, que seguramente merecen un trato diferenciado y separado, así como el que no se extraigan consecuencias relevantes del tratamiento de la renuncia en los DF, para su posible traslado y aplicación, con o sin matices, a la renuncia a otros derechos y relaciones jurídicas de carácter personal, como las habidas por ejemplo en el ámbito del Derecho de familia. Precisamente a esta cuestión nos hemos de referir al final de este trabajo.

⁴ DIEZ-PICAZO, *ob.cit.*, pag- 144.

CAPITULO 1. LAS REGLAS DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL SOBRE RENUNCIA. CONSIDERACIONES GENERALES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE LA RENUNCIA DE DERECHOS, Y SU HIPOTÉTICA TRASLACIÓN AL AMBITO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

INDICE:

1.- Renuncia y autonomía de la voluntad. Renuncia abdicativa y renuncia traslativa. Renuncia unilateral y renuncia contractual. Renuncia y transacción. El artículo 6.2 del Código Civil: su ámbito de aplicación. Especial consideración al ámbito familiar: 1.1.- **Introducción. Delimitación de la renuncia en el Código Civil como acto de autonomía de la voluntad:** 1.1.1.- Renuncias unilaterales y renuncias contenidas en acuerdos o negocios bilaterales o plurilaterales. 1.1.2.- Renuncias bilaterales y acuerdos transaccionales o novatorios. 1.1.3.- Renuncias y artículo 6.2 del Título Preliminar del Código Civil: las dudas sobre el valor del citado precepto legal para delimitar la disciplina de la renuncia de derechos._ **1.2.- El ámbito de aplicación del artículo 6.2 Código Civil. La renuncia bilateral y la renuncia unilateral:** 1.2.1.- Sobre el ámbito de aplicación del artículo 6.2 C.Civil: la renuncia a la ley y a los derechos reconocidos en ella, y la renuncia a los derechos de origen convencional. 1.2.2.- Sobre si la renuncia unilateral abdicativa tiene cabida en el artículo 6.2 del Código Civil. 1.2.3.- El régimen jurídico aplicable a las renuncias unilaterales: los límites a las mismas y el régimen de ineficacia en caso de vulneración. Sobre la irrevocabilidad de las renuncias. 1.2.4.- La forma en las renuncias unilaterales: las renuncias por inactividad o renuncias tácitas. Las renuncias derivadas del silencio mismo del sujeto titular. 1.3.- La traslación de esta doctrina al ámbito de los derechos fundamentales. **2.- Sobre la renuncia a derechos futuros o expectativas de derechos:** 2.1.- Sobre la licitud de las renuncias a derechos futuros. 2.1.1.- Renuncia de derechos futuros y exclusión voluntaria de la ley aplicable: el argumento derivado de la licitud de la exclusión de la ley como posible supuesto de renuncia a derechos futuros o renuncia preventiva. El alcance de la exclusión de ley aplicable. 2.1.2.- La doctrina y la jurisprudencia españolas sobre renuncia a derechos futuros. Las razones favorables a la validez y eficacia de esta renuncia. 2.2.- El régimen jurídico de la renuncia anticipada a derechos futuros o expectativas de derecho. 2.3.- La renuncia a derechos futuros en el ámbito de los derechos fundamentales: la traslación a estos derechos de la doctrina general sobre renuncia a derechos o expectativas futuras.

1.- Renuncia y autonomía de la voluntad. Renuncia abdicativa y renuncia traslativa. Renuncia unilateral y renuncia contractual. Renuncia y transacción. El artículo 6.2 del Código Civil: su ámbito de aplicación. Especial consideración al ámbito familiar.

1.1.- Introducción. Delimitación de la renuncia en el Código Civil como acto de autonomía de la voluntad:

Parece razonable conocer el desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial de la renuncia a los derechos en general, a partir de su regulación en el Título Preliminar del Código Civil español, como paso previo para resolver sobre si toda la teoría general elaborada al respecto de la renuncia a los derechos subjetivos y a las expectativas de derechos o derechos futuros, es trasladable o no a los derechos fundamentales, o si se pueden señalara algunas diferencias.

Por lo pronto, es llamativo el relativamente poco interés que ha prestado la doctrina civilista a la renuncia de derechos y de expectativas de derechos, en particular desde la perspectiva de la renuncia unilateral, como concreta manifestación de autonomía de la voluntad, susceptible de ser diferenciada de la autonomía típicamente contractual. Esta es la razón de que nos intentemos ocupar nosotros en este trabajo sobre esa faceta concreta, dentro de todo el panorama general de la renuncia.

En principio, vamos a partir de la idea de que no pueden ser equiparados los actos de renuncia contenidos dentro de contratos o acuerdos entre dos o más sujetos, donde se persigue fundamentalmente el intercambio de bienes y servicios, aun de índole no patrimonial, para satisfacer necesidades de dos o más sujetos, quienes no podrían obtenerlos sino a través de la negociación con terceros, con aquellos otros actos de renuncia que, por ser unilaterales, no necesitan la presencia de terceros, bastando la decisión del titular mismo del derecho o del beneficiario de la expectativa, ni hay en ellos terceros interesados, al menos de forma directa.

Por lo pronto, es habitual en la doctrina nacional y extranjera considerar que sólo son renunciaciones propiamente dichas las renunciaciones unilaterales abdicativas, por contraste con las renunciaciones traslativas. Así lo afirman en España, entre otros, GARCÍA RUBIO⁵, ASÚA⁶, O'CALLAGHAN⁷ o ROGEL VIDE⁸.

Indudablemente una renuncia traslativa implica un acuerdo entre dos o más personas en virtud del cual un sujeto abdica un determinado derecho o pretensión, con traslado del

⁵ GARCIA RUBIO, M.P., *Comentarios al Código Civil (Dir. A. Domínguez Luelmo)*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, p.64, quien, al tratar de la renuncia de derechos, dice que se trata de la renuncia en sentido estricto, entendida como declaración unilateral de voluntad, realizada exclusivamente por el titular del derecho renunciado, sin necesidad de que su voluntad esté vinculada por la otra parte para la efectividad del abandono del derecho.

Esta idea de la autora sugiere que no sólo hay distinción entre renuncia abdicativa y traslativa, sino entre renuncia unilateral y renuncia bilateral, es decir, la adoptada en negocio bilateral, de modo que a esta no se le aplicaría el art. 6.2 CC ni sus límites, en principio, sino que se regiría por los límites generales de la autonomía de la voluntad, y por los específicos del negocio celebrado (normas sobre transacción, convenios reguladores, capitulaciones matrimoniales, novación, etc.).

⁶ ASÚA *Código Civil Comentado (Dir. Cañizares, de Pablo, Orduña y Valpuesta)* 2ª edic. Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p.80, para quien la renuncia traslativa no es propiamente renuncia, siéndolo sólo propiamente la abdicativa. Dice igualmente que la renuncia suele caracterizarse como un acto o negocio jurídico unilateral, en cuanto supone una única declaración de voluntad, y no ser necesariamente recepticia (aunque señala que la jurisprudencia admite que sea recepticia en algunos casos).

⁷ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "La renuncia a la legítima", en *Libro Homenaje a Ramón María Roca Sastre*, vol. III. Madrid, 1976, pag. 312.

ROGEL VIDE, C., *Renuncia y repudiación de la herencia en el Código Civil*, Ed. Reus, Zaragoza, 2011
⁸, pag. 44, para quien la renuncia propiamente dicha es la abdicativa.

mismo a un tercero, que pasa a convertirse en nuevo titular, ya sea a cambio de una contraprestación a su cargo, ya sea en forma gratuita. En todos estos posibles supuestos, nos hallamos ante un verdadero acto dispositivo, que exigiría en todo caso el correspondiente poder de disposición por parte del titular, lo que quizás no necesariamente se precisa para una renuncia unilateral.

1.1.1.- Renuncias unilaterales y renuncias contenidas en acuerdos o negocios bilaterales o plurilaterales:

Por otro lado, como bien dice CARRASCO PERERA, una renuncia puede estar contenida en un pacto, dentro de un entramado contractual, de modo que forme parte de un juego de prestaciones y contraprestaciones, o bien ser absoluta, contenida en un negocio unilateral⁹.

De hecho, el propio Tribunal Supremo no tiene más remedio que reconocer esta diferenciación. Así lo hace, por ejemplo, en la **STS de 15 de octubre de 1986**:

“...Si la dejación o abandono de un derecho, la llamada renuncia abdicativa, implica un acto jurídico unilateral, como pérdida del mismo, no puede considerarse válida cuando dicho derecho nace de contrato bilateral y afecta a derechos ajenos a los propios del renunciante, pues las obligaciones que nacen de los contratos tiene fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos (artículo 1.091 del Código Civil), siendo únicamente válida la renuncia cuando no perjudique a tercero (artículo 6.2 del propio texto legal), cosa que ocurriría en el caso contemplado mientras no se pagasen el préstamo y sus intereses, a cuyo abono se comprometieron no sólo al firmar los contratos con las cláusulas en ellos establecidas, sino también al entrar a formar parte del Grupo Sindical de Colonización, a través del cual se consiguió el préstamo para la obra de transformación del secano en regadío...”

CARRASCO PERERA añade una tercera opción a las dos anteriores: la posibilidad de que la renuncia esté contenida en un acuerdo, pero carezca de causa onerosa en el sentido del art. 1274 CC.

Debemos entender sin embargo que esta última posibilidad, ciertamente factible en la práctica, y salvo en caso de implicar un acto a título gratuito (en forma de renuncia a un derecho o expectativa, en favor de otro, que sería el concreto y específico beneficiario, en cuyo caso hablaríamos de un negocio o contrato gratuito), debería quizás ser equiparada a la renuncia unilateral pura o estricta, en cuanto se trataría generalmente de una manifestación de renuncia *efectuada dentro de un mismo documento*, pero sin guardar conexión o ser necesariamente correspectiva del resto de estipulaciones contenidas en el contrato o negocio jurídico.

No obstante, esta tercera vía debe ser siempre examinada, en cada caso en que se presente, con mucho detenimiento y prevención, para comprobar si efectivamente esa

⁹ CARRASCO PERERA, A.F., *Comentarios al Código Civil (Dir. R. Bercovitz)*, Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pag. 148.

manifestación de “renuncia” constituye o no una contraprestación más, dentro de las restantes de las contenidas en ese contrato¹⁰.

A este respecto, la aportación de la doctrina italiana puede considerarse como importante, en cuanto añade algunos matices más. Así, MACIOCE¹¹ expone distintos supuestos de renunciaciones dentro o como estructura de orden bilateral o contractual, y así distingue entre: 1) Renuncia contenida en un negocio bilateral, por ejemplo, cuando se inserta en un contrato o es declarada a cambio de un corresponsivo o compensación; 2) Renuncia configurada como cumplimiento de una obligación contractual cuando una de las prestaciones de las partes consista en una actividad abdicativa (“*dismissiva*”); 3) finalmente, puede presentarse la renuncia como fruto del acuerdo entre el renunciante y el destinatario de los efectos reflejos del acto de renuncia (aunque en tales casos se pueden producir a su juicio los efectos propios de la renuncia con independencia de una manifestación de voluntad del destinatario del negocio). Ha de advertirse que, para este autor, en ninguno de estos casos nos hallamos ante una verdadera y propia renuncia, dado que, a su juicio, la producción de los efectos típicos de la renuncia se halla impedida con ocasión o como consecuencia de la estructura bilateral del negocio.

Más claro es SCIANCALEPORE¹², quien respecto de la naturaleza de la renuncia, que considera un negocio unilateral, recoge una serie de supuestos que a priori pudieran considerarse renunciaciones pero que no lo son, por tratarse de negocios realmente contractuales, como los siguientes: 1) la renuncia de una persona sin querer a cambio alguna contraprestación, o sea, *donandi causa*, y la otra parte lo acepta, caso en que nos hallaríamos ante una típica donación; 2) también puede suceder que la persona renuncie a la propia situación subjetiva a cambio de una prestación, en cuyo caso estaremos ante una renuncia “*corresponsivata*”, la cual precisa del esquema negocial del contrato; 3) distinto fenómeno es aquel de renuncia traslativa, que se produce cuando a través del abandono del renunciante se realiza un efecto traslativo frente a otra persona, como sucedería en supuestos de renuncia inserta dentro de una transacción o en un contrato corresponsivo. Un poco más adelante el autor excluye también del ámbito de la renuncia los supuestos de novación contractual, a partir de una hipotética consideración de la novación como suerte de renuncia al crédito preexistente en la relación novada o modificada.

¹⁰ Sin embargo, debemos discrepar de CARRASCO PERERA cuando se refiere a una renuncia contenida en contrato sin contraprestación, y sostiene al respecto la aplicabilidad interpretativa del art. 1289 CC. A nuestro juicio, es dudosa esta conclusión. Podría valer si se trata de un verdadero contrato, pero no si es una cláusula de renuncia desvinculada del resto del contenido del contrato: en tal caso, sería un documento con dos contenidos, uno contractual, y otro de renuncia unilateral, con regímenes jurídicos diferentes, incluidos dentro de un mismo documento, pero no conectados entre sí. Piénsese, por ej., en una partición consensual donde se contiene una repudiación de uno de los coherederos, o una renuncia del mismo a una parte de sus derechos hereditarios.

¹¹ MACIOCE, F., Voz “*Rinunzia. Diritto Privato*”, en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XL (Rest-Riun), ed. Giuffrè, Milano, 1989, pag. 934-935.

¹² SCIANCALEPORE, G., *Situazione giuridiche disponibili e rinunzia*, pag. 36 a 41.

1.1.2.- Renuncias bilaterales y acuerdos transaccionales o novatorios:

Por otro lado, dentro de las renunciaciones contractuales, cabría referirse a las especialidades propias de la “*renuncia transaccional*”, que como sabemos *no es una renuncia de derechos propiamente tal*, sino una *renuncia a pretensiones* (extrajudiciales o ya judiciales), por lo que difícilmente se pueden regir por la regla del art. 6.2 del Título Preliminar del CC, al tener una naturaleza singular, dado que existirá una contraprestación por tal renuncia a una o varias de las pretensiones, consistiendo aquélla, bien en otra renuncia parcial a las propias pretensiones, o bien en la entrega de una prestación no discutida (lo que doctrinalmente sería la llamada “transacción mixta”). Los límites en tales casos deberían ser los generales (art. 1255 CC) y los propios de las transacciones (art. 1814 CC, básicamente)¹³.

Ha de señalarse la gran dificultad que existe para discernir en la práctica cuándo estamos ante un contrato de transacción, con renuncia a pretensiones, y un contrato que podríamos denominar “novatorio”, en el cual las partes modifican una situación anterior, sin que exista un conflicto jurídico previo entre ellas (o sin que el mismo esté aún bien delimitado), y en el cual alguna de ellas renuncia a hipotéticos derechos o pretensiones. Al respecto, la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de transacciones/novaciones en el ámbito de los préstamos hipotecarios (también en otros contratos, v.gr. contratos de aprovechamiento por turnos) da fe de la difícil y seguramente errónea calificación como transacciones de todos esos acuerdos en los que se modifica una cláusula presuntamente nula por abusiva en ese tipo de contratos, con renuncia en ellos al ejercicio a acciones por el prestatario. Véase al respecto las SSTS de 16 de octubre

¹³ A este respecto el significativa la **STS de 11 de octubre de 2000**, que ha diferenciado las renunciaciones abdicativas de las renunciaciones contenidas en contratos de transacción, del siguiente modo:

“El motivo primero, al amparo del art. 1692.4º LECiv, alega infracción del art. 6.2 CC y la doctrina de esta Sala contenida en las sentencias. Se apoya en que la misma es rotunda en la afirmación de que la renuncia de derechos ha de ser clara e inequívoca cuando se alegan para deducirla actos del presunto renunciante. Ninguna de estas circunstancias se dan, a juicio de la sociedad recurrente en este caso, por lo que la sentencia recurrida debe ser casada en cuanto le niega el derecho al cobro, lo que acarrea la casación completa de aquélla, porque el resto que quedaría sería incompatible con la casación parcial.

*“El motivo se desestima porque la sociedad recurrente no tiene en cuenta que **la doctrina de esta Sala sobre los requisitos para que la renuncia de derechos subjetivos sea eficaz jurídicamente atañen sólo a las abdicativas, y no es aplicable al contrato de transacción** que en la sentencia de la Audiencia, confirmando el fallo de la primera instancia, afirma que medió entre las partes litigantes, transacción consistente en que la actora se avenía a la entrega de lo comprado tal y como se describía en la «minuta» de la escritura pública que dejó en la Notaría, a cambio de que la demandada renunciase al cobro de lo que en este pleito reclama. **No es aplicable aquella doctrina a la transacción, repetimos, porque ésta es un contrato en el que las partes se hacen recíprocas concesiones para alcanzar un acuerdo que zanja sus diferencias. Son renunciaciones de sus pretensiones a cambio de reconocimientos parciales de los mismos. Una transacción en modo alguno puede ser calificada y juzgada como una renuncia abdicativa pura y simple de derechos**”.*

de 2017, 11 de abril y 13 de septiembre de 2018, 17 de diciembre de 2019 y la más reciente de 5 de noviembre de 2020, y nuestro trabajo sobre el tema¹⁴.

1.1.3.- Renuncias y artículo 6.2 del Título Preliminar del Código Civil: las dudas sobre el valor del citado precepto legal para delimitar la disciplina de la renuncia de derechos:

Por otro lado, es sabido que la figura de la renuncia, sea unilateral o bilateral, suele asociarse por la doctrina a la norma contenida en el artículo 6.2 del Título Preliminar del Código Civil, siendo en principio allí donde se recoge y desarrolla su régimen jurídico.

Sin embargo, en los últimos tiempos, se ha puesto de duda esa conexión entre el art. 6.2 CC y la regulación de las renunciaciones en sus distintas modalidades.

En relación a esa hipotética desconexión entre el art. 6.2 CC y las renunciaciones de derechos, debemos traer a colación de nuevo la opinión de CARRASCO PERERA¹⁵, quien ha llegado a sostener, comentando el artículo 6.2 CC, que estamos ante “*una norma ociosa y perturbadora, superflua en nuestro sistema y conducente a producir redundancias inútiles*”.

Una opinión tan demoledora, efectuada recientemente por un importante autor de nuestra doctrina, nos obliga a entrar a valorar esta importante crítica a la regulación vigente de las renunciaciones de derechos y de expectativas de derechos. Estando en parte de acuerdo con esas afirmaciones, los matices que creemos han de hacerse se irán exponiendo a lo largo de este trabajo.

Por lo pronto, es significativo a este respecto que, en el Derecho comparado, analizando los códigos civiles de nuestro entorno, no se recoja en ellos una norma ni directa ni indirectamente equiparable a nuestro actual art. 6.2 CC. Así sucede tanto el Código civil francés de 1804¹⁶, como en los dos Códigos civiles italianos de 1865 y el vigente de 1942¹⁷, e igualmente en el BGB y el Código civil suizo. Es más, tampoco existe un tratamiento codificado dedicado específicamente a los efectos de las leyes y normas legales, ni a las consecuencias de la vulneración de las normas imperativas.

¹⁴ RUIZ-RICO ARIAS, M.D., “Nulidad de pleno derecho, transacción y novación. A propósito de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre validez de acuerdos transaccionales sobre cláusulas nulas”, *Actualidad Civil*, N° 12, Diciembre 2020.

¹⁵ CARRASCO PERERA, *Comentarios cit.*, pag. 147-148.

¹⁶ Vid. CARBONNIER. J., *Droit civil. Introduction*, 27ª edic., ed. Thémis, Paris, 2002, pag. 367, para quien el CC francés no presenta una visión general de la renuncia, sino sólo aplicaciones particulares, a partir de las cuales la doctrina ha construido una teoría.

¹⁷ Tan sólo el artículo 1324 del *Codice* italiano contiene una norma genérica según la cual es factible aplicar a los actos unilaterales de contenido patrimonial, dentro de los cuales la doctrina italiana incluye sin duda a las renunciaciones de derechos, las mismas reglas de los contratos, en tanto resulten compatibles.

Al margen de lo anterior, la primera y muy importante cuestión que suscita el artículo 6.2 CC, y en general muchas de las normas que tratan de la renuncia, es *la de la vigencia actual de los límites contenidos en dicho precepto legal*.

Este precepto se remonta a la reforma del Título Preliminar del año 1974, por tanto a *un origen preconstitucional*. Ello plantea, entre otras, la importante pregunta de la influencia que han tenido, en el tratamiento de la renuncia de derechos en general, los principios y mandatos constitucionales contenidos en la ulterior Constitución española, promulgada cuatro años después, en el año 1978, iniciado el período democrático, y la regulación de los derechos fundamentales y el tratamiento dado a la posible renuncia a los mismos, y si esa regulación posterior al Título Preliminar debe traer o no como consecuencia *un nuevo entendimiento de la renuncia y sus límites*, hasta el punto de haber hipotéticamente derogado o modificado, en todo o en buena parte, lo dispuesto en el citado art. 6.2 CC.

La otra cuestión que nos parece relevante, partiendo de la vigencia, al menos parcial, del art. 6.2 CC, concierne a *si dicha norma está pensando sólo en la renuncia bilateral o renuncia contenida en el seno de un contrato o acuerdo*, la que sin duda tiene perfecta cabida en el precepto legal, *o si estamos ante una norma de alcance general, referida indistintamente a la renuncia pactada y también a la renuncia unilateral*.

Junto a las anteriores, una nueva e importante cuestión es la de si se trata de una norma cuyo ámbito de aplicación se extiende a las renunciaciones a derechos actuales, o si el tratamiento jurídico allí contenido es trasladable también a la llamada renuncia anticipada a derechos futuros, o a expectativas de derechos.

A la primera de las cuestiones dedicaremos varios capítulos de este trabajo, dada su enorme relevancia teórica y práctica, y a la vista de la escasa doctrina civilista y constitucionalista que se ha ocupado del asunto.

A continuación nos referimos a las otras dos antes señaladas.

1.2.- El ámbito de aplicación del artículo 6.2 Código Civil. La renuncia bilateral y la renuncia unilateral:

1.2.1.- Sobre el ámbito de aplicación del artículo 6.2 C.Civil: la renuncia a la ley y a los derechos reconocidos en ella, y la renuncia a los derechos de origen convencional:

El examen de una norma como la recogida en el apartado 2 del art. 6 CC nos lleva a preguntarnos por el sentido y finalidad de la misma, en correlación con los otros apartados del mismo artículo 6.

Desde una perspectiva del análisis histórico de dicha norma, su redacción originaria en el Código Civil de 1889, su modificación en el año 1974, con la reforma del Título

Preliminar, y la influencia de los preceptos de la Constitución de 1978, permiten extraer algunas primeras ideas, seguramente no definitivas.

Desde un punto de vista sistemático, lo primero que cabe deducir es que, estando encuadrado dentro del Capítulo III sobre “*Eficacia general de las normas jurídicas*”, no deberían extraerse de allí consecuencias que vayan más allá de la finalidad perseguida, que no es otra que marcar qué efectos producen las normas jurídicas (civiles y de otros órdenes). Por lo tanto, *no puede considerarse propiamente como su verdadera y propia finalidad la de regular la figura de la “renuncia de derechos”, que debería quedar al margen, o al menos ser complementada con otro tipo de reglas o pautas.*

Por otro lado, es claro el posible choque entre el apartado 2 y el apartado 3 del art. 6. En este sentido, como ha sido señalado, no parece muy razonable en principio que el legislador disponga que sea la imperatividad o no imperatividad de las normas lo que condicione la nulidad o validez de los actos y negocios jurídicos, en general, como efecto genérico previsto en el art. 6.3 CC, por un lado, y sin embargo, por otro, disponga, en el apartado 2 del mismo artículo, diferentes criterios o pautas para determinar la validez o invalidez de unos concretos y determinados actos jurídicos como serían las renunciaciones de derechos. Parecería lo más lógico que, siendo normas imperativas o de orden público las afectadas por actos de renuncia concreta, deberían conllevar también para éstos, como para cualquier otro acto o negocio, las mismas y exactas consecuencias jurídicas en caso de vulneración¹⁸.

Ello lleva a plantear la duda de si en realidad, el art. 6.2 CC, al establecer los criterios de validez o invalidez de las renunciaciones de derechos, no estará más bien recurriendo a otros tipos de ineficacia distintos de los de la nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta de tales actos, en el sentido de remitirse a fórmulas como las de la inoponibilidad del acto (frente a terceros, por ejemplo) o la rescisión (cuando resulte perjudicial al interés público o a determinados terceros). Sobre ello se vuelve más adelante.

Por otro lado, *la redacción del art. 6.2 CC muestra una visión aparentemente muy restrictiva de la renuncia*, que seguramente no casa con las facultades propias de todo titular de un derecho, como es la de decidir ejercitarlo o no, en cuanto, en principio, la norma admite la posibilidad de renuncia sólo en aquellos casos en que no se vulneren los tres límites allí señalados (interés público, orden público y perjuicio de terceros).

Es verdaderamente extraño que, tras la redacción originaria del año 1889, que era mucho más proclive a la efectividad de las renunciaciones, el Título preliminar nacido de la reforma del año 1974 contenga una regla que, en su redacción literal, parece expresar un mandato aparentemente más restrictivo que el texto originario del Código en materia de renuncia¹⁹.

¹⁸ Sobre la aplicación a las renunciaciones de derechos de los mismos límites del art. 6.3 CC, esto es, la imperatividad de las normas, vid. entre otros PEREZ ALVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil (I). Vol. I. Derecho Privado y derechos subjetivos*, ed. Edisofer, Reimpresión de la 5ª edic., Madrid, 2016, pag. 173.

¹⁹ Recordemos el texto originario del artículo 4 del Código civil español en su redacción de 1889:

En esta dirección, parece que esa visión deba guardar conexión con el apartado 3, y en general con el tratamiento de la eficacia de las normas jurídicas, más que con una regulación directamente aplicable a las renunciaciones de derechos o expectativas de derechos.

Sin embargo, probablemente no puede descartarse que la renuncia de derechos, especialmente si se piensa en la unilateral, y en tanto se trate de la referida a derechos que se hallen reconocidos en la ley, deba razonablemente *regirse por parámetros diferentes del resto de actos jurídicos*, al menos de los actos o negocios bilaterales o plurilaterales, donde sería aplicable en toda su extensión el mandato del art. 6.3 CC, y por tanto los límites generales a la autonomía privada derivados del art. 1255 CC.

Más exactamente, *quizás ese tratamiento diferenciado* de las renunciaciones en el apartado 2 del art. 6 CC respecto de los demás actos jurídicos, *responda implícitamente a una idea que puede tener una cierta razón de ser*, y es la de *distinguirlos, por sus peculiaridades, de los demás actos o negocios jurídicos, básicamente los contractuales* (aunque también podrían tener cabida actos como los testamentos).

La cuestión es si, para las unilaterales, ese tratamiento será o no el previsto en el citado apartado 2 del art. 6 CC en cuanto a sus posibles límites de validez o de eficacia. A este respecto, si se piensa en renunciaciones unilaterales de derechos, como antes se avanzaba, no tiene en principio mucha lógica que un sujeto, que es titular de un derecho *que ha sido concedido precisamente por la propia ley*, no pueda tomar la decisión de elegir entre actuarlo o abandonarlo o renunciar a su ejercicio.

En esta línea, es muy poco factible desde la perspectiva jurídica, y pensando en el concreto límite del “*perjuicio de terceros*”, que éstos puedan inmiscuirse en la órbita de actuación puramente personal del sujeto (aun cuando pudiera quedar afectada su esfera puramente patrimonial), en principio con gran facilidad, *hasta el punto de poder conseguir hipotéticamente su nulidad total y plena, que es lo que parece prever el legislador en caso de vulneración de ese límite*. Lo mismo habría que pensar en cuanto a la posible restricción derivada del “*interés público*”, habida cuenta que es un poco extraño que, siendo de nuevo un sujeto titular de *un derecho que ha sido reconocido o garantizado legalmente*, no pueda, por razón de dicho interés, tomar *una de las dos decisiones básicas que corresponderían a todo titular*, como es elegir entre ejercer o no ejercer el derecho, esto es, elegir la opción de abandonar el derecho, ya sea por inactividad continuada, ya por una decisión explícita como sería una renuncia formal. Máxime si resulta que el tratamiento legal de ese derecho no incluye una norma que específicamente prevea, para los supuestos de renuncia al mismo, su nulidad o ineficacia por razón de un determinado “*interés público*”.

“Artículo 4. Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez. **Los derechos concedidos por las Leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público, o en perjuicio de tercero.**”

Por último, en cuanto al “orden público”, puede ser igualmente sorprendente que, *siendo de nuevo un derecho reconocido y garantizado legalmente*, en cuya regulación concreta no se aluda a la irrenunciabilidad por motivos de este “orden público”, no pueda su titular abandonar o no ejercitar el derecho, haciendo de ese modo que su titular automáticamente tenga una suerte de *obligación de ejercitarlo*. Esto constituye en sí mismo un contrasentido, es decir, ser titular de un derecho subjetivo reconocido expresamente por la ley, y a la vez verse en el deber inexorable de ejercitarlo, prohibiéndosele al sujeto la vía del abandono o del no ejercicio del mismo, por un motivo de hipotético “orden público”.

Es evidente que todo esto nos lleva a dudar que el artículo 6.2 CC esté pensado propiamente para las renunciaciones unilaterales, *debiendo, a lo sumo, estar referidos esos límites a las renunciaciones bilaterales*, en donde sí puede haber razones de orden público que determinen su ineficacia (causa ilícita, objeto ilícito, etc.). O en donde pueda haber lo que la doctrina de los últimos años denomina de forma abreviada “*Drittwirkung*”, de modo que lleven a excluirse o prohibírsele al titular de un derecho subjetivo la posibilidad de renuncia, cuando resulte que, en aras de la tutela de los derechos o intereses constitucionales de la otra parte contratante, la misma pueda traer consecuencias indeseables para dicho titular, en cuanto afectación o vulneración de sus propios derechos fundamentales, o la afectación de principios constitucionales, tales como el de la dignidad o libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), incluso aunque la norma que lo protege y garantiza no sea una norma imperativa, sino que sea puramente dispositiva. Sobre ello se vuelva más adelante.

Desde esta perspectiva, *quizás el art. 6.2 CC no sea una norma totalmente superflua*, como vimos que ha sostenido con energía CARRASCO PERERA.

Por el contrario, *en relación exclusivamente a las renunciaciones contractuales, y adaptada dicha norma a la realidad social actual, y a partir de la vigencia actual de los principios constitucionales y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución*, quizás sea factible un pronunciamiento judicial de ineficacia total o parcial de una renuncia a un derecho, cuando, expresada en el seno de un contrato, se hubieran vulnerado otros límites distintos de los expresados en el art. 1255 CC: ley, moral u orden público), como los de exigencia de una causa contractual lícita o un objeto lícito y dentro del comercio de los hombres, o bien como el señalado de la posible vulneración en las relaciones privadas de principios constitucionales básicos tales como el de dignidad, o el del libre desarrollo de la personalidad, en su aplicación o traslación concreta al ámbito en el que se plasma esa renuncia contractual²⁰.

²⁰ Ciertamente, el inconveniente es que estas consecuencias jurídicas (ineficacia o nulidad total o parcial) deberían aplicarse igualmente a cualesquiera contratos o acuerdos en los que, sin haber renunciaciones, se vulneren principios constitucionales o derechos fundamentales en las relaciones privadas, por lo que no tiene mucho sentido aplicar esos límites sólo a las renunciaciones, aun contractuales, cuando deberían presidir (de hecho la presiden, aunque no se explicita en ninguna norma codificada) la regulación contractual general.

Por otro lado, *también podría concluirse que la norma comentada no establece una disciplina aplicable a toda suerte de renunciaciones*. En concreto, no sería su objeto regular las renunciaciones de aquellos derechos *de origen negocial, no legal, esto es, los nacidos de negocios jurídicos o contratos concertados entre dos o más sujetos*, para las cuales no existiría propiamente una regulación específica en el Código civil.

En esta dirección, al no existir ésta, el planteamiento quizás deba ser distinto, en el sentido de llevarnos a diferenciar netamente estas últimas renunciaciones de las renunciaciones de derechos nacidas de la ley. Los límites a las mismas, y las consecuencias jurídicas de la posible vulneración de esos límites, seguramente deban regirse de forma distinta a las primeras, al margen o con cierta independencia del mandato del art. 6.2 CC, permitiéndose su mejor adaptación a la realidad social actual, en especial a las normas y principios constitucionales vigentes, y su interpretación y desarrollo por los diferentes Tribunales, singularmente del Tribunal Constitucional, así como a las especificidades de cada tipo de renunciación.

1.2.2- Sobre si la renunciación unilateral abdicativa tiene cabida en el artículo 6.2 del Código Civil:

Sea como fuere, es decir, aun asumiendo que el art. 6.2 CC constituya la única disciplina legal aplicable a las renunciaciones, lo que hemos sin embargo dudado, respecto de la concreta cuestión de si la renunciación unilateral se rige también o no por lo dispuesto en dicho precepto legal, las posiciones doctrinales no resultan muy claras.

Así, nos encontramos una vez más la sorprendente postura de CARRASCO PERERA²¹, quien, en contra de la mayoría de la doctrina, que lo viene dando por hecho, *sostiene que las renunciaciones contractuales están fuera del supuesto de hecho del art. 6.2 CC, por lo que parece sensu contrario sostener –aunque no dice explícitamente– que dicha norma está referida únicamente a las unilaterales*.

A nuestro juicio, visto lo dicho con anterioridad, seguramente deba *defenderse justo la posición contraria*, esto es que *son las renunciaciones unilaterales las que no tienen cabida propiamente dentro del art. 6.2 CC*.

Más exactamente, entendemos que el legislador del Título preliminar donde erró por completo fue respecto de las renunciaciones unilaterales, ya que dispuso un hipotético régimen jurídico unitario de todas las renunciaciones (si es que ese fue en realidad su verdadero objetivo, lo que es muy dudoso, como se ha visto antes) cuando seguramente no pueda ser aplicable a las renunciaciones unilaterales. Sin duda este asunto será desarrollado a todo lo largo de este trabajo y sus distintos capítulos.

²¹ CARRASCO PERERA, *Comentarios ...cit.*, pag. 148.

Pero al margen de esto último, que como decimos será ampliamente desarrollado, entendemos que *el hecho de que se equipare o se regule conjuntamente la renuncia y la exclusión voluntaria de la ley aplicable, sería una prueba evidente de que las renunciaciones contractuales están sin duda dentro de la norma*²².

Se podrán llamar o no técnicamente como “renunciaciones” a estos supuestos aludidos por el art. 6.2 CC como de “exclusión voluntaria de la ley aplicable”, en donde una de las partes, *en un determinado ámbito contractual, manifiesta de antemano su voluntad de que no se le aplique un determinado derecho que podría tener en el futuro, si se diera el supuesto de hecho de la norma* (norma reguladora de un determinado tipo contractual). Esto sería una cuestión puramente terminológica, sin trascendencia práctica. Pero *de lo que no puede haber duda es que, dentro del art. 6.2 CC, están reguladas las renunciaciones bilaterales o contenidas en un contrato o acuerdo*.

Por lo tanto, el art. 6.2 CC regula, en principio con un mismo régimen que las renunciaciones a derechos ya actuales y susceptibles de ejercitarse (nacidos o no en principio de una concreta relación contractual), esos otros supuestos de manifestaciones, contenidas en el seno de un contrato, en donde se decide por una de las partes excluir (o “renunciar a”) determinados derechos que en el futuro pudieran generarse, conforme a una norma legal que previamente se los reconoce (siempre, obviamente, con carácter dispositivo, y no imperativo), a cambio (o no) de una determinada contraprestación.

No tiene por tanto demasiado sentido, *ahora en un acto o negocio unilateral, manifestar o proclamar su autor (único), “a los cuatro vientos”, que se va a excluir o dejar de utilizar una determinada ley aplicable*, por cuanto ello no va a tener nunca o casi nunca un reflejo en el ámbito patrimonial o personal de otro sujeto distinto del renunciante, al menos no de forma directa, ni tampoco inmediata.

Es más, muy probablemente el objeto directo del citado art. 6.2 CC es referirse en su conjunto a las (verdaderas) renunciaciones *contractuales, precisamente por tratar, al mismo tiempo y de forma unitaria, la renuncia de derechos y la exclusión voluntaria de ley aplicable*.

Esta última sólo puede tener verdadera relevancia en el ámbito *contractual*, en cuanto es *en él donde se puede pactar una reglamentación de intereses* entre dos o más sujetos o partes *en la que se prevea anticipadamente que no se apliquen algunas de las normas legales dispositivas que se aplicarían (frente a la otra parte) si no hubiera tal pacto de exclusión*. Sin embargo, junto a los casos de exclusión de ley, entendida como renuncia anticipada a derechos que en el futuro pudieran generarse, *es también perfectamente posible incluir, en el seno de un contrato, verdaderas y auténticas renunciaciones a derechos ya actuales y no futuros*, de los que se puede igualmente prescindir onerosa o

²² De hecho, ASÚA, *ob.cit.*, pag. 80, así lo admite, en cuanto, fuera de la transacción, los supuestos de hipotética renuncia en el marco de un contrato son en realidad casos de exclusión de ley aplicable. También, GULLÓN, *ob.cit.*, pag. 34, habla de “acuerdo” para referirse a estas renunciaciones del art. 6.2 CC.

gratuitamente²³. Por lo tanto, es razonable pensar que la expresión “renuncia de derechos”, junto a la de “exclusión voluntaria de la ley aplicable”, muy probablemente deba ceñirse, si no exclusivamente, sí primordialmente, al ámbito contractual, quedando fuera las renunciaciones unilaterales.

Cuestión distinta es que los límites establecidos en el art. 6.2 CC resulte inadecuado aplicarlos a las renunciaciones contractuales.

En este sentido, *es seguramente acertado, en principio, que los límites a las renunciaciones contractuales, como sostiene CARRASCO, no deban ser los del art. 6.2 CC, sino que deberían ser los generales del art. 1.255 CC (y el resto de normas civiles complementarias), de modo que aquí no cabe, según CARRASCO, la visión restrictiva de las renunciaciones recogida en cierta jurisprudencia.*

Pero, *de hecho, esta es una razón más para sostener una posición contraria, y considerar que las renunciaciones “contractuales” sí están dentro del citado precepto legal: y lo es justamente porque el legislador ha querido de forma explícita, acertadamente o no (que es otra cuestión), aplicar unos mismos límites a ambos supuestos, esto es, a las renunciaciones contractuales y a las manifestaciones de exclusión o renuncia a una ley que sería aplicable en el futuro en defecto de esa exclusión.*

Por lo demás, resulta dudoso decir sin más que los límites del art. 6.2 CC no se aplican a las renunciaciones contractuales o contenidas en un el seno de un contrato, y que lo que se aplica son directamente los límites generales a la autonomía contractual (ley, moral y orden público: art. 1255 CC): esto, con ser correcto, no impide que nos planteemos, como antes se avanzaba, la conveniencia de trasladar, a este tipo de renunciaciones incluidas en el seno de un contrato, algunos parámetros más específicos que los generales del art. 1255 CC.

En particular, *el límite derivado del posible “perjuicio de terceros”, entendido como posible causa de nulidad del acuerdo o estipulación contractual, quizás puede ser un límite específicamente aplicable a las renunciaciones, e incluso desde ahí, trasladable a los contratos en general.*

A este respecto, es perfectamente imaginable -y existen ejemplos conocidos- que, *en el seno de un contrato, un sujeto pretenda renunciar total o parcialmente a un derecho o una expectativa (incluso también a una “pretensión”, como sucedería en un contrato de transacción), y de ello se pueda derivar un perjuicio directo o indirecto para unos terceros (v.gr. los acreedores del renunciante).*

No cabe duda, por tanto, de que deberíamos tener en cuenta este límite adicional a la validez del contrato que contenga la renuncia al derecho, bien por tratarse de *un contrato celebrado en daño de tercero, esto es, el celebrado con la concreta finalidad de dañar a*

²³ Baste pensar, por ejemplo, en contratos novatorios (no transaccionales) en los cuales el titular de un derecho actual decida renunciar en todo o en parte al mismo, en beneficio de la otra parte contratante, casi siempre a cambio de una contraprestación o beneficio, del tipo que sea.

*un tercero, bien porque, aun no siendo esa la finalidad perseguida, por el hecho de haberse renunciado a estos derechos o pretensiones se derive indirectamente ese daño al tercero*²⁴. Podría ser un límite adicional a la validez, o al menos a la eficacia (parcial o total) del acto de renuncia contractual, que seguramente no se encontraría recogido como tal ni en el art. 6.3 ni en el art. 1255 CC, o demás preceptos concordantes²⁵.

Así, la existencia de una finalidad de las partes de perjudicar a terceros, v.gr. acreedores, a través de un acuerdo en el que se contenga una renuncia de una de las partes a un derecho de contenido patrimonial, entre otras posibles estipulaciones, debería ser considerada por el legislador como una específica causa de nulidad o ineficacia de los contratos, adicional o complementaria a las ya existentes (causa ilícita o inmoral, rescisión por fraude de acreedores), y en este sentido, el art. 6.2 CC proporcionaría una cierta base para fundamentar la posible acción, aun cuando no deja de resultar sorprendente el que se recoja de una forma tan genérica y tan poco precisa en cuanto a sus presupuestos de aplicación y sus consecuencias jurídicas.

En realidad, si se piensa bien, la remisión al perjuicio de terceros en el art. 6.2 CC aun referido a renunciaciones contractuales, podría ser una manifestación de la exigencia de buena fe en las relaciones jurídicas y de prohibición del abuso del derecho, más que un límite específico generalizable a toda renuncia, sea bilateral o unilateral.

Es decir, estaríamos ante una suerte de específica concesión legal, a favor sólo de muy concretos terceros, con unos intereses especialmente dignos de tutela, de una *legitimación activa especial para impugnar la eficacia del acto de renuncia* (no necesariamente para conseguir su anulación), previa demostración de una conducta antijurídica de las partes, en cuanto lesiva de terceros y por tanto con cierta finalidad inmoral.

Precisamente por eso, debe tenerse en cuenta que no siendo el perjudicado una de las partes, en las renunciaciones bilaterales, o no siéndolo el propio renunciante, en las unilaterales, *la toma en consideración de un hipotético perjuicio del tercero debe ser valorada como algo bastante excepcional*, por cuanto supone otorgarle legalmente *una facultad exorbitante de inmiscuirse en un ámbito propio y privativo*, en particular si se trata de derechos de índole personal.

Esto es especialmente perceptible en el caso de la renuncia unilateral, al entrometerse en una decisión que es exclusiva del sujeto renunciante y que en principio sólo a él afecta,

²⁴ Vid. al respecto GULLÓN BALLESTEROS, A., “En torno a los llamados contratos en daño de tercero”, *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1958, pag. 111 ss.. También DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de derecho Civil Patrimonial, I. Introducción al Contrato*, 6ª edic., ed. Thomson Civitas, Madrid, 2012, pag. 550-552.

²⁵ Es cierto no obstante que ese perjuicio de tercero resulta complicado de ver plasmado en las renunciaciones contenidas en contratos de transacción, por cuanto, al renunciarse propiamente a pretensiones, y no a derechos, resultará muy difícil demostrar el perjuicio, esto es, la imposibilidad de cobrar, como consecuencia directa del acuerdo. Quizás sería más visible ese daño o perjuicio en una transacción mixta, por disponerse la salida o entrega a una de las partes de un bien o elemento patrimonial distinto del discutido, lo que podría la postre perjudicar a los acreedores del sujeto que dispuso del mismo.

en cuanto manifestación de voluntad unilateral dirigida a producir efectos específicamente y en principio únicamente, en la órbita del renunciante²⁶.

Ello guarda directa relación con la figura doctrinal de los negocios unilaterales en general, dentro de los cuales se incluyen las renunciaciones unilaterales de derechos. Para FLUME²⁷, el individuo puede configurar relaciones jurídicas unilateralmente por una actuación autónomo-privada cuando se trata del ejercicio de un derecho o de una relación jurídica referida a su propio patrimonio, o cuando otros no son afectados en sus derechos por la configuración jurídica, con lo que viene a indicarse la amplia autonomía de todo sujeto para decidir la forma de ejercitar el propio derecho por no afectar de ese modo los derechos de terceros.

Por lo tanto, ello debe conducir a *una visión netamente restrictiva de las posibles causas de nulidad o ineficacia de las renunciaciones unilaterales, por razón de posible perjuicio de terceros*.

En cambio, en la renuncia bilateral, a pesar de ser el contrato o acuerdo una reglamentación privada de intereses entre las dos partes, es bastante más imaginable e incluso previsible que, por su concreta finalidad, se puedan derivar daños a terceros que no son parte en el mismo, o incluso para alguna de las partes contratantes, y que pueden ser merecedores de cierta tutela jurídica, aunque quizás no hasta el punto de anular y hacer ineficaz en su totalidad el acto o negocio jurídico.

Por otro lado, completando el panorama de los límites a las renunciaciones bilaterales, debemos también plantearnos el límite específico del orden público del art. 6.2 CC, como presupuesto de ineficacia de *una renuncia otorgada en el seno de un contrato*, al margen de la posible imperatividad expresa de la norma vulnerada por ese acuerdo. Ello conduce casi directamente a la concreta perspectiva de la *Drittwirkung*, esto es, a la idea del orden público como posible límite derivado de la vulneración de derechos y valores constitucionalmente reconocidos, en aquellos casos en que, a través de un contrato, un sujeto decida, por su situación de especial vulnerabilidad, renunciar a determinadas facultades inherentes a derechos fundamentales (derecho a la intimidad, al secreto de las

²⁶ Es obvio que esto que se dice resulta *mucho más extraordinario* cuando tratamos de *derechos de índole personal, y no patrimonial*, donde *es casi imposible percibir la existencia de un tercero que pudiera verse perjudicado*, hasta el punto de concedérsele legitimación activa para impugnar ese acto, o para subrogarse en la posición del renunciante. No se olvide que el art. 1111 CC, en materia de acción subrogatoria, y dentro del campo crediticio o patrimonial, marca una línea roja muy clara, cuando exceptúa o excluye de su ámbito las *“acciones que sean inherentes a su persona”*, expresión ciertamente compleja a la hora de su delimitación concreta, pero totalmente clara en cuanto a su sentido y finalidad. Por supuesto, si pensamos ahora en renunciaciones unilaterales en la esfera personal, parecerá aún más difícil todavía admitir la intromisión de terceros presuntamente “perjudicados”.

²⁷ FLUME, W., *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil. Tomo segundo*, 4ª edic no modificada, traducción de J.Mª Miquel y E.Gómez calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pag. 31-32.

comunicaciones, a la libertad ideológica, a la huelga, en suma, a su propia dignidad)²⁸. Sobre ello se vuelve en capítulos posteriores.

1.2.3.- El régimen jurídico aplicable a las renunciaciones unilaterales: los límites a las mismas y el régimen de ineficacia en caso de vulneración. Sobre la irrevocabilidad de las renunciaciones.

Visto lo dicho en las páginas anteriores, al haberse defendido la inaplicabilidad de los límites del art. 6.2 CC a las renunciaciones unilaterales, debemos justificar mínimamente lo que se sostiene. Por lo pronto, teniendo poco encaje los límites señalados en dicho precepto en las renunciaciones contenidas en negocios bilaterales o plurilaterales, y dado que a pesar de ello esa norma concierne al ámbito bilateral, como se ha constatado, es más que razonable pensar que el juego de los tres límites legales del art. 6.2 CC (consistentes en el interés público, el orden público y el perjuicio de tercero) resultará seguramente *mucho menos relevante todavía en las renunciaciones unilaterales o renunciaciones propiamente tales*, hasta el punto de llegar a ser incluso casi totalmente inaplicables.

- En relación concretamente al límite consistente en *el perjuicio de terceros*, que es quizás el que podría plantear algunos problemas, creemos que no tiene mucho sentido que un sujeto, en el libre ejercicio de su derecho, pueda optar por la renunciación unilateral o el no ejercicio del mismo, y ello pueda suponer un daño para terceros, hasta el punto de justificar una tutela *prioritaria* de éstos frente a la voluntad renunciadora *del titular del derecho mismo*.

Como ha dicho CARBONNIER, “renunciar a lo que es pura ventaja para uno mismo, parece ser sólo una cuestión de libertad individual”²⁹. La doctrina italiana, por su parte, es muy clara a la hora de considerar que la renunciación, siendo la típicamente unilateral, da lugar a un supuesto de hecho que se cualifica por la producción de un efecto esencial consistente en la abdicación por parte de la situación jurídica de la que es titular, de modo que los ulteriores efectos no pueden ser considerados como efectos esenciales, entre los cuales estarían cualesquiera ventajas patrimoniales que la renunciación pudiera ocasionar frente a terceros, posibles beneficiarios³⁰.

Así pues, es lógico que, no siendo esencial a la renunciación unilateral la producción de efectos presuntamente beneficiosos para terceros, quienes los tendrían sólo de modo

²⁸ A título de ejemplo, basta referirse a las renunciaciones a la libertad personal o a la intimidad o el secreto de la correspondencia, contenidas en algunos contratos de trabajo, o la renunciación a la “dignidad” inherente a los casos tradicionales, señalados en la jurisprudencia francesa, del “lanzamiento del enano”, o los más recientes, en España, de los bomberos toreros, de los cuales se discute sobre su licitud o validez por vulnerarse principios constitucionales básicos considerados como de “orden público”.

²⁹ CARBONNIER, *Droit Civil... cit.*, pag. 367.

³⁰ Vid. por todos MACIOCE, *ob. cit.*, pag. 926 y 928.

reflejo o indirecto, *lo mismo deba suceder con efectos hipotéticamente perjudiciales*, los cuales *también serían reflejos*, y no debería ese presunto perjuicio condicionar la eficacia o validez del acto de renuncia, que sería perfecto en sí mismo con la sola prestación del consentimiento renunciante por parte de su titular.

Dado que estamos ante *un derecho subjetivo, reconocido y tutelado jurídicamente*, sea de origen legal o de origen negocial o contractual, no es coherente, como consideración de alcance general, que su titular tenga vetado, a pesar de esa protección, *ejercitar una de las dos opciones básicas de todo titular*, como es la del no ejercicio o abandono del derecho, en aras de tutelar prioritariamente otro derecho o interés jurídico distinto, del que sería beneficiario un tercero ajeno al derecho (ni siquiera el sujeto especialmente obligado a respetarlo, como sucedería en los derechos de crédito o en los derechos reales limitativos del dominio)³¹. Dicho de otro modo, no es coherente que el legislador imponga en provecho de tercero la sanción de la nulidad de pleno derecho (u otro régimen de ineficacia) a un acto por el que el titular del derecho decida renunciar a su ejercicio, tratándose de un derecho perfectamente legal, y respecto de una de las dos conductas prototípicas de todo titular, como es la de no ejercitarlo o renunciarlo³².

Por tanto, respecto de este límite relativo al “perjuicio de terceros”, es evidente que *sólo en situaciones muy excepcionales se podría anteponer el interés de otro sujeto al interés del propio titular de ejercitar (negativamente) su derecho*.

En todo caso, de admitirse, las restricciones a las renunciaciones unilaterales por esta concreta causa, además de ser extraordinarias y de estar muy bien justificadas legalmente, *deben obstaculizar lo mínimo posible la decisión (tutelada jurídicamente) de renunciar a su ejercicio, hasta el punto de permitirle que produzca efectos, incluso plenos o totales, de orden abdicativo, en el propio patrimonio*, en la medida en que no sea perjudicado ese tercero digno de protección.

³¹ No cabe aquí presuponer que el legislador estaba pensando aquí, al tratar del perjuicio de tercero, y en su traslación hipotética a las renunciaciones unilaterales, en el caso puntual de la repudiación a la herencia. Baste pensar que, para tales supuestos, se ha incluido en el Código Civil una regulación especial, recogida como es la del art. 1001 CC, donde expresamente se prevé el caso en que *no se han adquirido aún los bienes y derechos hereditarios, y a pesar de todo, el legislador quiere -por razones de política jurídica- proteger a los acreedores del renunciante (pudiendo no hacerlo)*. Ello no permite su extensión al resto de situaciones posibles de perjuicio de acreedores, o de otros terceros tutelables, y mucho menos en casos de renunciaciones no contractuales, como actos de naturaleza unilateral, los cuales no tienen acogida formal en ninguna otra norma de nuestro ordenamiento.

³² Como ha dicho la **STS de 27 de septiembre de 2013**, en relación a la renuncia a un derecho de usufructo:

“Previsto en el artículo 513.4 del Código Civil como causa de extinción del usufructo la renuncia del usufructuario, la actuación de la usufructuaria queda amparada por la regla qui iure suo utitur naeminem laedit...”.

De este modo, la Sala viene a reconocer que la renuncia, como acto unilateral, es un modo de ejercicio (negativo) del derecho perfectamente válido, y amparado en la regla de que a nadie perjudica quien ejercita o usa su propio derecho, aquí, *para renunciarlo*.

Indudablemente pensamos casi en exclusiva en los acreedores de quien renuncia unilateralmente a un derecho subjetivo de contenido exclusivamente patrimonial, y sólo en tanto puedan demostrar que la ineficacia total (o parcial) constituye para ellos la única alternativa posible. No hay seguramente otros sujetos con un interés suficientemente digno de protección como para inmiscuirse en una decisión que a la postre siempre es personal, como la de renunciar a un derecho del que se es titular³³.

- Por lo que concierne al límite específico del *orden público*, la ineficacia de la renuncia por tal causa resultará bastante compleja, si no impracticable, precisamente porque, al encontrarnos ante una decisión personal y libre de ejercitar (negativamente) un derecho, no hay un tercero al que tutelar, de modo que no se percibe con facilidad una finalidad de orden público que determine la protección del sujeto *frente a sí mismo*, frente a su propia decisión en principio libre y consciente de renunciar expresa o tácitamente a su derecho³⁴.

- Por último, la referencia al “*interés público*” como posible límite a la renuncia unilateral de derechos, tiene sin duda un muy escaso *recorrido*.

Tan sólo si lo referimos a derechos subjetivos públicos, y no privados, puede tener relevancia ese límite, en cuanto a hacer ineficaz esa decisión unilateral de un ente público de renunciar a un derecho de esa naturaleza.

A lo sumo, en el ámbito privado, la restricción por razón de interés público sólo puede alcanzar a nuestro juicio a aquellos derechos que formen parte de una potestad o derecho-deber, como la patria potestad, donde la finalidad pública o de tutela del beneficiario o destinatario último de esos actos, puede imponer como efecto la nulidad o ineficacia de

³³ Ello automáticamente llevaría a excluir este posible límite (el perjuicio de terceros) en el campo de los derechos subjetivos de índole personal, y no patrimonial. Sobre ello se vuelve en los capítulos siguientes.

³⁴ En esta dirección, un argumento decisivo nos lo puede proporcionar, si se confirma, la posibilidad de renuncia en el ámbito de los derechos fundamentales. A pesar de la etiqueta teórica de los mismos como derechos hipotéticamente “irrenunciables”, en cuanto constitutivos del orden público general de nuestro sistema jurídico, creemos que existen sin embargo amplias posibilidades de renuncia, como luego se verá en los próximos capítulos. En este sentido, no se puede olvidar que esos derechos garantizados constitucionalmente, y los principios constitucionales básicos, *conforman el núcleo duro de lo que es hoy día el “orden público”*, según los estudiosos de los derechos subjetivos y sus límites, incluida la renuncia a los mismos. Por lo tanto, podría pensarse en una cierta *contradicción* entre los derechos fundamentales como límite hipotético a la renuncia de derechos (por razón de “orden público”) y al mismo tiempo el reconocimiento de una amplia libertad renunciadora que seguramente existe respecto de los mismos.

Cuestión diferente a nuestro juicio es que, *dentro del ámbito contractual*, juegue con más o menos intensidad el límite derivado de los preceptos constitucionales reguladores de los derechos y valores fundamentales (v.gr., la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, etc.), lo cual, como ya se ha visto, nos remite a la conocida cuestión de la *Drittwirkung* o eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, tema al que también nos referiremos en los próximos capítulos.

la hipotética renuncia. De todos modos, esto requiere un examen específico que se realizará en el Capítulo 9 de este trabajo, al cual nos remitimos.

- En este breve repaso del régimen jurídico de las renunciaciones unilaterales, quizás convenga preguntarse por **los efectos que tendría la vulneración de esos límites**, en el caso de que resultaran trasladables a dichas renunciaciones, lo que hemos puesto en tela de juicio. En concreto, nos referimos a lo concerniente al régimen de ineficacia que sería razonable aplicar. Esta misma cuestión se puede plantear en aquellos supuestos en donde es la propia ley la que dispone formalmente la irrenunciabilidad de determinados derechos, pero no establece el régimen derivado de su posible ineficacia (v.gr. el art. 151 CC respecto del derecho de alimentos).

A este respecto, es relativamente usual en la doctrina y en alguna jurisprudencia considerar en ambos grupos de casos, y seguramente por su conexión con el art. 6.3 CC, que el régimen general de ineficacia de las renunciaciones unilaterales sea el de la nulidad de pleno derecho del acto de renuncia unilateral.

Frente a ello, cabe recordar los cambios y matizaciones múltiples introducidos por doctrina y jurisprudencia en las hipótesis de vulneración de normas imperativas o prohibitivas, en el sentido de denegar en algunos casos la nulidad total y plena, optando por la nulidad parcial, o por la inoponibilidad del acto respecto del sujeto legalmente tutelado con esa nulidad³⁵.

Pero además, ya *en el ámbito de las renunciaciones unilaterales de derechos subjetivos*, es mucho más problemático trasladar sin más a las mismas la nulidad de pleno derecho como régimen prototípico de ineficacia.

Téngase en cuenta, como antes se ha indicado, que la renuncia por parte del titular de un derecho subjetivo constituye una de las dos opciones básicas del mismo (ejercitarlo o no ejercerlo), por lo que no puede cerrarse la puerta a esa segunda opción, en la que subyace casi siempre la idea de renuncia al derecho o a algunas de sus manifestaciones. Por lo tanto, la posibilidad de negar mediante la nulidad la eficacia, cuando menos parcial, a la renuncia debe ser puesta en tela de juicio, *siendo seguramente mucho más efectivo aplicar un régimen de ineficacia mucho más cercano a la rescisión*, en tanto exista -si es que lo hay- *un cauce para ello*, y en tanto haya *un tercero con un interés especialmente digno de protección* como para hacer inoponible frente a él esa decisión renunciadora adoptada de forma unilateral y en principio plenamente libre y vinculante³⁶.

³⁵ Vid al respecto el ya clásico trabajo de PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, ed. Civitas, Madrid, 1994, con la jurisprudencia allí analizada. Más recientemente, véase la aportación de MARTÍN FUSTER, J.M., *La apreciación de oficio de la nulidad. La protección de los consumidores y otros supuestos prácticos*, ed. Atelier, Barcelona, 2021.

³⁶ La doctrina se ha expresado al efecto sosteniendo que los efectos de la renuncia cuando se vulneren los límites legales o los mandatos legales de irrenunciabilidad, no siempre serán los propios de la nulidad, sino

En esta dirección, encontramos en nuestro Ordenamiento jurídico algunos preceptos legales relevantes que podrían ser favorables a la eficacia general del acto de renuncia, pero con eficacia restringida, a lo sumo, cuando existan terceros especialmente protegibles, como serían fundamentalmente los acreedores.

Así, el art. 1111 CC, en el ámbito patrimonial (y también en el personal o no patrimonial), complementado con los arts. 1290 ss. CC, así como el art. 1001 CC en materia de repudiación hereditaria, constituyen los puntos de referencia cruciales para concretar los efectos de una renuncia que vulnere los límites legales marcados o que contravenga un mandato legal de irrenunciabilidad.

En ellos, la respuesta del legislador no lleva a la total nulidad del acto, ni siquiera a su nulidad parcial, sino, partiendo de la validez general del acto realizado (art. 1290: “contratos *válidamente* celebrados”), conducen sólo a su *ineficacia*, que creemos además debería ser *parcial*, produciendo por lo tanto *plenos efectos jurídicos respecto del resto de sujetos no tutelados y por supuesto respecto del propio ámbito patrimonial o personal del sujeto renunciante*³⁷.

La duda concierne a si cabe la acción revocatoria respecto de actos de renuncia unilateral, habida cuenta que los preceptos reguladores parecen sin duda pensados para actos o negocios contractuales, antes que para actos unilaterales como la renuncia³⁸.

La cuestión resulta dudosa, no sólo a nivel teórico sino también en su aplicación práctica, dados los importantes condicionantes para la aplicación de estos instrumentos protectores como la acción subrogatoria o la acción revocatoria. Así, estas dos acciones tienen la

que en ocasiones sería preferible la opción de la inoponibilidad al tercero o terceros afectados por esa renuncia. Así se expresa, por ejemplo, GULLON, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, Tomo I, Madrid, 1991, pag. 35, o bien ASÚA, *ob.cit.*, pag. 82. También CABANILLAS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart)*, Tomo I. Artículos 1 a 7 del *Código Civil*, Ed. EDERSA, 2ª edic., Madrid, 1992, pag.764-765 y GARCÍA RUBIO, *ob.cit.*, pag. 65.

A nuestro juicio, la inoponibilidad es seguramente una fórmula que debería ser específicamente aplicable a las renunciaciones contenidas en contratos, en cuanto a hacerlas inoponibles a terceros a quienes se hubiera pretendido lesionar con el acuerdo, más que a las renunciaciones unilaterales.

³⁷ A este respecto, ROBLES LATORRE, P., “La renuncia al derecho de propiedad”, en *Derecho Privado y Constitución*, N°27, enero-diciembre 2013, pag. 54, considera que en relación a la eficacia de la renuncia, hay que distinguir entre la eficacia respecto del renunciante mismo y respecto de otros sujetos, de modo que al primero se le puede oponer su propia renuncia, mientras que a los segundos, dependerá del derecho que se renuncie y de la posición jurídica de esos terceros, en cuanto podría no serles oponible dicha renuncia.

³⁸ A favor de incluir dentro del art. 1111 CC a las renunciaciones unilaterales, O’CALLAGHAN MUÑOZ, “*La renuncia a la legítima*” *cit.*, pag. 325, para quien la conexión entre el “perjuicio de terceros” del art. 6.2 CC y el art. 1111 CC, le lleva a admitir que los acreedores del renunciante puedan ejercitar la acción subrogatoria como consecuencia del acto de renuncia que les perjudique, conectando también el supuesto con los arts. 1937 CC, sobre renuncia a la prescripción consumada y art. 1001 CC sobre repudiación de herencia en perjuicio de los acreedores.

característica común de la *subsidiariedad*, por lo que sólo proceden una vez agotadas las demás posibilidades de cobrar el crédito (lo que a nuestro juicio incluiría actos dispositivos contractuales, antes que las renunciaciones de derechos). Además, se trata de mecanismos que exigen en buena medida el *consilium fraudis*, lo que conduce casi de forma directa a una *relación contractual* donde dos o más personas se concierten para perjudicar a terceros acreedores, por lo que *parece un instrumento difícil de trasladar a los actos unilaterales, y más en particular a las renunciaciones de derechos*³⁹. Pero es que, junto a lo anterior, la expresión “actos” de que habla el art. 1111 CC como supuestos a los que alcanzaría la rescisión por fraude, es complicado que incluya actos unilaterales como las renunciaciones a un derecho de titularidad propia, cuando resulta que luego, en los arts. 1290 y 1291.3º CC, queda concretada esa expresión a los “contratos”, o a lo sumo, a los “pagos hechos en estado de insolvencia” (art. 1292 CC). Por último, no se percibe fácilmente en un acto de renuncia una *voluntad exclusivamente dirigida a lesionar a terceros acreedores*, como suele exigirse por alguna doctrina⁴⁰, dado que, por principio, toda renuncia supone por sí misma una *primera y patente voluntad inequívoca de deshacerse o abandonar un derecho*, como facultad típica de todo titular de elegir cómo usar, y si usar (o no), los propios bienes o derechos, lo que lo alejaría de la rescisión por fraude de acreedores⁴¹.

En cualquier caso, se extienda o no esa acción revocatoria a las renunciaciones unilaterales, que ya vemos resulta complicado, y además poco probable en la práctica, lo que sí debe quedar muy claro es que el régimen de ineficacia de la misma, cuando sean renunciaciones que perjudiquen a terceros, o cuando vulneren un mandato legal de irrenunciabilidad, debe

³⁹ A ello hay que unir también la dificultad derivada de que la renuncia debería ser *posterior* en el tiempo al nacimiento del crédito de quien ejercita la acción, pues siendo anterior, no tendría opción de accionar, dado que no se trataría de una acción de nulidad (lo que exigiría de alguna forma la concurrencia de una finalidad fraudulenta o simuladora, que no es el caso).

⁴⁰ Sobre esta exigencia, y en general las otras señaladas de que se trate de actos fraudulentos y sobre el carácter subsidiario de las dos acciones del art. 111 CC, vid. VEIGA COPO, A., *Comentarios al Código Civil (Dir. R. Bercovitz)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pag. 8141 ss..

⁴¹ Sobre las opiniones doctrinales favorables o contrarias a incluir en el ámbito de los arts. 1111 y 1291.3º CC las renunciaciones unilaterales, vid. JEREZ DELGADO, C., *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pag. 297 ss.. La autora finalmente, aun reconociendo que nuestro Ordenamiento jurídico no ofrece protección frente a aquellas manifestaciones del deudor por las que rechaza adquirir bienes o derechos que se le ofrecen y a los que no tenía un previo derecho, se inclina por incluir las renunciaciones abdicativas dentro del ámbito de los citados preceptos legales, por vía de interpretación extensiva. Considera además, con criterio discutible, que las renunciaciones a derechos patrimoniales implican un acto de liberalidad (o un “acto no-oneroso”), en cuanto con frecuencia suponen la existencia de un beneficiario concreto de las mismas, por lo que deberían entrar en el ámbito de los arts. 1291.3º y 1297 CC. Para aquellos casos en que no haya un tercero beneficiario concreto, resuelve aplicar sin más el mandato del art. 6.2 CC (que sería a su juicio una fórmula genérica de objetivación del fraude), haciendo igualmente ineficaz el acto de renuncia si finalmente se perjudica a un acreedor del renunciante.

ser el de la *ineficacia específicamente parcial*⁴². En tales casos, y a pesar de existir una doctrina amplia favorable a que tanto la subrogación como la revocación por fraude conlleven la restitución *total* del objeto del derecho ya ejercitado por el acreedor, no limitándose a la ineficacia parcial precisa para cubrir el crédito del acreedor subrogado, seríamos partidarios, en el ámbito concreto de las renunciaciones unilaterales, de *interpretar la norma en un sentido favorable a la limitación de efectos, esto es, orientada hacia el efecto de la ineficacia parcial*, en el sentido de mantener su eficacia por la parte no necesaria para satisfacer el interés del sujeto protegido por la norma, tal como sucede con la repudiación en perjuicio de los acreedores del art. 1001 CC.

La razón habría que encontrarla en que, de otro modo, se haría totalmente irrelevante la inequívoca voluntad (cuando así se demuestre) del titular de renunciar o abdicar de su derecho, la cual debe tener valor y eficacia jurídica en sí misma, por proceder del único sujeto que ostenta la facultad de ejercitar el derecho de forma plena, debiendo ser interpretadas de forma restrictiva, también en sus efectos, las situaciones en las que se anteponga el interés de terceros a la voluntad renunciadora del titular.

Ello sería también una consecuencia razonable de la teórica nueva configuración doctrinal de las acciones rescisorias y subrogatorias, en cuanto orientada hacia una mayor objetivación del *consilium fraudis* y en general hacia una suavización de los demás presupuestos legales de dichas acciones en aras de la tutela del crédito, como ha sido sostenido por algún autor muy cualificado en esta materia⁴³. Ello debería conllevar, como contrapartida, una reducción de la ineficacia derivada de su admisión, en cuanto a reducirla hasta el límite del perjuicio concreto sufrido por el acreedor, sin dar lugar a la total y plena ineficacia, y manteniendo su efecto la renuncia en cuanto a la parte del bien o derecho no necesario para cubrir el crédito del acreedor accionante.

- Por último, en este panorama del régimen jurídico aplicable a las renunciaciones unilaterales de derechos, debemos entrar brevemente en la cuestión del **carácter revocable o irrevocable de tales renunciaciones**.

A este respecto, existe práctica unanimidad en la doctrina española acerca de que, una vez manifestada o exteriorizada de alguna manera la voluntad de renunciar o no ejercer

⁴² Por lo demás, entendemos que, en concreto respecto de la acción subrogatoria del art. 1111 CC, la misma podría ser acaso un medio posible de defensa de los acreedores frente a un titular de derechos patrimoniales que fuese inactivo, y con esa inactividad o silencio pudiera expresar una conducta tácitamente renunciadora, cuestión a la que nos referimos a continuación en el apartado siguiente.

Sobre el ámbito de aplicación de la acción subrogatoria, y en particular sobre el sentido de lo que sean “derechos inherentes a la persona” del art. 1111 CC, vid. JORDANO FRAGA, F., *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria (art. 1.111 Cc.) (Ensayo de formulación de los criterios generales para su delimitación)*, ed. Civitas, Madrid, 1996, pag. 33 ss..

⁴³ ORDUÑA MORENO, F.J., *Código Civil Comentado (Dir. Cañizares, de Pablo, Orduña y Valpuesta)*, volumen III (Arts. 1088 a 1444), ed. Thomson Reuters, 2ª edic. Cizur Menor, 2016, pag. 156 ss. .

el derecho, no cabe la revocación posterior por parte del sujeto⁴⁴. Es más, ni siquiera se admite en aquellos casos en que la renuncia no haya sido conocida o recepcionada por los terceros, destinatarios presuntos de dicha manifestación de voluntad.

Por su parte, la doctrina italiana es también claramente partidaria de la irrevocabilidad general. Así, para MACIOCE⁴⁵, la irrevocabilidad de la renuncia está estrechamente ligada a la naturaleza unilateral y no recepticia de la declaración en que consiste, en cuanto los efectos de la renuncia (esencialmente limitados a la producción de efectos directos en el patrimonio de renunciante, y sólo indirectamente y de forma puramente refleja en el de los terceros) no son en absoluto dependientes de la notificación o comunicación de la declaración a los terceros interesados. Se trata de aplicar al negocio de renuncia las mismas pautas del resto de negocios jurídicos, donde no se puede anular por propia determinación del declarante los efectos de la declaración de voluntad.

No existe por otro lado ninguna norma jurídica que ampare, respecto de las renunciaciones unilaterales, la revocación mientras no haya llegado a conocimiento de los terceros afectados. Los autores que han defendido esta posición en Italia, concretamente se cita a STOLFI, lo hacen apoyándose en el art. 525 CC italiano, que admite excepcionalmente, y con condiciones, la revocación de la renuncia a la herencia, norma que es considerada una anomalía en el sistema sucesorio italiano, y que es sabido que no existe en el Código civil español (cfr. art. 997 CC).

1.2.4.- La forma en las renunciaciones unilaterales: las renunciaciones por inactividad o renunciaciones tácitas. Las renunciaciones derivadas del silencio mismo del sujeto titular:

Nos referimos ahora a las formas de expresión de la voluntad renunciativa por parte del titular del derecho. Se trata éste de un tema poco estudiado a nivel doctrinal, y en el que debemos hacer especial hincapié en este trabajo.

No obstante lo anterior, resulta usual en la doctrina señalar que la renuncia de derechos o expectativas no tiene una forma determinada de expresión. Así, ASÚA afirma que la renuncia no exige forma, y puede ser expresa o tácita, citando al respecto la STS de 3 de diciembre de 2007⁴⁶.

Cuando se analiza la práctica extrajudicial y judicial sobre el ejercicio de los derechos subjetivos, se comprueba que es muy frecuente el caso en que el titular de un derecho

⁴⁴ Vid. ASÚA, *ob.cit.*, pag. 79. CABANILLAS SÁNCHEZ, *ob.cit.*, pg. 768.

En contra, sin dar argumentos, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La renuncia a los derechos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, pag. 71.

⁴⁵ MACIOCE, *ob. cit.*, pag. 939 ss.

⁴⁶ Sin embargo, la misma autora, ASÚA, *ob.cit.*, pag. 81, señala que no es renuncia tácita la simple tardanza en ejercitar un derecho, y cita al efecto la STS 25 noviembre 2002.

toma la decisión de no ejercitarlo, y transcurre un lapso de tiempo más o menos relevante en el que se persiste en esa conducta. La cuestión que se plantea en tales casos es si ese no ejercicio, reiterado en el tiempo, debe considerarse como una suerte de renuncia, entendida de forma tácita.

En principio, es imposible llegar a una conclusión unívoca y válida en el cien por cien de los casos. A nivel extrajudicial o judicial, una vez que se dan las condiciones para que el derecho pueda ser usado frente a un tercero o terceros que pudieran haberlo vulnerado de manera efectiva, o frente a terceros que pudieran haber negado su existencia, su alcance o su titularidad, es manifiesto que el mero no ejercicio de un derecho no implica necesariamente, por sí solo, un acto de renuncia al mismo, ya sea en su totalidad o globalidad, ya sea de modo parcial o puntual, en esa concreta situación de vulneración del derecho.

Sin embargo, sí que es perfectamente posible, y usual en la práctica, que la conjunción de una serie de hechos y de conductas, activas o inactivas, permitan llegar a la conclusión de que un sujeto ha renunciado a su derecho, en alguna de sus posibles manifestaciones (renuncia total, parcial, puntual), en tanto existan hechos concluyentes (*facta concludentia*) que así lo confirmen.

La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido sin ambages la posibilidad de renunciaciones tácitas, por ejemplo, en las **STS de 11 de octubre de 2001, de 19 de julio de 2005⁴⁷, de 26 de mayo de 2009, o de 14 de julio de 2014⁴⁸**, entre otras.

⁴⁷ Esta **sentencia de 19 de julio de 2005** es interesante además porque responde a un recurso de Casación en el que se alega a la vez la doctrina de los actos propios y de la renuncia tácita, acogiendo abiertamente la posibilidad de renunciaciones tácitas o derivadas de hechos concluyentes. Dice en concreto:

*“...La renuncia de derechos, como establece la doctrina de esta Sala (13 de junio de 1942; 16 octubre de 1987; 4 de mayo de 1976; 5 de mayo de 1989; 30 de octubre de 2001), no tiene requisitos propios, distintos de los que corresponden en cada caso en relación con la naturaleza del acto que se realiza y la materia sobre la que recaiga y **está sin duda admitida tanto en la forma expresa como en la tácita, cuando se infiera necesariamente de una actitud o conducta, la voluntad de renunciar puesto que tales actos suponen una dejación clara, terminante e inequívoca, circunstancias que no se dan en el supuesto enjuiciado pues ni resulta de forma evidente e inequívoca la voluntad de renunciar a cobrar del banco, ni los hechos de los que se pretende deducir este efecto han podido causar estado frente al mismo al punto de que no puedan ser alterados con posterioridad a partir de una expromisión, que no fue invocada, ni de unos actos que se hicieron al margen de la recurrente sin otra intención que la de ampliar las posibilidades de cobro de la deuda y que carecen en absoluto de consistencia para generar o revelar la existencia de una convención o pacto de no reclamar”.***

⁴⁸ Esta **STS de 14 de julio de 2014** es relevante, al dar a entender que puede haber renunciaciones tácitas, derivadas de una inactividad continuada, con el previo conocimiento por el renunciante de las condiciones de ejercicio del derecho (aunque en el caso no lo declaró así, por no haberse conocido plenamente esas condiciones). En concreto afirma, en relación a un derecho de retracto presuntamente renunciado:

*“...Esta Sala debe declarar que **pese al hecho declarado probado de que "el demandante tuvo conocimiento exacto del cambio de propiedad, que pasó de D.ª Angelica al Sr. Samuel " desde 1998, convenientemente asesorado, también es evidente que hasta diciembre de 2008 el arrendatario no tuvo conocimiento del concreto negocio jurídico que podía dar lugar al nacimiento del derecho de retracto. Ello es trascendente, pues no habría procedido el retracto en caso de sucesión testamentaria o donación, y sí en caso de venta, por lo que al no concretarse hasta 2008 el negocio jurídico de adquisición, le estaba***

Ello nos remite, en primer lugar, a una cuestión de posible recurso a la doctrina de los propios actos, en su relación con la renuncia, tema que resulta complejo y difícil, y que merecería un estudio más detenido del que ahora nos corresponde.

En principio, sabemos que no es lo mismo, en pura teoría, una renuncia tácita o derivada de hechos concluyentes, que es al fin y al cabo una auténtica manifestación de voluntad, sólo que sin utilizarse una forma escrita de expresión, que unos actos propios, que suponen una remisión al examen, *desde un punto de vista objetivo*, de determinadas conductas o actos, para deducir de ellos unas determinadas consecuencias jurídicas, como sería, aplicado a los supuestos aquí analizados, la de una hipotética improcedencia o falta de legitimación para el ejercicio del derecho por su titular, aun cuando éste tenga en un momento determinado la pretensión de ejercitarlo. Sin embargo, a pesar de todo, a la hora de examinar las situaciones susceptibles de presentarse en la práctica, la diferenciación entre renuncia y actos propios ya no resulta tan sencilla.

Ello nos obliga a plantearnos, desde una perspectiva estrictamente práctica, y no teórica, si no debería *permitirse el juego simultáneo de ambas instituciones (renuncia tácita y actos propios)*, como dos puntos de referencia distintos pero con los que resolver una disputa judicial en esta materia. Piénsese en si, después de un importante período de tiempo de inactividad del derecho por su titular, debe o no concederse legitimación activa a quien consta como formal titular del derecho, cuando no se pueda determinar con total seguridad si esa conducta ha implicado o no una verdadera voluntad renunciadora; o si debe atribuirse a esa conducta el mismo efecto negador de la legitimación cuando existan datos objetivos de los que deducir que *actúa de mala fe* quien reclama tras haber creado en la contraparte la creencia de que no iba a ejercitar el derecho, a partir de un determinado momento, más o menos preciso. En esta coyuntura, parece oportuno poder examinar la concurrencia o no en ese caso de los presupuestos de ambas figuras, de forma complementaria, y no ya necesariamente excluyente, como suele sostenerse por la doctrina mayoritaria.

Del mismo modo, el análisis de la inactividad continuada como un acto de posible renuncia a un derecho, también nos remite al tema trascendental *del papel del silencio como declaración de voluntad, aplicado a los actos unilaterales como las renunciaciones de derechos o de expectativas*⁴⁹.

vedado al arrendatario el conocer si tenía oportunidad o no de ejercitar la acción de retracto con éxito, máxime cuando la venta no consta que tuviese acceso al Registro del Propiedad, hasta 2008 (arts. 47 y 48 Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964).

El arrendatario no podía renunciar tácitamente a una acción que desconocía si podía ser ejercitada pues se le notificó el negocio jurídico, por el que adquiriría el inmueble el Sr. Samuel , solo en el año 2008.

Por ello no cabe reconocer la existencia de una renuncia tácita, como viene declarando esta Sala en sentencias de 30 de septiembre de 1996, 30 de octubre del 2001, 25 de noviembre del 2002 y 11 de junio del 2012(recurso 2181/20099)”.

⁴⁹ Sobre el silencio en el negocio jurídico en general y la doctrina jurisprudencial en la materia, vid. DIAZ-AMBRONA BARDAJI, M.D., “El silencio en la teoría del negocio jurídico (Notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1990)”, en *Actualidad Civil*, 1991-3, pag. 667 ss., quien concluye,

Al respecto, alguna autora como VICENTE DOMINGO⁵⁰ ha sostenido que el no ejercicio de un derecho por sí solo no debe considerarse como renuncia al mismo, sino que, en su caso, podría dar lugar a su pérdida por caducidad o prescripción⁵¹.

Esta consideración, con ser en parte acertada, no impide que se le hagan algunas objeciones. En realidad, se está pensando en aquellas renunciaciones, unilaterales o bilaterales, que se adoptan como consecuencia de una previa vulneración del derecho subjetivo por parte del terceros, siendo a partir de entonces cuando empiecen a transcurrir los plazos prescriptivos. Lo mismo cabe decir de los derechos de crédito, donde, frente al titular del derecho, existe siempre uno o varios sujetos específicamente obligados, y en donde el vencimiento o llegada del término para su ejercicio, determina el inicio del cómputo del plazo de prescripción (o de caducidad, respecto de los llamados derechos de configuración jurídica).

Sin embargo, si pensamos en los llamados derechos subjetivos absolutos, ya sean de orden patrimonial (derechos reales, v.gr. propiedad, básicamente) ya de orden personal, como los derechos de la personalidad o derechos fundamentales, en ellos, aun cuando el plazo prescriptivo también se inicia cuando hay un sujeto singular que vulnere las facultades de su titular o niegue el derecho mismo a ese sujeto, sin embargo puede también suceder que no exista, enfrente del titular, un sujeto con hipotética voluntad o intención negadora o contradictoria de su derecho, y resulte imaginable una conducta de su titular de dejarlo inactivo de forma reiterada en el tiempo. En estos casos, se estaría expresando una voluntad renunciadora implícita, derivada de su propio y continuado silencio, conducta que estará desvinculada en principio del cómputo de cualquier tipo de plazo de prescripción o de caducidad.⁵² Dicha conducta inactiva, sin tener a otro sujeto que esté negando el derecho, acaso podría tener perfectamente valor y eficacia jurídica de cara al futuro, como voluntad de abandono o de autorización a intromisiones futuras, por parte

básicamente en relaciones contractuales o relaciones jurídicas preexistentes, que el silencio no tiene más significación que la de ser un hecho negativo que no produce por sí solo efectos jurídicos en el plano negocial, pero si está acompañado o asociado a otras circunstancias o a un determinado comportamiento del sujeto, podría tener valor de declaración de voluntad.

⁵⁰ VICENTE DOMINGO, E., *Manual de Derecho Civil (Dir. Eugenio Llamas Pombo). Vol. I. parte General de Derecho Civil. Derecho de la persona*, ed. Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2021, pag. 319.

⁵¹ Otros autores, como O'CALLAGHAN MUÑOZ, "*La renuncia a la legítima*" *cit.*, pag. 317, consideran que es extraordinariamente difícil pensar que el silencio como declaración de voluntad pueda aplicarse a la renuncia, y en relación a las renunciaciones unilaterales, entiende que, como declaración de voluntad expresa, el silencio se puede entender como tal cuando previamente, y por parte del mismo autor de la renuncia, se ha manifestado que el silencio valdrá como declaración en un sentido o en otro. Se trata a nuestro juicio, de una perspectiva excesivamente reduccionista, que no tiene en cuenta muchas posibles situaciones de la realidad jurídica práctica.

⁵² Sobre la renuncia a un derecho absoluto como el derecho de propiedad, y la posibilidad de conducta reiterada de abandono o desafección material continuada, completada con un *animus*, vid. ROBLES LATORRE, P., "*La renuncia al derecho de propiedad*".. *cit.*, pag. 55-59.

del titular del derecho, sin que ello suponga el inicio del plazo de prescripción o de caducidad.

En Italia BOZZI⁵³ señala que debe diferenciarse la renuncia del no ejercicio o no uso de un derecho subjetivo del que se era titular. En esta última hipótesis, incluso cuando el sujeto asuma el comportamiento omisivo con el fin de determinar la salida del derecho del propio patrimonio, ello sólo denotaría la voluntad de no hacer valer el derecho, pero no aquella otra (positiva) de renunciarlo, y señala que el efecto típico consistente en la pérdida del derecho puede subseguir al no ejercicio por razones que pueden también prescindir de la voluntad del titular de perder el derecho.

Desde nuestro punto de vista, en las renunciaciones unilaterales, el juego del silencio debe ser seguramente diferente al de los contratos. En la medida en que un sujeto sea titular de un derecho ya existente, la inactividad del mismo, ya sea ante una conducta de un tercero de vulneración o intromisión en su órbita de actuación estrictamente individual, ya sea en una situación en la que ni siquiera exista un tercero concreto, pero el titular exprese una conducta de total dejación o abandono del derecho o de muchas de sus facultades en las que no haya interacción con terceros (v.gr., recogida de cosechas, falta de cultivo, falta de conservación del inmueble, etc.), resultará más fácil que pueda ser interpretada, en la práctica, como una “renuncia” en su forma tácita, en comparación con las renunciaciones contractuales tácitas⁵⁴.

Pero para ello, en principio, siguiendo la doctrina clásica sobre silencio, sería razonable exigir una inactividad *continuada*, que sería demostrativa de una voluntad inequívoca, o casi inequívoca, de renunciar a su ejercicio contra el sujeto que se entromete. Y además, como ha dicho FLUME⁵⁵, el que calla debe ser siempre *consciente* del significado del silencio, de lo que puede implicar.

Téngase en cuenta además que nos referimos a posibles renunciaciones unilaterales, donde quizás el silencio debe valorarse de forma distinta a cuando se produce una oferta contractual, o una propuesta de novación, y se produce el silencio por la otra parte de la relación. *Ahora no hay dos partes con intereses contrapuestos, de modo que pueda protegerse prioritariamente la posición de una de ellas (la que emite la propuesta) frente a la otra (que simplemente calla)*. En las unilaterales, y en general en los negocios jurídicos unilaterales, *no existe ese conflicto*, y se trataría sólo de interpretar una conducta

⁵³ BOZZI, A. Voz “Rinunzia (Diritto Pubblico e Privato)”, *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Torino, 1968, pag. 1148.

⁵⁴ En Francia, GODÉ, Pièrre, *Volonté et manifestations tacites*, Ed. Presse Universitaires de France, Paris, 1977, pag. 72-73 y 143 ss., aunque se muestra favorable a las renunciaciones tácitas de derechos, en su aplicación práctica, sin embargo, acaba negando la posibilidad del silencio en las renunciaciones unilaterales, al considerar que la abstención no es una manifestación tácita en el mundo jurídico más que con la condición de que sea acompañada de un acto positivo, de cuyo examen conjunto se pueda deducir una voluntad inequívoca de renunciar.

⁵⁵ FLUME, *El negocio jurídico cit.*, pag. 95 y 97.

de inactividad continuada de parte del único sujeto interviniente, el titular del derecho que renuncia, al margen o con independencia de que pudiera haber indirectamente un beneficiario de esa renuncia⁵⁶.

Lo que en todo caso creemos que no puede negarse es que *el silencio o la inactividad* en el ejercicio de un derecho subjetivo, sea patrimonial o personal, en tanto sea duradero o prolongado en el tiempo, *debe producir al menos algunos efectos*⁵⁷, en cuanto a *excluir la antijuridicidad de la conducta del beneficiario de ese silencio durante el lapso de tiempo transcurrido*, legitimando así su actuación o su provecho, frente al sujeto titular⁵⁸, y a hacer inviable la retroactividad de los efectos ya producidos, sin perjuicio de dejar de producirlos a partir del momento en que procedió a restablecer su ejercicio, en tanto no haya prescrito⁵⁹.

1.3.- La traslación de esta doctrina al ámbito de los derechos fundamentales:

A la vista de lo expuesto anteriormente sobre la doctrina general de la renuncia de derechos subjetivos, resulta muy difícil, por no decir imposible, trasladar a los derechos fundamentales las pautas y criterios establecidos en el art. 6.2 CC, así como el resto de consideraciones ya señaladas sobre el régimen jurídico de las renunciaciones.

Por lo pronto, debe recordarse lo que más arriba se dijo sobre la influencia de la Constitución en la regulación de la renuncia contenida en el Título preliminar del Código civil. Y es que, al tratarse el artículo 6.2 CC de un precepto fruto de la reforma del Título Preliminar del año 1974, tiene *un origen preconstitucional*, por lo que por sí solo, ha perdido seguramente todo o buena parte de su valor, en su aplicación a la renuncia a los

⁵⁶ Cuestión distinta sería el caso de una expectativa de derecho o un derecho futuro: aquí parece poco probable que el silencio sea muy difícilmente valorado como asentimiento a la renuncia anticipada al mismo. A menos que se trate de una conducta previa del tercero, anunciando que se va a producir una intromisión más o menos inminente en el ámbito personal o patrimonial del titular del derecho, y en ese caso, la conducta inactiva de este último sí podría quizás -aunque desde luego no siempre- valorarse en sentido afirmativo de acoger una renuncia a un derecho o pretensión futura.

⁵⁷ Sobre el silencio y sus efectos jurídicos desde la perspectiva histórica, vid. ALARCÓN ROJAS, F., *La incidencia del silencio en los contratos. Génesis y aplicación de la regla "Qui tacet, consentiré videtur"*, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pag. 140. para quien históricamente era usual pensar en el silencio como una posición intermedia, señalado que el que calla no confiesa (aunque seguramente sí en el ámbito procesal) pero tampoco niega.

⁵⁸ Esto es lo que sucedería con la posible renuncia o autorización a la intromisión de tercero en el derecho a la propia imagen o a la intimidad, como luego se expondrá, donde la conducta reiteradamente inactiva por el titular cuyo derecho estaría siendo vulnerado, podría ser interpretada, como hace buena parte de la doctrina, en el sentido de dar respaldo legal a la intromisión, en cuanto a excluir su antijuridicidad.

⁵⁹ Así sucedería en el concreto supuesto del derecho de alimentos, donde, por virtud del art. 148 CC, mientras no se produzca una conducta activa de reclamación judicial de alimentos, quedaría vedada al titular la posibilidad de cobrar aquellos hipotéticamente ya devengados, pero no reclamados, en el período anterior a la demanda judicial. Sobre ello se vuelve más adelante en un capítulo posterior.

derechos no calificables como fundamentales, dado que muy probablemente *los principios y mandatos constitucionales contenidos en la ulterior Constitución española de 1978, deban llevar a un nuevo entendimiento de la renuncia y sus límites*, hasta el punto de haber hipotéticamente derogado o modificado, en todo o en buena parte, lo dispuesto en el citado art. 6.2 CC.

Pero es que, si nos centramos ahora en los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, la posibilidad de aplicarles las pautas y límites referidos en el citado art. 6.2 CC se hace aún más difícil.

En primer lugar, porque el art. 6.2 CC hay que verlo en sus justos términos, que no son otros que los de limitarse a otorgar un tratamiento a la eficacia de las normas jurídicas en general, regulando únicamente lo que sucede con el alcance de las distintas normas legales en las relaciones entre particulares. No hay por tanto una disciplina dedicada a los actos de renuncia, ya que ello habría obligado al legislador -como hace por ejemplo el legislador italiano con el art. 1324 CC- a conceder un tratamiento legal a los actos unilaterales en general, y no sólo a los actos de renuncia, que sabemos que son un subtipo, entre otros muchos, de los actos unilaterales.

Por otro lado, la norma se limita a los derechos de origen legal y su renunciabilidad, siendo claro que se está pensando especialmente en situaciones de renunciaciones pactadas o bilaterales. Es evidente que, en la mente del legislador de 1974, al no haber (por la dictadura franquista) una carta de derechos fundamentales reconocida a ningún nivel, no estaba en modo alguno previsto el aplicar este marco legal a estos últimos derechos, por lo que es absolutamente improcedente hacer el más mínimo esfuerzo de trasladar a los derechos reconocidos por la ulterior Carta Magna de 1978 unas pautas no pensadas nunca para ellos.

Por lo demás, el principio de jerarquía normativa, instaurado por la propia Constitución de 1978, obliga a derogar y hacer ineficaces aquellas reglas legales preconstitucionales que se opongan a los principios constitucionales, siendo bastante evidente que los distintos preceptos constitucionales no han introducido concretas referencias a la renunciabilidad o irrenunciabilidad de estos específicos derechos, ni tampoco a otros posibles límites en el ejercicio tanto activo como omisivo, tanto de ejercicio de acciones o pretensiones como de renunciaciones expresas a las mismas. Sobre ello se vuelve más adelante con detenimiento.

No es posible una coordinación o adaptación de los criterios del art. 6.2 CC al ámbito de los derechos fundamentales, ni cabe ni por vía directa ni indirecta repescar los límites del citado artículo y aplicarlos a estos derechos, al no tratarse propiamente de reglas generales que pudieran considerarse fruto de una abstracción derivada de la experiencia previa, puesto que es perfectamente imaginable –y así ha quedado expresado con anterioridad- que pudieran aplicarse otros criterios o pautas para delimitar y fijar la licitud o ilicitud de los actos de renuncia a los derechos, o las consecuencias jurídicas derivadas de la posible vulneración de esos límites, en cuanto pudieran no circunscribirse a la consecuencia de la

total ineficacia del acto, sino a una función rescisoria o de simple inoponibilidad de la renuncia a determinados sujetos.

Por lo que concierne a *la forma de la renuncia y el juego de las renunciaciones tácitas o el silencio en el ámbito de los derechos fundamentales*, quizás se pueda anticipar -al margen de lo que más adelante se expone- que, respecto de estos derechos, no hay en los preceptos constitucionales ninguna base para defender una determinada forma a la hora de expresarse la posible conducta renunciadora, por lo que podrían trasladarse sin problema las consideraciones señaladas para el resto de derechos subjetivos.

Es más, será bastante frecuente en la práctica que se produzca una suerte de renuncia al derecho fundamental como consecuencia de una inactividad continuada del titular, ante una previa conducta de vulneración o utilización por tercero de las manifestaciones propias de cualquier derecho fundamental. Esto se percibe muy fácilmente en los derechos constitucionales a la propia imagen o la intimidad, donde es frecuente que la utilización de la imagen o de datos íntimos y personales por terceros, tras ser conocida por el titular, vaya seguida de una conducta omisiva del mismo, que pudiera implicar su renuncia puntual a ejercitar ese derecho. La duda reside en la relevancia que pueda tener el tiempo transcurrido respecto de la efectividad de la conducta (continuada) renunciadora, al tratarse de derechos imprescriptibles, pero en los que la facultad de obtener reparación (económica o de otro tipo) en caso de vulneración o de deshacer lo mal hecho, tiene su correspondiente plazo prescriptivo.

Lo anterior conecta con el último tema, el de la revocabilidad o no de la posible renuncia (expresa, tácita o implícita) en el ámbito de los derechos fundamentales. A este respecto, es manifiesto que no pueden ser sin más trasladables a este campo las consideraciones señaladas sobre la normal irrevocabilidad de las renunciaciones unilaterales a derechos subjetivos patrimoniales (o incluso de índole personal, pero sin plasmación a nivel constitucional).

Muy al contrario, todo indica que, justamente por tratarse de derechos fundamentales, la revocación debe ser una característica esencial inherente a estos derechos, en el sentido de hacer viable en cualquier tiempo la revocación de la declaración de renuncia, en aras de la mejor tutela de la posición de su titular, que debe ser antepuesta a cualquier otro interés legítimo de terceros, en tanto no encuentre reflejo en la propia Constitución. Sobre ello se vuelve más adelante con mayor detenimiento.

2.- Sobre la renuncia a derechos futuros o expectativas de derechos:

2.1.- Sobre la licitud de las renunciaciones a derechos futuros:

La doctrina nacional y extranjera se ha planteado también la viabilidad de renunciaciones a derechos futuros, inexistentes en general o existentes pero no integrados aún en el patrimonio del renunciante, o a expectativas de derechos o facultades en general.

Puede decirse que existe una corriente doctrinal importante que considera que esos actos o declaraciones de voluntad consistentes en no querer un derecho o facultad que pudiera corresponderles en el futuro, o al que pudiera ser llamado el renunciante, no constituyen propiamente renunciaciones (de derechos).

Es especialmente significativa esta tendencia en la doctrina italiana, donde es muy frecuente hacer esa separación.

Es en Italia donde la doctrina ha sido tradicionalmente defensora de que sólo es renunciación la que concierne a un derecho ya existente en el patrimonio del renunciante, no siendo tal la de un derecho futuro, de modo que sería inválida esa renunciación:

Así, pueden citarse, entre otros, a LA TORRE⁶⁰. Especialmente relevante es la opinión de BOZZI⁶¹, quien plantea la inidoneidad de que constituya objeto de renunciación aquellos derechos que no existan actualmente en el patrimonio del renunciante. Al efecto, considera necesario distinguir entre: (I) Hipótesis en que el derecho subjetivo no está inmediatamente conectado a un determinado sujeto, sino simplemente puesto a su disposición, en cuyo caso entiende que no puede ser renunciado ese derecho diferido (pone el ejemplo de la delegación hereditaria misma); (II) Expectativas de derecho que no sean meras expectativas de mero hecho o de esperanza o previsiones genéricas de adquisición, en cuyo caso sí podrían ser objeto de renunciación; y (III) Los derechos futuros, cuando no entren en las categorías señaladas de derechos diferidos o de expectativas de derecho, en cuyo caso tampoco podrán ser objeto de renunciación. A la postre, BOZZI considera que no pueden constituir punto de referencia de renunciaciones aquellos derechos que no existan al momento de renunciación, ni en el patrimonio del renunciante ni de ningún otro, o que existan pero en patrimonio ajeno, porque considera que las eventuales renunciaciones no están en condiciones de generar efectos extintivos actualmente o en el futuro, y no se verifican en ellas ni siquiera efectos provisionales u obligatorios en vista o en función de la futura adquisición, no disponiendo de legitimación para el acto de renunciación en estas situaciones.

En cambio, *en la doctrina española*, es sin embargo *mayoritaria la postura que considera perfectamente viables y lícitas las renunciaciones o exclusiones de derechos futuros*, aun

⁶⁰ LA TORRE, María Enza, *Abbandono e rinunzia liberatoria*, Ed. Dott A. Giuffrè, Milano, 1993, pag. 2, para quien el significado moderno de renunciación concierne a la voluntad negativa que el sujeto manifiesta con referencia a un bien o a un derecho de su pertenencia, o bien a una facultad o una acción por él ejercitable.

⁶¹ BOZZI, A. Voz “Rinunzia (Diritto Pubblico e Privato)” *cit.*, pag. 1141-1142.

cuando es habitual diferenciar estos supuestos terminológicamente de lo que serían propias renunciaciones de derechos, entendidos como derechos ya existentes e integrados en el patrimonio del sujeto que renuncia.

Nos preguntamos ahora por este tipo de “renuncias”, su validez en el Derecho español, y su diferenciación en su caso de las renunciaciones de derechos en cuanto a su régimen jurídico. Al respecto, *vamos a defender la plena y general licitud de estas manifestaciones de voluntad, aunque no su equiparación total a las renunciaciones de derechos propiamente tales, en cuanto a su régimen jurídico*. Todo ello al margen de regulaciones específicas que, como la de la renuncia a la legítima o a la herencia en general (arts. 816, 991 y 1006 CC), disponen de un tratamiento legal propio que será objeto de examen en un posterior capítulo de este trabajo.

Veamos los argumentos:

2.1.1.- Renuncia de derechos futuros y exclusión voluntaria de la ley aplicable: el argumento derivado de la licitud de la exclusión de la ley como posible supuesto de renuncia a derechos futuros o renuncia preventiva. El alcance de la exclusión de ley aplicable.

El primer argumento a favor de la licitud y eficacia de este tipo de renunciaciones, sea cual sea la forma en que las denominemos (nosotros, para abreviar, las llamaremos “renunciaciones a derechos futuros” o a expectativas de derechos), nos lo proporciona el mismo artículo 6.2 CC, al regular la exclusión voluntaria de la ley aplicable, junto con las renunciaciones de derechos.

Es muy significativo que el legislador admita, junto a la renuncia de derechos ya existentes, la exclusión voluntaria de la ley aplicable, lo que hemos visto que normalmente se hace por vía contractual, en una relación jurídica con otro sujeto⁶². Pues bien, es manifiesto que *esas situaciones de exclusión contractual de normas dispositivas*

⁶² En principio, no sería imposible una exclusión unilateral plenamente voluntaria de leyes aplicables, por ejemplo, en un testamento. No obstante, convendría reflexionar sobre si el art. 6.2 CC puede ser aplicable a los negocios jurídicos unilaterales como los testamentos. Téngase en cuenta que en los negocios contractuales, el derecho dispositivo cumple un función importante, en cuanto recoge lo que sería la disciplina preferida para el legislador, en defecto de pacto, por lo que la exclusión de la ley aplicable tiene especial sentido en los contratos, como previsión de modificación de esa reglamentación de intereses propuesta por el legislador, y de ahí sus limitaciones. En cambio, en los negocios unilaterales como los testamentos, donde sólo hay una única voluntad expresada (salvo reconocimiento legal de testamentos mancomunados), es difícil vislumbrar un Derecho dispositivo propiamente tal que pudiera ser la base para la modificación efectuada por el testador, como alternativa a una reglamentación de intereses diferente. Es cierto que la voluntad testamentaria permite amplísimas posibilidades a la hora de modificar las figuras institucionales sucesorias (derecho de acrecer, sustituciones fideicomisarias y similares, legados, etc.), pero la regulación legal en esos ámbitos no puede considerarse propiamente como Derecho supletorio o dispositivo, que regiría en defecto de voluntad testamentaria modificadora o excluyente de sus normas. Por lo tanto, su exclusión o inaplicación por disposición testamentaria difícilmente puede considerarse como una suerte de “renuncia” o de “exclusión de ley aplicable”, sino simplemente una expresión del ejercicio libre de la voluntad de testar, con opción entre las múltiples posibilidades que se le ofrecen al testador.

aplicables, previstas en el art. 6.2 CC, habida cuenta que dichas normas supondrían generar *en el futuro* derechos o facultades a favor de una de las partes contratantes a las que se ha decidido excluir o renunciar, *constituyen por tanto formas singulares de renuncia a derechos o facultades futuras*, esto es, renunciaciones a aquellos derechos o facultades que corresponderían a una de ellas, si no se hubiese acordado explícitamente su exclusión por anticipado.

Quizás para ratificar esa conclusión, conviene responder a la pregunta de qué se entiende en realidad por una “exclusión de ley aplicable”.

La doctrina es clara al respecto y considera que tal exclusión implica que, mediante un contrato casi siempre⁶³, la parte beneficiaria de determinado derecho o facultad concedido legalmente, puede *de antemano*, y antes de entrar en vigor el acuerdo, *excluir ese derecho o facultad antes de nacer* y de entrar como tal en el patrimonio de quien deliberadamente los ha excluido⁶⁴.

Sea cual sea el definitivo alcance de lo que sea “exclusión de ley aplicable”, *debemos llegar a la conclusión de que el legislador acoge sin ambages ni objeciones la idea de una renuncia anticipada a derechos futuros, cuando menos a través de la exclusión contractual de derechos o facultades que legalmente se atribuyen al renunciante*, cuando se den en cada caso los presupuestos para su respectivo nacimiento⁶⁵.

Eso significa reconocer que, debajo de ello, late el principio de que todo sujeto tiene pleno derecho, a través de las distintas modalidades de renuncia, de decidir qué ingresa y qué no en su patrimonio, siendo esto un ámbito fundamental de su autonomía privada, no pudiendo ni debiéndose imponer legalmente cortapisas a ese poder de control patrimonial. Lo cual es totalmente razonable, y puede traer determinadas consecuencias

⁶³ No obstante, alguna autora como GARCÍA RUBIO, *ob.cit.*, pag. 63, sostiene que la exclusión parece presuponer una declaración de voluntad unilateral o bilateral.

⁶⁴ Hay sin embargo otros autores, como ROGEL VIDE, *ob.cit.*, pag. 48, que parecen identificar, o al menos conectar esta exclusión de ley aplicable con la llamada *renuncia preventiva*, entendida como el rechazo a hacer propio un derecho aún no incorporado al patrimonio de quien renuncia o lo excluye. No nos parece convincente esa lectura del art. 6.2 CC. En realidad, sería el ejercicio negativo de un derecho a adquirir -en el futuro- otro derecho.

⁶⁵ Al respecto es significativa la STS de 4 de marzo de 2015, que viene a recoger este argumento. Dice en concreto:

“...La renuncia de derechos constituye un acto de disposición abdicativa respecto de un derecho subjetivo ya nacido que, como consecuencia de ello, sale del patrimonio del renunciante y a tal renuncia se refieren las sentencias que se citan en el motivo -sin posterior mención en su desarrollo- exigiendo que sea clara, contundente y expresa.

Cuando la renuncia se hace antes de que el derecho haya nacido, se trata más bien de un supuesto de exclusión de la ley aplicable que, en el ámbito contractual, resulta posible (artículo 1255 Código Civil) salvo que la ley establezca lo contrario para proteger la posición de alguno de los contratantes, como sucedía en el presente caso con el derecho de prórroga forzosa y no con el de retracto que resultó válidamente renunciado”.

jurídicas relevantes en determinados ámbitos en los que se pone en cuestión ese poder de decisión, y se impone una cierta automaticidad y falta de control (por ej., en materia de *ius delationis* y su disposición, como luego se examina).

2.1.2.- La doctrina y la jurisprudencia españolas sobre renuncia a derechos futuros. Las razones favorables a la validez y eficacia de esta renuncia:

Como hemos anticipado, la doctrina española es claramente proclive a admitir las renunciaciones anticipadas a derechos futuros o expectativas de derechos, aun cuando no se otorgue una total equiparación con la renuncia de derechos propiamente dichos, o no se les quieran designar con el término “renuncia”.

En esta línea, y dentro de la doctrina española, cabe citar a ASÚA⁶⁶, quien sostiene que se puede renunciar a derechos subjetivos, derechos de configuración jurídica y derechos eventuales, pero no renunciar a situaciones de poder que al tiempo impliquen deber jurídico (cuyo ejemplo habitual sería la patria potestad). Dice además que es opinión general que sólo se pueden renunciar los derechos que ya están en el patrimonio del sujeto, por lo que no sería válida la renuncia a un derecho aún no adquirido. Sin embargo, afirma que no sería apropiado defender esto cuando se trate de exclusión de la aplicación de una norma que concedería tal derecho, y cita al respecto las SSTs 11 octubre 2007, 11 octubre 2001 y 25 enero 2008 o 11 julio 2002. Aquí lo determinante sería si la norma era o no imperativa, y admite sin problemas la renuncia a derechos adquiridos pero todavía no ejercitables.

Por su parte, GULLÓN BALLESTEROS⁶⁷ dice que se puede renunciar a derechos eventuales (titularidad sometida a condición) Dice igualmente que la renuncia efectuada antes de que se den los presupuestos necesarios para que el derecho haya nacido no equivale a la renuncia al derecho (cita STS 5/5/89). No obstante, el mismo GULLÓN, en otro lugar⁶⁸, señala que el art. 6.2 CC se refiere en concreto a la renuncia a derechos reconocidos por la ley, considerándolos una particular expresión de la exclusión voluntaria de la ley aplicable, cuando la renuncia se hace anticipadamente. Por tanto, admite abiertamente la renuncia anticipada antes de ingresar en el patrimonio de renunciante (aunque dice que no es propiamente renuncia, porque esta propiamente significa un acto de disposición). Habla el autor de renuncia *a los derechos*, para diferenciarla de la renuncia *de los derechos* (estos ya están en el patrimonio del renunciante). Dice que en la renuncia a los derechos no hay perjuicio de tercero, pero sí puede haberla en la renuncia de los derechos.

⁶⁶ ASÚA, *Código Civil Comentado* cit., p. 79-80.

⁶⁷ GULLÓN BALLESTEROS, A., *Comentario del Código civil. Ministerio de Justicia* cit., p.35.

⁶⁸ GULLÓN, *Comentario del Código Civil* (coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), vol. 1. Edit. Bosch., Barcelona, 2000, pag. 388.

Del mismo modo, GARCIA RUBIO⁶⁹ afirma sin ambages que se puede renunciar a derechos subjetivos *stricto sensu*, a derechos potestativos, a *derechos eventuales* (sometidos a condición) o *incluso a las meras expectativas de derechos aún no nacidos*. Sus argumentos son que hay expectativas con distinto grado de madurez, algunas con alto grado de seguridad y se consideran verdaderos derechos subjetivos en espera; y que *no hay una razón plausible para excluirlos de la renuncia: ni con base en la literalidad de norma, ni en el conjunto del sistema*. A tal fin, cita una serie de preceptos legales que la acogen: como el artículo 970 CC (renuncia a la reserva viudal en vida del reservista) o el art. 1102 CC (renuncia preventiva a la acción de responsabilidad contractual si no era dolosa). Cita también la STS de 5/4/1997 e incluye los *pactos o acuerdos preventivos de la ruptura matrimonial, donde está admitida en la práctica la renuncia a derechos no nacidos, como la pensión compensatoria*, aunque se trata a su juicio de renunciaciones contenidas en negocios jurídicos de carácter bilateral.

Por su parte, QUIÑONERO⁷⁰ dice que la renuncia puede caracterizarse como una manifestación de la voluntad que determina la extinción del derecho subjetivo. Es negocio jurídico unilateral, porque *no necesita más que una abdicación de la titularidad*. A su juicio, puede darse una renuncia llamada “preventiva”, en el sentido de negarse a adquirir, pero esto no sería renuncia en sentido técnico, de manera que, *en este caso, no debe producirse dentro de los límites impuestos a la verdadera renuncia*.

Igualmente, CABANILLAS SANCHEZ⁷¹ admite sin problemas la renuncia preventiva, cuando se manifiesta por un sujeto la voluntad de admitir un derecho que no ha entrado todavía en el patrimonio del renunciante (es una *omissio acquirendi*). Señala con posterioridad que la renuncia preventiva no es una verdadera renuncia, al no tener lugar la pérdida o abandono de un derecho por voluntad unilateral de su titular, y no poderse disponer de lo que no se tiene, pero no niega en ningún caso la licitud de la misma.

Cabe citar también a O’CALLAGHAN⁷², quien siguiendo en este punto a ROCA SASTRE, considera viables y lícitas las llamadas “renuncias preventivas” o actos por los que el sujeto decide separar de su propia esfera jurídica algún derecho futuro, aunque entiende que estamos aquí más bien ante la renuncia a un “derecho a adquirir otro derecho”, de modo que a su juicio en realidad seguiríamos estando dentro de un acto cuyo objeto sería un “derecho subjetivo”, susceptible por tanto de renuncia como cualquier otro⁷³.

⁶⁹ GARCÍA RUBIO, M.P., *Comentarios al Código Civil (Dir. A. Domínguez Luelmo) cit.*, p.64.

⁷⁰ QUIÑONERO, E., *Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia (Coord. Antonio Salas Carceller) I.*, ed. SEPIN, Madrid, 2009, pag. 123-124.

⁷¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales.. cit.*, pag. 749-750.

⁷² O’CALLAGHAN MUÑOZ, “*La renuncia a la legítima*” *cit.*, pag. 315.

⁷³ También es abiertamente favorable MIGUEL TRAVIESAS, M., “*La renuncia*”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1929, pag. 560 ss.

En contra de la renuncia de derechos futuros se ha manifestado recientemente VICENTE DOMINGO, quien a partir de una más que dudosa Sentencia del TS de 23 de noviembre (no se cita el año), en relación a un acuerdo de transacción donde se recoge una renuncia a reclamar indemnización por la aparición de nuevos daños en accidente de circulación, concluye que sólo cabe la renuncia a derechos ya nacidos en el patrimonio del sujeto, y dentro de los límites del art. 6.2 CC, no teniendo a su juicio eficacia la renuncia a un derecho subjetivo “que no había nacido a la vida jurídica, ni podía conocer que se produciría más tarde”⁷⁴. La objeción a esta postura sobreviene del propio ejemplo tomado como referencia, en cuanto que se refiere a un supuesto de acuerdo transaccional donde lo que habrá, *más que una cuestión de ineficacia de la renuncia*, será un supuesto de *error transaccional*, recayente sobre el denominado “*caput non controversum*”, donde según la doctrina, la transacción no será vinculante, pero indudablemente será eficaz en el ámbito al que se extienda el “objeto realmente controvertido”, aunque implique renuncia a posibles derechos (en realidad, “pretensiones”) futuros⁷⁵.

Postura singular es la defendida por CARRASCO⁷⁶, quien sostiene que una renuncia *ex ante* requiere siempre de un contrato válido (a diferencia de una renuncia *ex post*, que puede hacerse por contrato o sin contrato). A su juicio, no es posible una renuncia *ex ante*, no porque se exija que los derechos estén patrimonializados previamente, sino porque sólo estando patrimonializados puede producirse lo que él llama “*una renuncia en términos absolutos*” (aunque no explica adecuadamente en qué consiste). Según el autor, no se puede renunciar en términos absolutos al dominio del dinero o del patrimonio que no se tiene (sí se puede en cambio renunciar anticipadamente por pacto al derecho de dominio que me hubiera de advenir en el futuro por medio de una herencia o de un billete de lotería). Parece con ello aludir el autor a la idea de una posible “falta de objeto” o de “falta de determinación del mismo” para negar la renuncia anticipada.

A nuestro juicio, quizás es mejor sostener, no que sea necesario un contrato válido, sino que la renuncia anticipada, a lo sumo, *tendrá casi siempre uno o múltiples destinatarios*, susceptibles de ser concretados de forma más o menos precisa, los cuales se pudieran beneficiar, siempre indirectamente, de esa renuncia. Pero eso *sin necesidad de que haya un acuerdo con éstos*, sino sólo al objeto de que el acto de renuncia tenga alguna virtualidad jurídica, en cuanto manifestación de voluntad de rechazo con un fin más o menos delimitado, y para ello es razonable intentar concretar los sujetos. Ello no significa que, siendo lícita la renuncia anticipada, sólo tenga efectos frente a estos concretos

⁷⁴ VICENTE DOMINGO, E., *Manual de Derecho Civil (Dir. Eugenio Llamas Pombo). Vol. I. parte General de Derecho Civil. Derecho de la persona*, ed. Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2021, pag. 152-153.

⁷⁵ Vid. al respecto RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “El error en la transacción”, *Anuario de Derecho Civil*, Nº 3, 1991, pag. 1093 ss.

Véanse igualmente las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2007 o 20 de diciembre de 2000, donde se admite la eficacia de la transacción, y se niega la nulidad, en tanto resultó que la renuncia en ella contenida no se excedía del objeto del acuerdo transaccional.

⁷⁶ CARRASCO PERERA, *ob.cit.*, pag. 149-150.

sujetos, sino que *lo tendrá respecto de cualesquiera otros que se vean sobrevenidamente afectados, aun cuando no hubieran entrado en la previsión originaria del renunciante*. Lo que es evidente es que este tipo de renunciaciones anticipadas no precisa, como elemento estructural, la existencia de un beneficiario o beneficiarios concretos, o unos destinatarios concretos.

Por tanto, a nuestro juicio, la sugerente tesis de CARRASCO no tiene adecuado fundamento. Desde luego, si se piensa en derechos de contenido no patrimonial (v.gr., en el ámbito del derecho de familia) *-ahora veremos si también respecto de derechos fundamentales-*, no debe negarse la posibilidad de esa renuncia, siendo que el art. 6.2 CC se refiere a todo tipo de derechos subjetivos. Es más, seguramente en esos ámbitos es donde más frecuentemente se van a dar conductas renunciadoras anticipatorias de la vulneración o intromisión, como se comprueba en los capítulos siguientes de este trabajo. La tesis del autor referido está pensando en derechos de contenido patrimonial, pero no en otros derechos subjetivos, de contenido personal o personalísimo, en los cuales ni es preciso un específico poder de disposición para renunciar, ni es preciso que exista un beneficiario concreto, que es en lo que creemos está pensando el autor citado.

Pero incluso desde la perspectiva patrimonial, *en tanto el derecho futuro tenga una mínima concreción*, como expectativa con probabilidades de nacer al mundo jurídico o de ser adquirido patrimonialmente por el sujeto, *debería poder ser renunciado sin problemas, y de forma unilateral*. Es probable que el autor quizás esté pensando en derechos aún no concretados ni siquiera mínimamente, donde la indeterminación puede ser mayor, y donde el alcance exacto de la manifestación de voluntad de renuncia anticipada pudiera ser complicado de interpretar.

Parece pensarse también por CARRASCO en que una renuncia anticipada a algo que se puede recibir, no tendría causa, sería una suerte de negocio abstracto, prohibido en teoría por nuestro Derecho. Pero no cabe duda de que toda renuncia unilateral anticipada tiene perfectamente una causa, que es, como mínimo (y al margen de la finalidad concreta perseguida por el renunciante), la genérica de controlar la entrada futura de determinados bienes en nuestro patrimonio, e impedir su llegada⁷⁷, exteriorizando esa específica voluntad, que supone un compromiso *erga omnes* de no patrimonializarlos, si llegara el caso⁷⁸.

Ciertamente, la causa de la renuncia a un derecho futuro o expectativa será diferente de la propia de una renuncia a un derecho de titularidad actual del renunciante, de la cual se

⁷⁷ Al respecto, CANO MARTINEZ DE VELASCO, *ob.cit.*, pag. 14, señala que cuando un sujeto “rechaza” adquirir un determinado derecho, está ejercitando un poder inherente al ser titular del patrimonio en el que se trata de evitar que penetre, sin que ello implique utilizar un poder de disposición del derecho.

⁷⁸ Según esta idea del autor citado, sería, por ejemplo, ilícito un negocio unilateral de apoderamiento (cuando no tiene su origen en un previo contrato de mandato o de otro tipo), ya que estaríamos de nuevo ante un acto unilateral de corte “abstracto”, y sin embargo, la doctrina no considera en ningún caso que sea un negocio sin causa, sino que tiene una causa perfectamente identificable.

diferenciará netamente, en cuanto que el objetivo o finalidad no es el de realizar un acto dispositivo sobre el derecho sacándolo del propio patrimonio, como sucedería en la renuncia propiamente tal. Se trataría ahora de una causa consistente en decidir deliberadamente negar la entrada de un bien o derecho (patrimonial o incluso de índole personal) en el patrimonio del sujeto, y hacerlo de forma anticipada. Pero eso no supone ni puede suponer en ningún caso un obstáculo a la licitud de la causa. En ambos casos, se trataría a la postre de una idea que puede considerarse común: que todo sujeto sea el único que pueda decidir, en cada momento, qué forma parte, y qué no, del propio patrimonio personal, decidiendo en un caso prescindir de algo que ya existía dentro del mismo, y en otro, no dejar entrar en el mismo algo que pudiera entrar en el futuro, controlando de antemano esa decisión, sin esperar a que ya haya entrado. No se olvide que, en el fondo, la exigencia, en las donaciones, de que concurra el consentimiento del donatario, obedece justamente a esa misma finalidad típica de disponer del poder de control absoluto de lo que entra y lo que no en el propio patrimonio.

Finalmente, no tiene sentido decir que una renuncia anticipada podría identificarse con una promesa de donar, primero, porque no se dispone (gratuitamente) de nada que ya se tenga, y segundo, porque la manifestación de renuncia no tiene necesariamente un destinatario o beneficiario concreto. No se trata tampoco de “un compromiso no causalizado en contrato oneroso o remuneratorio” (que según el autor no podría contraerse por medio de negocio jurídico unilateral). Se trata simple y llanamente del ejercicio del poder general de todo sujeto de controlar la entrada en el propio patrimonio de determinados bienes, mediante el propio consentimiento, sólo que ahora sería un ejercicio negativo en cuanto a negar la posibilidad de entrada futura de ese concreto bien o derecho, si llega el caso.

Lo que subyace a las tesis de CARRASCO es a la postre su idea de que es imposible prometer cosas a futuro “*ad certam vel incertam personam*”, y de que esa promesa futura hecha a través de un acto unilateral no tendrá virtualidad suficiente para tener efectos vinculantes. Sin embargo, creemos que se trata en realidad de otro asunto, y debemos ver la cuestión de otra manera: la renuncia unilateral anticipada tiene o puede tener por objeto o causa, como mínimo, la intención de manifestar de antemano que no se quiere la entrada en el propio patrimonio de un determinado bien o derecho, en el caso de que se le llegue a ofrecer, o en el caso de que se lleguen a producir en el futuro los presupuestos para su nacimiento en cabeza del renunciante (sin necesidad de que se trate de un compromiso contractual frente un sujeto determinado).

Por supuesto, la cuestión es la eficacia de tal manifestación. Desde luego, la cuestión es muy clara desde la perspectiva de derechos personales o no patrimoniales.

En cuanto a los patrimoniales, puede ser relevante a nivel de herencia futura o de legítima futura. En la medida en que la manifestación llegue a ser conocida por terceros, puede ser utilizada por éstos cuando el renunciante niegue la eficacia de su renuncia previa (mediante una hipotética revocación de su renuncia o aduciendo una posible ilicitud o falta de objeto). Por lo tanto, siendo esos terceros beneficiarios (indirectos) de la renuncia

anticipada, deben tener a su alcance la posibilidad de esgrimir u oponer, en un proceso judicial, frente al renunciante que a pesar de todo quiera ejercitar el derecho renunciado, su previa declaración inequívoca de rechazar el derecho futuro.

Como ya se dijo más arriba, subyace también a toda esta problemática una cuestión de ejercicio, por parte ahora del renunciante anticipado, de un derecho o facultad de forma contraria a las exigencias de buena fe, yendo contra sus propios actos anteriores (art. 7.1 CC), lo que debería conllevar su falta de legitimación activa en el caso para ejercitar la pretensión frente a quien quiera que sea beneficiario de esa renuncia previa⁷⁹.

2.2.- El régimen jurídico de la renuncia anticipada a derechos futuros o expectativas de derecho:

Afirma GULLÓN⁸⁰ que la renuncia efectuada antes de que se den los presupuestos necesarios para que el derecho haya nacido *no equivale a la renuncia al derecho* (y cita al efecto la STS 5/5/89). También vimos más arriba su opinión de que, en la renuncia a los derechos (renuncia anticipada o preventiva) no hay perjuicio de tercero, pero sí puede haberla en la renuncia de los derechos. En otro lugar, el mismo autor⁸¹ señala que el art. 6.2 CC se refiere en concreto a la renuncia a derechos reconocidos por la ley, *considerándolos una particular expresión de la exclusión voluntaria de la ley aplicable, cuando la renuncia se hace anticipadamente*.

Estas afirmaciones nos obliga a preguntarnos por el verdadero régimen jurídico aplicable a este tipo de renunciaciones a derechos futuros, y si se regirán analógicamente por las mismas pautas que la doctrina viene asignando a la exclusión voluntaria de ley aplicable, a las que se dice mayoritariamente -como ya se vio más arriba- que vienen limitadas sólo por las normas imperativas.

En concreto, respecto del límite del posible perjuicio de terceros, ya vimos que *dice GULLÓN que en las renunciaciones anticipadas no juega como límite el perjuicio de tercero*.

En esta línea, con la que estamos conformes, debemos señalar que *el hipotético perjuicio de terceros se percibe como altamente improbable en los casos de renunciaciones a derechos futuros o expectativas de derechos*, básicamente porque a un tercero, v.gr. un acreedor del renunciante, que sería el prototipo de tercero tutelado, *difícilmente le es dable demostrar que ha sufrido un perjuicio efectivo **actual**, derivado de ese acto de renuncia al derecho futuro, dado que desconoce si ese derecho finalmente va a entrar o no en el*

⁷⁹ Si se quiere, y como complemento a lo anterior, el principio de autonomía privada y de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) estarían en la base de la validez y eficacia de esa renuncia anticipada, en cuanto decisión personal plenamente vinculante sobre los componentes del propio patrimonio.

⁸⁰ GULLÓN, *Comentario del Código Civil ...cit.*, pag.35.

⁸¹ GULLÓN, *Comentario del Código Civil (coord.. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta)*, vol. 1. Edit. Bosch., Barcelona, 2000, pag. 388.

patrimonio del deudor, y desconoce igualmente el momento en que lo hará, lo cual será decisivo a la hora de poder demostrar el hipotético perjuicio.

No obstante, la cuestión es más dudosa cuando nos referimos al interés público o el orden público, como posibles límites a la renunciabilidad de derechos futuros. La situación no es fácilmente equiparable a la de la renuncia unilateral de derechos actuales. Téngase en cuenta que el objeto y finalidad de una renuncia a un derecho futuro responden a una voluntad de todo sujeto de controlar lo que entra o va a entrar en el propio patrimonio, por lo que no es lo mismo excluir la entrada, que dar salida a un derecho que ya está en el propio patrimonio.

En este sentido, la renuncia a derechos futuros no se puede regir por los mismos parámetros que la renuncia a derechos actuales, en donde, sobre todo si estamos en el ámbito de los derechos patrimoniales, resultará en principio decisivo tener suficiente poder de disposición para la renuncia, sobre todo si se quiere que tenga efectos frente a cualesquiera terceros que pudieran verse afectados.

En cambio, siendo derechos futuros, no parece razonable exigir la concurrencia de una específica facultad de disposición del renunciante, precisamente por no estar patrimonializado el derecho. No hay tampoco una razón de tutela de los intereses de terceros (señaladamente, los posibles acreedores del sujeto renunciante), de modo que la posible falta del poder dispositivo del sujeto no debe impedirle renunciar anticipadamente a derechos que le pudieran sobrevenir u ofertar en el futuro. Por lo tanto, es claro que el ámbito de libertad de que dispone el sujeto a la hora de efectuar estas renunciaciones preventivas o anticipadas debe ser mucho mayor, siendo poco probable imponerle u obligarle a acoger en el propio patrimonio un derecho no nacido, cuando se produzca el nacimiento del mismo en el mundo jurídico.

En cuanto al régimen de ineficacia de esta clase de renunciaciones, en caso de vulneración de los hipotéticos y más que dudosos límites a la renuncia unilateral de derechos futuros, deberían seguirse también unas pautas similares a las más arriba expresadas, en cuanto *la nulidad parece un remedio demasiado radical*, debiendo optarse, en su caso, por una ineficacia parcial, limitada al sujeto o sujetos cuyo interés pudiera resultar puntualmente tutelado.

Fuera de estos casos, sería preciso, para dar lugar a la nulidad aun parcial de la renuncia anticipada, que se pudiera acreditar que existen intereses públicos o razones de orden público que justificasen la limitación de la renuncia preventiva al derecho futuro, lo que no resulta fácil. En este sentido, quizás el único supuesto en que parece impedirse la renuncia a un derecho futuro por presuntas razones de “orden público”, lo encontramos a día de hoy en la prohibición de renuncia a la legítima futura del art. 816 CC, supuesto que será objeto de un examen minucioso en un capítulo posterior de este trabajo, y donde pondremos en duda la efectividad de esa prohibición en relación a las renunciaciones unilaterales anticipadas.

Por último, nos queda la cuestión de las consecuencias jurídicas derivadas de una renuncia a un derecho futuro, y si cabría la posibilidad de reconsiderar la decisión tomada, cuando se cumplan las condiciones de nacimiento del derecho (o incluso en el período intermedio entre este momento y aquel en que se hizo la renuncia anticipada). En este sentido, *sobre la hipotética revocabilidad de las renunciaciones anticipadas*, por contraste con las renunciaciones a derechos subjetivos actuales, que sabemos no son revocables como regla, se podría plantear si no existe al efecto una particularidad en estas renunciaciones anticipadas a derechos futuros y si cabe la posibilidad de reconsideración de la renuncia, de modo que, antes de que sobrevenga el evento condicionante del nacimiento teórico del derecho, el renunciante pueda revocar su manifestación de voluntad⁸².

A pesar de lo sugerente de la cuestión, creemos que no hay base legal para defender la revocabilidad de esa renuncia anticipada a los derechos futuros, de modo que, desde el momento en que el sujeto futuro beneficiario se manifiesta libremente por descartar de antemano la entrada de un derecho eventual en su patrimonio, debe considerarse vinculado para el futuro, y no debería poder revocar esa manifestación, sino que debemos considerarlo vinculado a ella. De tal modo que podrán los terceros beneficiarios de esa renuncia alegar su existencia y su vinculación, por mucho que el renunciante intente el ejercicio del derecho ya nacido.

Cuestión diferente es que, por no ser recepticia, no sea conocida la renuncia por esos terceros, y no lleguen nunca a conocerla, en cuyo caso por tanto no podrán probar su existencia. Pero eso sucede exactamente igual con las renunciaciones a derechos ya existentes en el patrimonio del renunciante. Sólo en caso de haber alguna norma que permita esa opción -lo que debería estar muy bien justificado-, podría ser viable la revocación.

2.3.- La renuncia a derechos futuros en el ámbito de los derechos fundamentales: la traslación a estos derechos de la doctrina general sobre renuncia a derechos o expectativas futuras.

Nos planteamos finalmente si todo lo señalado antes respecto de las renunciaciones anticipadas a derechos y su régimen jurídico, es trasladable a los supuestos en los que el titular de un derecho fundamental manifieste una voluntad previa o preventiva de renuncia a reclamar judicial o extrajudicialmente frente a una vulneración futura de ese concreto derecho fundamental.

No cabe duda de que respecto de los derechos fundamentales, se da la particularidad de que su titularidad existe desde el momento mismo del nacimiento de la persona, por lo

⁸² Cabe recordar que en Italia, MACIOCE, *ob.cit.*, pag. 940, alude a aquellos autores que, con base en el art. 525 CC, sobre revocación de renuncia a la herencia, consideran viable la revocación. Sin embargo, no se trataría de un supuesto de renuncia anticipada a una futura herencia, susceptible de ser revocada, sino de una renuncia a un llamamiento hereditario actual.

que parecería inadecuado plantearse la posibilidad de renunciaciones preventivas, si las referimos al derecho mismo en su globalidad.

En cambio, la cuestión es diferente si pensamos en manifestaciones concretas del respectivo derecho fundamental, y en si resultaría posible prever de antemano por el titular del derecho su voluntad de no ejercitar las facultades legalmente concedidas, en el caso de que, en un futuro más o menos inmediato, se produjera la vulneración del derecho por parte de un tercero particular (o Administración pública).

Baste pensar como ejemplo prototípico -pero en absoluto el único- del sujeto titular de un derecho constitucional a la propia imagen o a la intimidad, que, ante la intención más o menos conocida de un concreto tercero de disponer en provecho propio de esa imagen o de esos datos íntimos, sin haberlo hecho aún, el titular del derecho prevea anticipadamente su manifestación de voluntad (expresa o tácita) de no dirigirse judicial ni extrajudicialmente contra aquél, cuando se produzca el hecho generador de lo que sería una teórica vulneración de alguno de esos derechos. En estas situaciones, estaremos seguramente ante un acto de renuncia anticipada a ejercitar acciones (de indemnización del daño, o de restauración plena a la situación anterior) para el caso hipotético de que se produjese una futura y más o menos inminente vulneración del derecho fundamental.

Es más, es muy posible que las renunciaciones en el ámbito de los derechos fundamentales se produzcan con mucha frecuencia de forma anticipatoria, en cuanto lo que haga el titular del derecho sea, casi siempre, expresar una autorización o renuncia previa al momento de ejecución de la conducta que hipotéticamente vulneraría el derecho mismo. Sobre ello volvemos en los capítulos siguientes con más detalle.

Obviamente, para que ello sea posible, es preciso que quede perfectamente delimitado el ámbito de operatividad de esa manifestación de renuncia anticipada, quedando fuera del mismo aquellas posibles autorizaciones o renunciaciones que sean de carácter genérico, referidas al ejercicio de acciones futuras sin identificar las situaciones concretas ni los singulares sujetos beneficiarios frente los que se renunciaría.

CAPÍTULO 2: LA DOCTRINA SOBRE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y SU RENUNCIA, Y SU POSIBLE TRASLACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

INDICE:

2.1.- Introducción. Consideraciones generales sobre el posible alcance de la renuncia en el ámbito de los derechos fundamentales. 2.1.1.- ¿Renuncia al derecho fundamental, renuncia al ejercicio del DF, renuncia al ejercicio de las facultades, o renunciaciones puntuales al DF? 2.1.2.- Renuncia unilateral a los DF y renuncia a los DF contenida en el seno de un pacto o acuerdo. **2.2.- La doctrina civilista sobre los derechos de la personalidad, y su posible renunciabilidad, como referencia para los derechos fundamentales:** 2.2.1.- Introducción. Ideas generales sobre los derechos de la personalidad. Derechos fundamentales y derechos de la personalidad. 2.2.2.- Las características típicas de los derechos de la personalidad (irrenunciabilidad, indisponibilidad, inextinguibilidad), y las modalizaciones a las mismas introducidas por la doctrina civilista: 2.2.2.1.- Irrenunciabilidad e indisponibilidad y la necesidad de separar una cosa de la otra. La prescripción y la renuncia. 2.2.2.2.- Consentimiento o autorización a la intromisión y renuncia del derecho de la personalidad. 2.2.2.3.- Sobre la revocabilidad del consentimiento o autorización a la intromisión en los DP (derechos de la personalidad). 2.2.2.4.- Otras características de los actos de renuncia a los derechos de la personalidad. 2.3.- La posible traslación de la doctrina sobre los caracteres de los derechos de la personalidad a los derechos fundamentales.

2.1.- Introducción. Consideraciones generales sobre la renuncia en el ámbito de los derechos fundamentales:

Parece oportuno examinar ahora, tras haber expuesto la doctrina general sobre la renuncia de derechos (actuales y futuros) y haber llegado a la conclusión de su inaplicabilidad a los derechos fundamentales, proceder a centrarse ahora en la doctrina sobre los derechos fundamentales y sus límites genéricos, para conocer si entre ellos se halla la irrenunciabilidad de los mismos, así como el juego de la autonomía de la voluntad en los referidos derechos, antes de analizar los derechos fundamentales concretos y dilucidar de qué modo juega en ellos la renuncia. Todo ello como paso previo a examinar si la renuncia en el ámbito del Derecho de familia y de la persona, quizás por su misma condición de extrapatrimonialidad, y por la relativa proximidad con los citados supuestos (en cuanto afecta a facetas personalísimas de los sujetos), funcionará del mismo modo que en el campo de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución.

A priori, todo abonaría la idea de que este tipo de derechos, por su inherencia a la persona mientras la misma esté viva, deben ser considerados como irrenunciables. Es probable que esta tendencia no sea más que el reflejo de la tradicional concepción doctrinal de los llamados derechos de la personalidad (**en adelante, DP**), coincidentes como veremos en buena medida con los DF. Esta doctrina sobre derechos de la personalidad, que seguramente se halla más desarrollada que la propia de los DF en cuanto a sus características básicas, los viene calificando tradicionalmente como derechos indisponibles, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles, cuestión a la cual la doctrina constitucionalista ha dedicado no demasiada atención.

Sin embargo, la cuestión de la renunciabilidad o irrenunciabilidad de los DF está mucho más viva de lo que pudiera pensarse, puesto que existen opiniones y posturas de la propia doctrina constitucionalista que están específicamente referidas, con más o menos intensidad, al tema de la renuncia, abriéndose así a la posibilidad de acoger determinadas manifestaciones de abandono o no ejercicio de concretas facultades derivadas de los DF, dentro de ciertos límites, y con un determinado alcance, que ahora se verá.

Como ya se vio al inicio de este trabajo, el constitucionalista que quizás ha dedicado atención más directa al problema de la renuncia en el ámbito de los derechos fundamentales ha sido DIEZ-PICAZO (Luis María), y lo ha hecho dentro del marco más amplio de un capítulo dedicado a la titularidad y ejercicio de los DF⁸³. Este autor ha puesto de manifiesto, en relación a los derechos fundamentales, que el punto de partida del análisis de la renuncia en este tipo de derechos, debe ser el Derecho civil, y en particular el estudio de la doctrina tradicional de los derechos de la personalidad; y señala la paradoja de que los derechos pueden ser renunciados pero con el límite del orden público, cuando resulta que el armazón del orden público lo constituyen justamente los propios derechos fundamentales.

El autor citado parece remitir, para fijar sus límites generales a la renuncia en el campo de los derechos fundamentales, a los señalados por el artículo 6.2 CC. Desde nuestro punto de vista, supone un cierto apriorismo el decir que el citado artículo 6.2 CC es aplicable a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, de modo que el Título Preliminar del Código Civil pueda jugar al mismo nivel de la propia Constitución en este ámbito. Sin embargo, es evidente que esta última la que sirve de fundamento a la vigencia actual del Código, por lo que los posibles límites a la renuncia a los DF no pueden regirse en absoluto por las pautas del citado art. 6.2 CC, sino que habrán de regirse por criterios muy distintos, en su caso, a los cuales luego nos referiremos.

Es manifiesto por tanto que los tres límites del art. 6.2 CC no pueden ser aplicables sin más a los DF. No lo puede ser el interés público, que por su esencia, no puede contraponerse al interés individual garantizado con el reconocimiento del derecho fundamental concretamente afectado. Tampoco lo puede ser, con mucho menos motivo, el interés o perjuicio de terceros, el cual sólo tendría a lo sumo relevancia cuando se produjese una contraposición (del acto de renuncia) del DF por su titular, frente a otro derecho del mismo rango (derecho fundamental) de otro sujeto, o a un bien fundamental reconocido por la Constitución, con el mismo o similar rango que el DF renunciado. A este respecto, si pensamos en el caso prototípico de la renuncia abdicativa unilateral, no cabe duda de que en estas situaciones no hay prácticamente nunca un interés de tercero que pudiera verse afectado, al menos de forma directa, como se vio en el capítulo anterior, aunque sí pudiera ser reflejo o indirecto. Otra cosa es que la renuncia se produjese en el marco de un acuerdo entre dos sujetos, y se produjera una contraposición de intereses entre el renunciante y un tercero, renuncia ésta que, por encajarse en el seno de un acuerdo

⁸³ DIEZ-PICAZO, L.M^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 2^a edic, Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, pag. 141 a 144.

de contenido más amplio, con otras prestaciones y contraprestaciones, tendría unas connotaciones diferentes, como luego se trata.

Por tanto, quedaría sólo la idea de orden público como posible límite. Sin embargo, tal como se ha avanzado, el límite lo sería la vulneración del derecho fundamental mismo, como consecuencia de la actuación de un poder público, o de terceros particulares, pero en principio no quedaría afectada por el orden público una decisión del titular mismo del derecho de renunciar a él, o de no ejercitarlo, en un caso y unas circunstancias dadas.

En conclusión, parece que son inaplicables a los derechos fundamentales los parámetros propios de las renunciaciones a los derechos subjetivos reconocidos legal o contractualmente.

DIEZ-PICAZO⁸⁴ alude al orden público, y concluye que esa idea en relación a los DF y a su posible renuncia, le lleva a la doctrina tradicional sobre derechos de la personalidad, que considera a dichos derechos como irrenunciables.

Sin embargo, esta afirmación resulta dudosa y seguramente infundada, en cuanto que, no habiendo propiamente una idea de orden público como posible límite al ejercicio de cualesquiera DP, ni normas que establezcan respecto de ellos la irrenunciabilidad general, como luego se comprueba, es muy discutible que se pueda llegar a la conclusión de que el orden público lleva a la idea de la general irrenunciabilidad de los derechos fundamentales, en cualquiera de todas sus posibles facetas o manifestaciones, o incluso al propio DF mismo.

En todo caso, procedemos a continuación a examinar la doctrina general sobre derechos de la personalidad, por si la misma, por su mayor desarrollo doctrinal, pudiera ser trasladable a los derechos fundamentales.

Antes de ello nos centraremos en la distinción realizada por DIEZ-PICAZO y algunos otros autores, entre *renuncia al DF en general* y *renuncia a uno o varios actos de ejercicio de ese derecho*. En concreto el citado autor habla en sentido estricto de “*renuncia al ejercicio de facultades*” que otorga un determinado DF, concluyendo, frente a la renuncia al DF mismo, que consideraría inadmisibles de modo general, que sí sería quizás viable la renuncia al ejercicio. Al respecto, pone dos posibles ejemplos, uno, de renuncia no unilateral, sino contenida dentro de un pacto o contrato (renuncia a no ejercitar actividades económicas concurrentes con la empresa que te contrata, o no afiliarse al partido de la oposición cuando se entra en un determinado grupo o asociación); y dos, la simple decisión del sujeto titular del DF de reaccionar frente a la vulneración del mismo, no ejercitando la correspondiente acción judicial.

La fundamentación de estas opciones, a juicio de DIEZ-PICAZO, se halla en que los DF son derechos subjetivos, y éstos dejan a su titular la facultad de hacer valer, cuando lo estime oportuno, la protección de los intereses protegidos por ellos. Por ello concluye -ahora pensando seguramente en actos unilaterales- que el criterio general en materia de renuncia debe ser el que es a los titulares de los derechos, en tanto actúen consciente y

⁸⁴ DIEZ-PICAZO, *ob.cit.*, pag. 141.

libremente, a quienes debe corresponder la decisión de cuándo ejercer sus derechos fundamentales, y por tanto cuándo no hacerlo, renunciando al ejercicio de las facultades derivadas del respectivo DF.

2.1.1.- ¿Renuncia al derecho fundamental, renuncia al ejercicio del DF, renuncia al ejercicio de las facultades, o renunciaciones puntuales al DF?

Aun cuando pudiera pensarse que se trata de una cuestión puramente terminológica, lo cierto es que no es en absoluto irrelevante la delimitación de los términos en los que nos vamos a mover cuando hablamos de la posibilidad del juego de la renuncia en el campo de los DF.

Hemos visto cómo DIEZ-PICAZO, al tratar de la renuncia en el campo de los DF, utiliza, para acoger la posibilidad de actos de renuncia o negación del derecho, la expresión de “*renuncia al ejercicio de facultades que otorga un determinado DF*”, lo que merece un examen detenido acerca de su corrección o no.

Es posible encontrar en la doctrina constitucionalista y civilista otras expresiones tales como “renuncia al ejercicio” del DF, o de “renuncia parcial”, o de “renuncia a las facultades” del DF, para referirse a manifestaciones del mismo fenómeno⁸⁵.

Por lo pronto, el hecho de utilizar estas expresiones son buena prueba de que la doctrina no es en general partidaria de negar la posibilidad de actos de renuncia o abandono de un concreto DF. Por otro lado, es muy posible además que esas expresiones se empleen para determinado modelo de DF, como es el del derecho a la intimidad y la propia imagen, donde es usual la preservación del derecho en su conjunto, como no puede ser de otro modo, compaginándolo con actos puntuales de renuncia o autorización a la intromisión. Este modelo es claramente diferenciable de otros, como por ejemplo el representado por el derecho a la vida y a la integridad, donde los parámetros de los posibles actos de renuncia, caso de admitirse, deberían ser algo diferentes.

Pensando en el primero de estos modelos, creemos que es muy dudoso, cuando el titular del DF (al honor, intimidad o propia imagen) decide, tanto antes de producirse la intromisión como incluso después, autorizar o consentir la misma, que esté renunciando, en la terminología antes empleada doctrinalmente, *a concretas facultades* derivadas del derecho fundamental, *o al ejercicio de facultades* de dicho derecho. De ser cierto lo que

⁸⁵ Por ejemplo, CABEZUELO ARENAS, *Derecho a la intimidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pag. 97, habla, en relación al derecho a la intimidad, de posibilidad de renuncia a las facultades que integran el derecho.

También HIGUERAS, I., *Valor comercial de la imagen. Aportaciones del right of publicity estadounidense al derecho a la propia imagen*, Ed. EUNSA, Pamplona, 2001, pag. 183, se refiere, en relación a dicho derecho, a la cesión de alguna facultad del mismo a tercero.

En Italia, BOCHINI y QUADRI, *Diritto Privato*, ed. Giapichelli, 2016, pag. 185, se refieren igualmente, tras destacar la indisponibilidad e irrenunciabilidad de los derechos de la personalidad, admite la tendencia a no considerar excesivamente rígida la idea de la indisponibilidad admitiendo la posibilidad de voluntarias limitaciones parciales y renunciaciones al ejercicio de tales derechos.

se está sosteniendo, *debería poder identificarse qué específica facultad en abstracto*, es decir, entendida de modo genérico o conceptual, es la que *se pierde* por consecuencia del acto de renuncia, de entre todo el conjunto hipotético de facultades que componen el derecho, o al ejercicio de qué concreta facultad, de entre todas estas, se estaría renunciando por su titular.

La respuesta a esta cuestión se torna inviable, no sólo por la *total imposibilidad de identificar unas específicas facultades integrantes del correspondiente derecho fundamental* (¿a qué facultad se refieren los citados autores? ¿a la facultad de ejercitar una acción judicial por intromisión?), sino sobre todo, porque *permitir la renuncia de una facultad hipotética de un DF supondría la pérdida definitiva de la misma para futuras ocasiones*, lo que iría frontalmente contra la exigencia constitucional de garantizar adecuadamente ese DF, aunque sea referido a una persona concreta y determinada.

Si se piensa bien, es mucho más acertado considerar que, en este tipo de DF, cuando el titular decide libremente y sin coacciones autorizar a un tercero a entrometerse en su vida privada o utilizar su imagen, *estará renunciando al derecho mismo, pero de forma puntual, restringida esa renuncia a ese momento y esas circunstancias concretas* (que por lógica debería determinar con la máxima precisión), lo cual no es óbice para que el sujeto siga preservando en su integridad el concreto DF, *con todas sus facultades y posibilidades de actuación en el futuro*, frente a otras posibles intromisiones o vulneraciones en general.

En suma, cuando nos referimos a la renuncia en el seno de los DF, los supuestos en que sería admisible deben quedar perfectamente delimitados técnicamente y terminológicamente.

En esta dirección, cuando se producen actos de autorización a un sujeto distinto del titular, apoderándolo para que se pueda entrometer en el uso del DF ajeno, debemos calificarlos técnicamente *no mediante la distinción iusprivatista clásica entre “titularidad”* (que quedaría siempre en manos del titular) *y “ejercicio” del DF* (en el sentido de “delegación” en el tercero de facultades del primero), sino de una forma mucho más precisa. En concreto, sería acogiendo en esos supuestos que *el titular estará prima facie renunciando puntualmente al derecho mismo, pero haciéndolo en esa situación específica, en ese tiempo determinado y respecto de sólo ese sujeto o sujetos beneficiarios concretos*⁸⁶.

⁸⁶ En contra de aplicar a los DF la distinción entre titularidad y ejercicio, y la admisión de la renunciabilidad o disponibilidad puntual del derecho, BALDASSARRE. A., *Diritti della persona e valori costituzionali*. Ed. G. Giappichelli, Torino, 1997, pag., 84-85, para quien las características de la irrenunciabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad conllevan una neutralización de la titularidad de los derechos inviolables o, si se prefiere, la afirmación de una recíproca indiferencia entre la titularidad y ejercicio de los citados derechos a través de una suerte de “reserva de indisponibilidad” de tales derechos, y considera que el ejercicio de un derecho de esta naturaleza comporta que el titular pueda disponer, positivamente o negativamente, del bien en que consiste la específica libertad en cuestión en el modo que quiera, sin que la ello pueda influir sobre la titularidad del mismo derecho.

En consecuencia, permanecerá en todo caso en poder del titular el derecho mismo, que nunca se perdería, y que por tanto *sería perfectamente ejercitable frente al resto de posibles situaciones, momentos y personas no incluidas en el ámbito de la renuncia efectuada*⁸⁷. Y todo ello al margen de la posible reversibilidad de la renuncia, a la que en su momento nos referimos y luego desarrollaremos mejor, facultad que permanecerá en su caso incólume en manos del titular del DF, con unas consecuencias jurídicas que también luego examinaremos.

Por supuesto, esto que decimos es aplicable a ese modelo de DF en el que el titular *tiene en abstracto infinitas y sucesivas posibilidades* de ejercitar –o no ejercitar, mediante la correspondiente renuncia- su derecho.

En cambio, en el otro modelo de DF en el que no se disponen de esas posibilidades, sino que la renuncia sólo puede afectar al derecho mismo, como sucede con el derecho a la vida, o con el derecho a la libertad personal, dicha renuncia, desde el punto de vista técnico y terminológico, sólo puede hablarse, en caso de admitirse esa opción, de renuncia total y absoluta al DF mismo, sin que pueda hablarse ya de renuncia puntual o singularizada del derecho. Desde luego, en ningún caso se podría calificar estos supuestos, caso de ser viables en la práctica, como renuncia *al ejercicio* del derecho, o renuncia *al ejercicio de las facultades del derecho*. Es cierto, no obstante, que respecto del derecho a la integridad física, se deberá introducir algún matiz e intentar encontrar, caso de acogerse la renuncia en su ámbito de operatividad, una terminología más precisa. Sobre ello se vuelve luego.

2.1.2.- Renuncia unilateral a los DF y renuncia a los DF contenida en el seno de un pacto o acuerdo:

Por otro lado, debemos plantear la cuestión de la renuncia a los DF en sus justos términos, y a este fin, parece conveniente distinguir entre renuncia contenida en un pacto o acuerdo con un tercero o terceros, y renuncia unilateralmente decidida, de forma individual, por el titular del DF.

Es frecuente entre los estudiosos de los DF hablar de la irrenunciabilidad de estos derechos, mezclando y no distinguiendo entre estas dos vías posibles. De hecho incluso, las normas desarrolladoras de algunos de los DF, señaladamente la de los derechos al honor, intimidad y propia imagen, introducen el criterio de la irrenunciabilidad, pero sin duda están pensando primordial y fundamentalmente en los posibles pactos o acuerdos

⁸⁷ Aquí no entramos de momento en el desglose concreto, desde el punto de vista jurídico, de los específicos actos jurídicos desplegados por el titular: no cabe duda de que, en su inicio, el sujeto habrá tomado una decisión que debe ser calificada como acto de renuncia, sin perjuicio de que, a continuación, se haya otorgado otro acto, como sería una específica autorización o apoderamiento del sujeto beneficiario, contenido en documento público o privado, o adoptado en forma aparentemente contractual, con obligación “correlativa” de ese sujeto de abonar al titular una compensación, del tipo que sea. Sobre ello se vuelve más adelante.

bilaterales de renuncia o de consentimiento a la intromisión entre el titular del derecho y la persona o empresa beneficiaria.

En el primero de los casos (renuncia bilateral), estamos ante un hipotético conflicto de intereses, de modo que la otra parte puede ser a su vez titular del mismo, o de otro, derecho fundamental, merecedor del mismo o similar grado de tutela, por lo que la renuncia del primero puede estar condicionada, en su eficacia, al consentimiento o aprobación de este otro sujeto, a quien el Ordenamiento debe tratar como igual. Pero es que, junto a ello, en las renunciaciones contenidas en acuerdos entran en juego las reglas generales de tutela del tráfico jurídico. Ello nos lleva a principios básicos como los de la causa o el objeto ilícitos, o los de la libertad o condicionamiento del sujeto a la hora de prestar, frente a la otra parte, el consentimiento contractual, o los de la bilateralidad de las posiciones contractuales con recíprocas pretensiones de las partes, todos los cuales por tanto pueden afectar de lleno a la eficacia de la renuncia (puntual) al DF, a pesar de que en abstracto el sujeto tenga en sus manos todo el poder decisorio sobre si ejerce o no ese derecho que las normas constitucionales le conceden. Ello lleva inevitablemente también al problema de la *Drittwirkung*, y por tanto al juego de los DF en las relaciones privadas bilaterales o plurilaterales, y la relevancia en ellas de los principios de autonomía y libre desarrollo, por un lado, y de dignidad, por el otro. Sobre ello se vuelve más abajo.

En cambio, la renuncia unilateral a un derecho fundamental, o más exactamente, la renuncia puntual a un derecho fundamental, y sus posibles límites, creemos que juega o debe jugar de un modo bastante diferente. Para que pueda dar lugar a su nulidad o ineficacia, se requeriría justificar la necesidad de tutela del titular *frente a sí mismo*, es decir, frente a una decisión en principio libérrima de ese sujeto, que ha decidido no ejercitarlo, haya habido ya o no una posible vulneración del mismo.

Es decir, debe haber *una muy buena razón* para que *la tutela del derecho fundamental se extienda* no sólo a las situaciones en que se actúe frente a los poderes públicos, o a las situaciones en que la renuncia se haga frente a otro sujeto particular, beneficiario específico de esa renuncia en el seno de un contrato o acuerdo bilateral o plurilateral, sino sobre todo *a los casos en que sea merecedor de tutela el propio sujeto que, siendo mayor de edad y plenamente capaz, ha decidido sin más la renuncia a ejercer su derecho fundamental*.

Es obvio que esto complica muchísimo las cosas, y obliga a un examen detenido del contenido y los límites de los DF, así como a una esmerada reflexión de las circunstancias o situaciones en que hipotéticamente habría que proteger al sujeto titular frente a sí mismo, frente a sus propias decisiones, si es que ello resulta factible desde la perspectiva iusconstitucional, teniendo en cuenta que esas decisiones en principio sólo a él le van a afectar⁸⁸.

⁸⁸ Por supuesto, no podemos descartar que una renuncia tenga, como suele suceder habitualmente, un beneficiario indirecto, pero éste no será quien haya influido en la toma de una decisión individual y por tanto unilateral, ni será seguramente titular del mismo o de otro DF susceptible del mismo nivel de tutela y garantía.

A ello se une *el principio de libre desarrollo de la personalidad*, que obliga al legislador (además de a los poderes públicos en general) a *respetar las decisiones que tome cada ciudadano* en ejercicio de sus derechos, lo que *debe llevar a una mayor restricción aún de las causas o razones que pueden llevar a la ineficacia de un acto de renuncia, en cualquiera de sus formas y manifestaciones* (a las que luego nos referimos), *en comparación con las renunciaciones contenidas en acuerdos bilaterales o multilaterales*.

La razón que podría justificar la tutela del sujeto titular frente a sí mismo debe venir dada, por ejemplo, por la idea de rechazar una toma de decisión precipitada y no suficientemente meditada, sin perspectiva de las repercusiones futuras que puede traer consigo su decisión. Del mismo modo, podría tener su origen en una necesidad de tutela de la dignidad del propio sujeto titular, frente a decisiones que, de modo actual, o en el futuro, pudieran resultarle gravemente lesivas desde una óptica social, o de su integridad física y psíquica.

Pero es patente que este inconveniente puede encontrar soluciones legales diversas, empezando por el control de los posibles vicios del consentimiento en los negocios jurídicos, como fórmula de reconsiderar la eficacia de la renuncia unilateral, si se acredita falta de libertad o de consciencia a la hora de prestar el consentimiento.

Al lado de esta vía, se puede siempre prever normativamente la exigencia, a nivel legal (o incluso judicial), de fórmulas para asegurar la debida reflexión del sujeto antes de decidirse por la renuncia, tales como, por ejemplo, obligar a la intervención, en el acto unilateral de renuncia, de un funcionario del Estado especializado, como podría ser un Notario u otro fedatario público (tal como sucede, por ejemplo, a la hora de las demandas de divorcio consensual, y los convenios reguladores, donde pueden contenerse actos de renuncia, aunque casi siempre son bilaterales, no unilaterales). O bien mediante una decisión separada de posibles influencias ajenas. O, del mismo modo, mediante la fijación de un lapso de tiempo en el que no es posible la renuncia, por encontrarse su titular demasiado próximo en el tiempo al hipotético detonante de su decisión de renuncia⁸⁹, o a través de la previsión legal de varias manifestaciones sucesivas aceptando esa renuncia, en momentos distintos, separados por un período temporal mínimo⁹⁰.

Ello al margen de aquellos supuestos en que, habiendo externa y formalmente una renuncia unilateral, en realidad se halle en su base un verdadero acuerdo o pacto entre dos o más sujetos, que sin embargo se instrumentalice a través de acto o actos individuales de renuncia de una o de ambas partes, lo que sin duda será un contrato o acuerdo bi o plurilateral.

⁸⁹ Tal como veremos sucede, por ejemplo, a la hora de renunciar a un hijo, para ser dado en adopción, conforme al vigente artículo 178 CC. Sobre este tema se vuelve más adelante, en otro capítulo de este trabajo.

⁹⁰ Así sucede por ejemplo en la reciente normativa sobre eutanasia.

2.2.- La doctrina civilista sobre los derechos de la personalidad, y su posible renunciabilidad, como referencia para los derechos fundamentales:

2.2.1.- Introducción. Ideas generales sobre los derechos de la personalidad. Derechos fundamentales y derechos de la personalidad:

Siguiendo las opiniones de DIEZ-PICAZO, más arriba expuestas, sobre la renuncia en los DF, según las cuales existe una conexión evidente entre los DF y la doctrina civilista de derechos de la personalidad (en adelante, DP) en materia de renunciabilidad e irrenunciabilidad, entendemos necesario analizar las cuestiones relativas a esta materia recurriendo, como punto de partida, a la doctrina, más desarrollada históricamente, y con un mayor bagaje doctrinal en este asunto concreto, de los derechos de la personalidad⁹¹.

No entramos -al menos no con toda la profundidad requerida- en la cuestión de si son o no lo mismo derechos de la personalidad o derechos fundamentales, o de si tienen el mismo régimen jurídico, dado que ello seguramente no tendrá relevancia práctica para la cuestión aquí analizada. Vamos a partir no obstante de la gran proximidad que existe entre unos y otros, hasta el punto de que incluso se ha llegado a pensar en la inutilidad de la distinción, de modo que algunas de las consideraciones que se han hecho sobre los primeros, y sobre su renunciabilidad o irrenunciabilidad, podrían ser trasladables en buena medida a los derechos fundamentales.

Otros autores, por el contrario⁹², en opinión que puede ser más ajustada, consideran que la expresión derechos de la personalidad procede del Derecho civil y sirve para designar a un conjunto heterogéneo de derechos subjetivos que se caracterizan negativamente por su *naturaleza no patrimonial, y protectores de determinados atributos de la personalidad misma*, de carácter absoluto o *erga omnes*, cuya infracción se repara por vía de indemnización, y que constituyen un límite a la autonomía de la voluntad.

En cuanto a la relación entre DF y DP, seguramente no hay coincidencia total entre unos y otros, por cuanto no todos los DP son DF ni han sido constitucionalizados⁹³, siendo

⁹¹ DE CASTRO, F., “Los bienes de la personalidad”, en *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1976, Reimpresión de la edición de 1972, pag. 7, cifra la primera monografía sobre estos derechos o bienes de la personalidad en la obra de Gómez de Amezcuca de 1604, aunque conecta estos derechos con el momento de la proclamación de los “derechos del hombre” en la Francia revolucionaria de finales del siglo XVIII, pasando de ahí a las Constituciones.

⁹² DIEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos ... cit.*, pag. 39-40.

⁹³ Así, entre otros, GARCIA GARNICA, M.C., “El artículo 162 del CC: una regla especial de capacidad de obrar para el ejercicio de los derechos de la personalidad”, en el Libro *Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Univ. Murcia, 2008, pag. 156.

patente que los DP se han examinado desde la perspectiva civil, con cierto desapego hacia la Constitución y los derechos fundamentales reconocidos en ella⁹⁴.

Con su habitual precisión, MONTÉS PENADÉS⁹⁵ afirma que el problema del deslinde entre unos y otros derechos se inserta en la propia historia de la formación del concepto de DP, procediendo la distinción de distintos factores, como la distinta perspectiva metodológica, la dimensión histórica e incluso la propia estructura interna de los distintos derechos, siendo desarrollada la doctrina de los DP por la doctrina civilista sobre todo alemana desde finales del siglo XIX⁹⁶.

A este respecto, GARCÍA-RUBIO⁹⁷ mantiene que la distinción entre DF y DP sigue sin estar perfilada; ambos tipos de derechos se entrecruzan y forman círculos secantes entre sí, y considera que la distinción no hay por qué abandonarla, por cuanto *“puede ser extraordinariamente útil como instrumento de análisis para explicar algunos de los caracteres que presenta la protección de los DF”*.

Sea como fuere, la doctrina de los DP, en cuanto más desarrollada, y más ajustada a los conflictos que pudieran plantearse en las relaciones entre particulares, y el desarrollo adquirido en ella la cuestión de renunciabilidad o irrenunciabilidad, puede servir de referencia incuestionable para dilucidar el tema en relación a los DF.

Por supuesto, este análisis comparativo no es trasladable a todos y cada uno de los DF, sino que la conexión ha de establecerse fundamentalmente entre los DP y aquellos DF que pudiéramos llamar “derechos civiles” o derechos que conceden un ámbito de libertad de actuación o autonomía, pero sin descartar totalmente los demás DF.

2.2.2.- Las características típicas de los derechos de la personalidad (irrenunciabilidad, indisponibilidad, inexpropiabilidad), y las modalizaciones a las mismas introducidas por la doctrina civilista:

Entrando ya de lleno en las posiciones doctrinales sobre las características de los derechos de la personalidad, tanto en España como fuera de ella, es preciso destacar la postura

⁹⁴ Al respecto, es conocida la postura de ROGEL VIDE, C., *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Publicaciones real Colegio de España, Bolonia, 1985, para quien deben separarse netamente derechos fundamentales y derechos de la personalidad, jugando estos últimos fundamentalmente en las relaciones entre particulares y sobre todo en el ámbito civil. Vid. también BUSTOS PUECHE, J.E., *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, pag. Pag. 43 ss.

⁹⁵ MONTÉS PENADÉS, V.L., en *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona* (Coord. Francisco Blasco), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pag. 155

⁹⁶ En esta dirección, CARBONNIER, J., *Droit Civil I/ Les personnes. Personalité, incapacités, personnes morales*, Ed. PUF, 21 edic., Paris, 2000, pag. 163.

⁹⁷ GARCIA RUBIO. M.P., “Los derechos de la personalidad”, en *Tratado de derecho de la persona física* (coord. por Judith Solé Resina; M.^a del Carmen Gete-Alonso Calera (dir.)), Vol. 2, 2013, págs. 600 ss.

tradicional de que tales derechos son irrenunciables, indisponibles e inexpropiables e imprescriptibles, la cual fue defendida desde sus inicios por los autores, y que ha seguido manteniéndose por la doctrina hasta fecha relativamente reciente, primordialmente por su relación con la indisponibilidad de los mismos⁹⁸.

Sin embargo, es posible encontrar cada vez más opiniones que matizan esa doctrina clásica, en unos u otros sentidos.

Por lo pronto, ya en la doctrina clásica, DE CUPIS⁹⁹, tras defender la intransmisibilidad e indisponibilidad de los DP, mantiene también la irrenunciabilidad de los mismos, y afirma que *la renuncia es una manifestación más del poder de disposición, por lo que, siendo indisponibles e intransferibles a terceros los referidos derechos, debe suceder lo mismo con la facultad de renunciarlos*. No obstante, admite el autor citado que *un derecho puede ser indisponible pero sí renunciable*: por tanto, admite que poder de disponer y poder de renunciar no siempre concurren correlativamente en el mismo derecho, siendo posible que su titular, aun cuando no pueda transferir, sí que pueda provocar la extinción mediante renuncia abdicativa.

Señala además DE CUPIS que *la irrenunciabilidad de los derechos privados en general tiene un carácter aún más excepcional que la de su intransmisibilidad*. A continuación señala el autor que los llamados “derechos familiares” por su naturaleza tienen impedida la posibilidad de su renuncia por su coligamiento con el deber ínsito en ellos¹⁰⁰.

⁹⁸ Así, por ejemplo, el propio ROGEL VIDE, *Bienes de la personalidad ... cit.*, pag. 49-50 sigue atribuyendo a los DP la consideración de irrenunciables, por derivación de su natural indisponibilidad, señalando que la razón se halla en su inherencia a la persona, lo que impediría pensar en su abdicación. Por su parte, ENCABO VERA, M.A., *Derechos de la personalidad*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2012, pag. 38, mantiene el carácter irrenunciable de los derechos de la personalidad, como consecuencia de su propia indisponibilidad, y sólo admite la posible renuncia de las consecuencias patrimoniales de su ejercicio, para aquellos DP que los produzcan.

También SANTOS MORÓN, M.J., *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, pag. 178, mantiene la concurrencia en los DP del carácter de irrenunciables, aun cuando admite la posibilidad de prestar consentimiento unilateral a su intromisión e incluso contratos (se refiere en especial a los derechos a la intimidad y la propia imagen)

En esta misma dirección, SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pag. 49, quien afirma que los DP son irrenunciables debido a su indisponibilidad, matizando que la irrenunciabilidad se refiere al derecho, y no a un determinado aspecto o manifestación del mismo.

También, VIDAL MARTINEZ, J., “Algunas notas jurídicas acerca de los bienes de la personalidad”, en en el Libro *Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Univ. Murcia, 2008, pag. 200.

⁹⁹ DE CUPIS, A., *I diritti della personalità*. en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por A. Cicu y F. Messineo, Ed. Giuffrè editore, Milano, 1982, pag. 91 ss..

¹⁰⁰ A pesar de ello, acaba manteniendo DE CUPIS la irrenunciabilidad de los DP en virtud de su carácter de “esencialidad”, entendiendo que la personalidad jurídica quedaría vaciada de contenido si se admitieran actos de renuncia al derecho, debiendo permanecer en la esfera del sujeto durante toda su vida, a pesar de su contraria voluntad, la cual no podrá tener eficacia jurídica. No obstante, el autor, en nota a pie de página, cita a NEGRO, y su tesis de que *el fundamento de la irrenunciabilidad debe ser otro del de la indisponibilidad*, al basarse más bien en una exigencia de orden moral correlativa a la elevadísima

En Alemania, hace ya algún tiempo, LARENZ¹⁰¹, tras afirmar que los derechos de la personalidad y los derechos-deberes de tipo familiar son básicamente irrenunciables, admite que un particular pueda disponer en favor de otro sobre determinados bienes de la personalidad, siempre dentro de los límites de las buenas costumbres, y puede permitir a otro una intervención en su integridad corporal, o la publicación de su imagen, e incluso llega a admitir la posibilidad de obligarse al respecto, aunque en la mayoría de los casos considera que *son actos de renuncia al derecho mediante negocio jurídico unilateral*. Señala además que son actos de eficacia temporalmente limitada y siempre revocables “por un motivo importante”.

También GALGANO¹⁰², en Italia, tras afirmar que estos derechos son inviolables tanto por el Estado como en las relaciones entre particulares, señala el carácter absoluto de los derechos de la personalidad, lo que llevaría a la indisponibilidad de los mismos, y dentro de ésta a la inalienabilidad y la irrenunciabilidad. No obstante, respecto de esta última afirma que, en algunos derechos, como el de la propia imagen, son posibles actos de disposición sobre algunos aspectos. Luego se refiere al derecho al propio cuerpo, y admite lo que impropriamente serían “actos de disposición” sobre el mismo, como transfusiones de sangre o trasplantes de riñón, pero *en los que propiamente no se obliga el que consiente*, quien puede siempre revocar el consentimiento prestado.

Más recientemente, y todavía en Italia, VALLE¹⁰³, tras examinar las posibilidades de “contractualizar” los derechos de la personalidad, afirma que la disposición de estos derechos se viene extendiendo con el tiempo en las sociedades actuales, matizando que esa disposición, tradicionalmente excluida y reputada como ilícita, no impide la cesión de “atributos de la personalidad” a terceros, siempre según modalidad determinada y tiempo definido; ofreciéndose asimismo a la persona ocasiones para renunciar o limitar el goce de los propios derechos de la personalidad.

En España, BUSTOS PUECHE, por su parte, pone en duda la tradicional irrenunciabilidad, señalando que no es que el titular de un DP no pueda renunciar, como que su renuncia *carece de eficacia jurídica frente a terceros*, de modo que considera que *nadie puede hacer valer supuestas pretensiones con fundamento en una renuncia previa*

importancia de estos bienes, lo que lo diferencia de la indisponibilidad, que se basa en que el derecho, por su propia naturaleza, no puede mutar de sujeto titular.

¹⁰¹ LARENZ, K., *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch*, 7. Auflage, Ed. Beck, München, 1989, pag. 240-241.

¹⁰² GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. Primo, 3ª edic., Ed. CEDAM. Padova, 2015, pags. 176-178.

¹⁰³ VALLE, L., *Il contratto e la Realizzazione del Diritti della Pesona*, Ed. Giappichelli, 2020, pag. 174-175.

de alguno de estos derechos, ya que, *a pesar de haber renunciado, el titular puede volver en cualquier momento y revocar la renuncia*¹⁰⁴.

Esta opinión, con ser sugerente en cuanto a la reversibilidad de la renuncia y sus efectos frente al tercero beneficiado por ella, sin embargo creemos que debe ser matizada, ya que la renuncia, incluso unilateral, a este tipo de derechos, en una circunstancia y situación dada, puede perfectamente producir efectos frente al propio titular, como es obvio, además de frente a terceros. Quizás confunde la eficacia de la renuncia con el hecho de que la misma no permite propiamente atribuir al tercero beneficiario un derecho subjetivo ejercitable frente al renunciante. No obstante, sobre ello se vuelve más adelante al tratar de la revocabilidad.

Por su parte, MONTÉS PENADÉS¹⁰⁵ afirma el carácter de irrenunciables de los DP, “*lo que se traduce en la nula eficacia de cualquier acto por el que **definitivamente** un sujeto se desprenda de alguno de los derechos de que hablamos, aunque **cabe la renuncia en concreto y para actos singulares de algún derecho** (v.gr., imagen, honor) pero no de otros (vida, por ejemplo)”*.

También, ENCABO VERA¹⁰⁶, aunque ha mantenido la tesis clásica de la irrenunciabilidad, y ha afirmado que ni siquiera la libre voluntad del titular puede privar de su eficacia estos derechos, señala que sólo se admite la renuncia *de los rendimientos de los derechos patrimoniales* derivados de los DP. Así pues, el autor viene a distinguir entre DP y consecuencias patrimoniales de su ejercicio.

Por su parte, MARTÍNEZ-PUJALTE, en relación a los derechos humanos, y siguiendo una línea que se puede considerar clásica, analiza el concepto de inalienabilidad de estos derechos, y considera que esta característica implica acoger en ella todos los actos posibles de disposición, incluida la renuncia, equiparando inalienabilidad e irrenunciabilidad, de modo que su titular no puede realizar sobre su derecho ningún acto por el que haga imposible para sí mismo el ejercicio del mismo (y piensa al efecto en el derecho a la vida o a la integridad física). A pesar de ello, respecto de la renuncia, aun siendo un mecanismo más de pérdida del derecho, en principio excluido, señala el autor que ello no quiere decir que los derechos inalienables deban ser obligatoriamente ejercidos, pues su titular puede inclinarse en un determinado momento por no ejercerlo, e insiste en que lo que nunca puede ser es obligatorio para su titular el no ejercerlos o sacrificarlos, de modo que esa conducta nunca puede serle exigida por un tercero¹⁰⁷.

¹⁰⁴ BUSTOS PUECHE, J.E., *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, ed. Dykinson, Madrid, 1997, pag. 49.

¹⁰⁵ MONTÉS PENADÉS, *Derecho civil ... cit.*, pag. 158.

¹⁰⁶ ENCABO VERA, M.A., *Derechos de la personalidad*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pag. 38.

¹⁰⁷ MARTÍNEZ-PUJALTE, a.l., “Los derechos humanos como derechos inalienables”, en el volumen *Derechos Humanos* (Ed. Jesús Ballesteros), Ed. Tecnos, Madrid, 1992, pag. 87-88. Como puede pensarse, el autor está pensando básicamente en renunciaciones contenidas en acuerdos con terceros, y viene a afirmar que

En Francia, BATTEUR¹⁰⁸, ha señalado que los derechos de la personalidad se caracterizan por ser básicamente extrapatrimoniales, sin valor pecuniario en sí mismo, lo que lleva a que sean incedibles, intransmisibles e imprescriptibles, disponiendo en todo momento su titular de la posibilidad de revocación unilateral. Es significativo que *no hable de irrenunciabilidad*, ni equipare la intransmisibilidad a la irrenunciabilidad.

Más recientemente, VENDRELL¹⁰⁹, en trabajo dedicado específicamente al derecho a la propia imagen, relaciona la doctrina clásica de los derechos de la personalidad con autores como PEREAU, NERSON O DE CUPIS, quienes conectan el carácter de derechos oponibles *erga omnes* y sin contenido patrimonial con los caracteres de indisponibles, imprescriptibles e intransmisibles *mortis causa*. De esa extrapatrimonialidad y de su inherencia a la persona, surgirían, además de las anteriores, las notas de irrenunciabilidad, inexpropiabilidad e imprescriptibilidad de esos derechos, así como su inidoneidad para acción subrogatoria. A juicio de VENDRELL, estas tesis, especialmente la de DE CUPIS, fueron en su momento recibidas acriticamente en Derecho español. De ahí que el autor hable de exceso de retórica y mera eficacia persuasiva, sin rigor; e incluso llega a decir que los autores clásicos que defienden estas características son a la vez los que más las critican, pero buscan encontrar salidas dogmáticas.

Por último, muy recientemente, SANCHO LÓPEZ¹¹⁰, al estudiar el llamado “derecho al olvido” y su conexión con los derechos al honor, la intimidad, propia imagen y protección de datos, mantiene que la concepción tradicional de la irrenunciabilidad, se encuentra superada por las circunstancias actuales y no se puede defender con carácter absoluto. Aunque señala que el titular de estos derechos no puede disponer ni renunciar por completo a ellos, sin embargo admite que puede disponer o renunciar parcialmente al mismo, prestando su consentimiento a la intromisión en su esfera privada (se refiere básicamente al derecho a la intimidad y propia imagen).

2.2.2.1.- Irrenunciabilidad e indisponibilidad y la necesidad de separar una cosa de la otra. La prescripción y la renuncia:

en esos casos éstos no gozan de la facultad de exigir su cumplimiento, dando a entender la naturaleza esencialmente revocable del acto de renuncia realizado.

¹⁰⁸ BATTEUR, A., *Droit des personnes et de la famille*; Ed. LGDJ, Paris, 1998, pag. 33 ss.

¹⁰⁹ VENDRELL CERVANTES, C., *El Mercado de los Derechos de Imagen*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pag. 85.

¹¹⁰ SANCHO LÓPEZ, M., *Derecho al olvido y Big Data: dos realidades convergentes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pag. 142-143.

Nos referimos ahora en concreto a la doctrina clásica de la irrenunciabilidad de los derechos de la personalidad, en su conexión con las restantes características, en particular la indisponibilidad.

Es habitual distinguir, junto a la netamente personal, una faceta patrimonial de los derechos de la personalidad, de modo que en este ámbito serían mucho mayores las facultades de disposición, y en consecuencia más factible la renuncia por su titular al ejercicio de esos beneficios económicos, sea de forma unilateral, sea -con más frecuencia- mediante pacto o acuerdo bilateral. En suma, existe una clara corriente doctrinal que conecta irrenunciabilidad de los DP con su indisponibilidad, como si fueran dos caras de la misma moneda, o bien dos facetas inescindibles.

Así, autores como ENCABO VERA¹¹¹ conectan la extrapatrimonialidad y la inexpropiabilidad de los derechos de la personalidad, afirmando que son extrapatrimoniales porque ni siquiera el titular puede desprenderse de ellos en su totalidad, aunque quisiera, al existir un interés superior, el de la colectividad, que es de orden público, lo que impide la libre disponibilidad.

Por su parte, VENDRELL CERVANTES critica el planteamiento de identificar la autorización a la intromisión con una manifestación o “mera convención abdicativa”, al considerar que existe *un contenido positivo* de los derechos fundamentales que impediría esa identificación. Dice el autor citado que esa concepción es coherente con los que defienden los derechos de la personalidad como derechos meramente defensivos, o sin contenido positivo. Eso supone la ausencia de todo poder de disposición sobre el contenido del derecho, de manera que el ejercicio de la autonomía privada por los titulares de los DP se limitaría a los comportamientos abdicativos (incluyendo aquí la renuncia *a posteriori* al ejercicio de acciones judiciales por violación de los DP o el consentimiento *a priori* para la violación del derecho, es decir, un acto por que se decide de antemano no ejercitar las facultades defensivas del derecho: sería una renuncia a ejercitar un derecho frente a una persona determinada, que se beneficia de dicho acto renunciativo)¹¹². VENDRELL critica esta tesis diciendo que no puede entenderse así porque la normativa de la Ley Orgánica de 1982 tiene como uno de sus cometidos la protección del ejercicio válido del consentimiento, así como proteger con instrumentos eficaces (exigencia de carácter expreso e interpretación restrictiva) el respeto a la voluntad del titular del derecho de la personalidad.

Estas ideas deben ser puestas en tela de juicio.

A nuestro juicio, estas concepciones de la irrenunciabilidad y del consentimiento o autorización a la intromisión siguen estando mediatizadas por la idea de conectar irrenunciabilidad con indisponibilidad, en cuanto se trata de encontrar justificaciones a la

¹¹¹ ENCABO VERA, *ob.cit.*, pag. 37.

¹¹² VENDRELL CERVANTES, *El Mercado ... cit.*, pag. 89.

“disposición”, del tipo que sea, o en la medida en que sea posible, y de ahí llegaríamos a la renuncia¹¹³.

Por otro lado, es posible que la disposición no juegue de la misma forma en los DP que en los restantes derechos de contenido patrimonial. Es posible que no sea acertado hablar en los derechos de la personalidad de una posible “disponibilidad” de los mismos, lo que exigiría *poder de disposición* (o una suerte de poder dispositivo en un ámbito personalísimo), como fórmula para justificar los actos de autorización a la intromisión en la intimidad o, sobre todo, en el derecho a la propia imagen. Muy probablemente, no hay en esos actos de autorización una suerte de disposición, sino que más bien todo girará alrededor de la idea de renuncia. Lo que sucede es que las reflexiones efectuadas se acaban generalizando a partir de un supuesto singular, como es la disposición de la propia imagen con fines comerciales.

Es posible que se esté confundiendo lo que es un contrato o negocio bilateral y sobre todo *oneroso*, con lo que sería el resto de actos de autorización, *gratuitos*, que encajarían seguramente mucho mejor en la idea de renuncia, parcial o puntual, al derecho.

Esta parece ser la postura de ROSELLÓ MANZANO¹¹⁴, quien siguiendo en este punto a CLAVERÍA, y comparando los DP con los derechos de autor, defiende la existencia de una faceta patrimonial y una faceta personal o personalísima en los derechos de la personalidad (aunque se refiere de forma singular a los derechos a la intimidad y sobre todo la propia imagen), en el sentido de que la primera es susceptible de explotación y de cierta disposición a través de contratos, y además renunciable, mientras que no lo sería la segunda. Respecto de esta última, considera que, siendo el consentimiento a la intromisión efectuado de forma gratuita, debe poder ser libremente reconsiderado y revocado, lo que no sucedería cuando hay un acuerdo oneroso con tercero. Sobre ello se vuelve más adelante.

Por otro lado, la idea de la imprescriptibilidad de los DP, y de la prescriptibilidad de sus manifestaciones concretas, guarda también relación con la renunciabilidad. Así, en la medida en que no se ejercite el derecho en un plazo marcado legalmente, mediante una decisión deliberada y consciente del titular, prescribirá o caducará esa posibilidad de ejercicio, con lo que resultará que ha quedado expresamente en manos del mismo la decisión de no utilizar sus facultades legales, a pesar de la aparente y tradicional “irrenunciabilidad”.

Ello guarda relación directa con el juego del principio de buena fe en los DP o en los DF en general, al que luego nos referimos, y la posibilidad o no de atribuir relevancia jurídica

¹¹³ Claramente en contra de identificar indisponibilidad e irrenunciabilidad en los derechos fundamentales, SILVA GUTIÉRREZ, G. de, *Derechos fundamentales y derechos humanos*, ed. Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2021, pag. 215, para quien no es posible *pactar* con tercero su pérdida o renuncia, pero admite la posibilidad de que el titular se abstenga de reclamar la violación del derecho, en caso de llegar a ocurrir.

¹¹⁴ ROSELLÓ MANZANO, R., *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*, ed. Reus, Madrid, 2011, pag. 84-85.

a un ejercicio extemporáneo, aunque dentro del plazo legal, del concreto derecho por parte de su titular.

Así, la cuestión guarda relación con *la renuncia derivada del no ejercicio, continuado en el tiempo, del concreto derecho de la personalidad*, en cuanto que puede constituir un acto de renuncia, no sólo la manifestación explícita al respecto, sino también el no uso de las facultades legales con base en una decisión igual de meditada que la contenida en la renuncia expresa. Puesto que las leyes disponen con frecuencia plazos para ejercitar esas facultades, o para las pretensiones en general de tutela frente a una vulneración o intromisión puntual y determinada -al margen de que el derecho mismo no sea renunciante en su globalidad-, debemos reflexionar sobre el juego de la prescripción de las acciones en estos casos, en relación con la renuncia. Es cierto que, mientras no haya un acto explícito abdicativo, el derecho podría ejercitarse. Ahora bien, la perspectiva de un plazo de prescripción o de caducidad, trae a colación la renuncia, entendida como voluntad (demostrable por hechos concluyentes) de dejar pasar los plazos legales de ejercicio de las acciones o pretensiones, como consecuencia de un silencio continuado en el tiempo. En este sentido, no puede perderse de vista el valor que se puede atribuir justamente a ese silencio continuado, en cuanto pudiera ser entendido en multitud de casos *como manifestación inequívoca de querer renunciar* a ejercitar puntualmente el derecho, o de quererlo como inactivo durante un período de tiempo más o menos prolongado en el tiempo.

2.2.2.2.- Consentimiento o autorización a la intromisión y renuncia del derecho de la personalidad:

La conexión entre renuncia puntual a ejercitar un determinado derecho de la personalidad en caso de vulneración actual (o futura), y el consentimiento o autorización a la intromisión, ha sido resaltada por la doctrina estudiosa de estos derechos, en especial en el ámbito de los derechos a la intimidad y la propia imagen. No obstante, no puede descartarse su extensión al resto de derechos de la personalidad, *mutatis mutandi*, en función del concreto derecho y su contenido y facultades.

Frente a lo anterior, VENDRELL¹¹⁵, en trabajo muy meritorio, ha tratado de desconectar las autorizaciones a las intromisiones de lo que serían las renunciaciones puntuales o parciales al derecho concreto, refiriéndose sin duda de manera específica al derecho a la propia imagen. Este autor parte de la irrenunciabilidad contenida en la LO de 1982 (art. 1.3). Por tanto, sus planteamientos giran alrededor del tema del derecho a la propia imagen de la Ley y sus repercusiones, lo cual ya es un primer motivo de cierta crítica, puesto que prejuzga en parte las conclusiones y resulta difícil la extensión de sus concretas pautas al resto de derechos de la personalidad.

¹¹⁵ VENDRELL CERVANTES, *ob.cit.*, pag. 87.

VENDRELL explica, con buen criterio, que la autorización o consentimiento a la intromisión *no es una forma de disposición del derecho a la propia imagen* (o los derechos de la personalidad en general), porque entiende que no son derechos disponibles ni transmisibles. Sin embargo, afirma que esa autorización es a su juicio *un título*¹¹⁶ a favor del sujeto al que se autoriza, y que *estamos ante un negocio jurídico verdadero no dispositivo*. Critica a quienes dicen que la autorización es sólo una forma de legitimar la intromisión y de excluir su ilicitud o antijuridicidad; y considera que se trata de *algo más*, idea esta última con la que estamos de acuerdo, aunque a nuestro juicio no termina de explicar bien su postura. Entiende el autor que ese acto no constituye una mera tolerancia, sino algo más, y por ello defiende la posibilidad, en este campo de los DP (y en particular del derecho a la imagen), de auténticos *negocios meramente obligacionales o de obligación (no de transmisión*, que a su juicio no serían posibles, porque la ley los prohíbe), sin hablar tampoco propiamente de contratos¹¹⁷.

Frente a ello, ese algo más allá de la mera renuncia o abdicación de que habla VENDRELL entendemos que se trata *más bien de la delimitación, necesaria por lo demás, del ámbito concreto de la respectiva autorización*.

No vemos viable considerar que esas autorizaciones a la intromisión sean “negocios obligacionales no dispositivos”, como sostiene el autor citado, puesto que en todos ellos cabe la libre revocación por el titular, por disposición de la propia ley (en materia de derecho a la propia imagen). Luego por tanto no habría propiamente vinculación.

A lo sumo, el único vinculado es el tercero, que se ha obligado a pagar y cumplir, mientras no sea revocado el consentimiento por el titular, pero nada más. No hay obligación correlativa propiamente tal del titular del DP, dado que *éste puede en cualquier momento oponerse* a una pretensión del tercero beneficiario de la autorización, y *ello supondría de hecho el decaimiento del hipotético vínculo obligacional*, al tratarse del ejercicio de su libre facultad de revocación del consentimiento a la intromisión, reconocida legalmente¹¹⁸.

Esta tesis de VENDRELL es criticable igualmente porque, tratándose de DF, el poder de control debe estar siempre en manos de su titular. Este, al autorizar a otro, lo hace siempre controlando la posibilidad de deshacer la autorización en cualquier momento, “*ad nutum*”, mediante su revocación. Luego *entonces no se le puede estar concediendo al*

¹¹⁶ VENDRELL CERVANTES, *ob.cit.*, pag. 235.

¹¹⁷ VENDRELL CERVANTES, *ob.cit.*, pag. 153 y 243.

¹¹⁸ No obstante, en Italia, CATERINA, R., *Le persone fisiche*, Ed. Giapichelli, 2016, pag. 169 ss. da cuenta del debate existente en ese país acerca de la posibilidad de configuración como contrato de las autorizaciones o consentimientos concedidos por el titular del derecho a terceros, planteándose si no podría tratarse de un contrato donde existiese una facultad revocatoria, tal como sucede en otros tipos contractuales. Frente a ello, el autor reconoce que el planteamiento de la jurisprudencia italiana va en la línea de denegar la existencia de verdadero vínculo contractual, por tratarse de derechos de naturaleza indisponible, concibiendo el acto como negocio puramente unilateral, donde es de esencia la libre o casi totalmente libre revocabilidad de la autorización o renuncia, al margen de la posible resarcibilidad de los daños al sujeto autorizado cuando se produzca esa revocación.

tercero ningún derecho subjetivo, ni siquiera de índole obligacional (mucho menos, “real”): no lo tiene porque depende en todo momento de la voluntad del titular del DF (de mantener o de revocar su autorización).

*No se trata por tanto de un poder de ejercitar frente a este último una determinada pretensión, con posibilidad de hacerla efectiva a través del aparato coactivo estatal, ya que el titular puede deshacerlo por su sola voluntad. En consecuencia, no se trata de un derecho subjetivo porque el presunto titular carecerá de “acción”: en ninguna circunstancia, **habiendo oposición del titular del DF o DP a la pretensión del tercero beneficiario**, podrá éste llevarlo a término o ejecutarlo por vía judicial. Luego en consecuencia no hay propiamente un derecho subjetivo, entendido como interés tutelable judicialmente frente a otro sujeto presuntamente obligado.*

*Si se piensa en términos de derechos de obligación o de crédito, es indudable que el autorizado carece de un derecho de este tipo, ya que el titular del derecho de la personalidad *no está técnicamente obligado a un dar, hacer o no hacer (art. 1088 CC)*, puesto que nadie le puede exigir, *contra su voluntad*, el cumplimiento de aquello a lo que había autorizado, ya que basta su simple y mera negativa u oposición a cumplir, es decir, la revocación (libre) de la autorización, para deshacer aquello que se había creado (al margen de las posibles consecuencias económicas negativas por posible compensación al tercero autorizado). Por lo tanto, no hay propiamente ningún derecho, ni ninguna obligación a cargo del titular del derecho.*

No hay tampoco técnicamente, visto desde la perspectiva contractual, un contrato. Básicamente porque se aplicaría lo dispuesto en el art. 1115 CC, en cuanto que sería nula la obligación y el contrato mismo cuando el cumplimiento depende de la sola voluntad del obligado.

*Eso es justamente lo que sucede en todos los supuestos de autorización a la intromisión en el derecho de la personalidad del sujeto, por cuanto, *al depender de éste, desde el principio, y a cada momento en que se ejecute lo “comprometido”, el cumplimiento de la hipotética prestación, no hay propiamente un vínculo contractual.**

No se trata tanto de que se aplique una norma como la del art. 1115 CC como mecanismo imperativo a todo supuesto de autorización a la intromisión. Es más bien que, en realidad, el art. 1115 CC cumplirá aquí también una función puramente explicativa o pedagógica, en el sentido de señalar, cualquiera que sea el ámbito en el que nos movamos, que no se puede considerar que haya contrato o vínculo jurídico cuando una de las partes tiene a su mera voluntad el dar o no cumplimiento a algo que previamente ha autorizado o permitido a la otra¹¹⁹.

¹¹⁹ No se puede pensar tampoco en que estemos ante un verdadero contrato, sólo que libremente revocable por una de las partes, como sucede con los contratos de obra o servicios, o el mandato. Téngase en cuenta que en éstos, sí existen derechos de crédito, en relación a la actividad previamente realizada antes de la revocación, y la indemnización de daños derivada de esta última, tendría naturaleza contractual, con todo lo que ello conlleva desde el punto de vista del régimen jurídico aplicable. En el caso de la revocación del derecho de la personalidad, ni habría pretensión ejercitable en el futuro (sólo se mantendría la eficacia de

Claro está, eso no significa la ineficacia del acto de renuncia/autorización, sólo que no dará para ser considerado un vínculo contractual ni obligacional.

Estamos, por tanto, ante algo de mucha menor entidad jurídica: se trata de un simple acto de renuncia y autorización al tercero o terceros, con una concreta delimitación de su ámbito de actuación, y que además es susceptible de ser revocado en cualquier momento por el titular.

Esa renuncia/autorización será *eficaz jurídicamente en cuanto a la parte ya ejecutada antes de esa revocación*, y además podrá servir para dar lugar a una obligación de reparación a cargo del titular, cuando la revocación se haya producido extemporáneamente o en circunstancias contrarias al principio de buena fe.

En realidad, la autorización para la intromisión del tercero (en el derecho a la propia imagen; o la intimidad) puede explicarse perfectamente desde la perspectiva de la renuncia: el titular del DF o DP lo que hace es renunciar parcialmente a su derecho, o dicho de otro modo, lo que hace es delimitar temporal y materialmente su renuncia, abdicando de sus concretas facultades defensivas en ese ámbito (como dicen algunos autores franceses), y concretar qué tercero puede aprovechar esa autorización o consentimiento.

Es decir, sería un mero acto unilateral (siempre revocable) de exclusión o abandono de su ámbito de libertad y de control, más propio de una renuncia, como acto de índole unilateral. Ello es así precisamente porque no estamos ante derechos disponibles, por lo que no cabe, ni la transmisión, ni la posibilidad de disponer de él a través de un contrato. *La autorización dada no es propiamente un contrato, porque nunca cabe aplicar al mismo el principio “pacta sunt servanda”, ya que al titular del DF o DP no se le puede obligar a respetar su compromiso o autorización, si no es esa su voluntad.*

VENDRELL¹²⁰ critica la tesis de la renuncia, por alejada de la realidad, y por la configuración dogmática de los derechos afectados. Afirma además que la autorización constituye una forma normal del ejercicio del propio derecho, al no ser la protección legal meramente defensiva de los derechos, sino que incluye una faceta referida a modos de ejercicio. Así pues, según el autor, el Ordenamiento jurídico no contempla este fenómeno como una renuncia a la protección conferida originariamente a su titular.

Frente a ello, *debe recordarse de nuevo que esto afecta sólo al titular del DP o DF, pero no al autorizado, cuyo poder de agresión o de cumplimiento es totalmente limitado, casi*

lo realizado, sin más, e incluso no es descartable la posible reversión, como luego se expone), y además los daños que pudieran reclamarse por causa de la revocación serían extracontractuales, y pretendería sólo la compensación derivada de la revocación misma, en tanto hubiese sido extemporánea o contraria a la buena fe.

¹²⁰ VENDRELL CERVANTES, *ob.cit.*, pag. 264 ss..

nulo, en cuanto mediatizado por el propio consentimiento (o mantenimiento del consentimiento, es decir, la no revocación) por parte del titular.

Asimismo, y a pesar de las críticas a la tesis de la renuncia, el autor citado sostiene a continuación¹²¹ que estamos ante *un negocio jurídico unilateral*, en el sentido de que la relación jurídica creada se constituye por la presencia de una única declaración de voluntad (la del titular), si bien esta declaración, para ser válida y eficaz, debe ser emitida frente a otra persona. *Es evidente que esto se parece mucho a una renuncia unilateral con eficacia frente a terceros a partir de su conocimiento*¹²² (lo que es algo distinto de decir que es obligatoriamente recepticia).

De alguna forma se pretende por el autor citado introducir en nuestro ordenamiento jurídico una suerte de figura como el *negocio autorizativo* -entendido como algo distinto del negocio unilateral de apoderamiento-. Sin embargo, ni tal negocio existe en nuestro ordenamiento, ni es equiparable por analogía al apoderamiento, ya que no inviste de poder de actuación a un sujeto para intervenir *en nombre o sustitución de otro*, ni sobre todo se puede del mismo derivar unos efectos vinculantes que no existen, ya que, de acuerdo con la normativa vigente, existe siempre la facultad de revocar en manos de quien autoriza. Por lo tanto, parece preferible hablar de renuncia, con delimitación del alcance subjetivo y objetivo de la misma, y con libre revocación del consentimiento.

En Italia, la cuestión se ha planteado también, aunque en términos algo distintos, en función de su propia regulación constitucional y legal.

Así, GALGANO enseña que el consentimiento a la utilización por otro, por ejemplo, del propio nombre, en cuanto acto inherente al ejercicio de un derecho de la personalidad, no puede constituir el válido objeto de un vínculo contractual, revocable por parte de su titular, con derecho puntual a favor de la otra parte a la indemnización del daño eventualmente derivado de la revocación¹²³.

En cambio, más recientemente, RICCI¹²⁴ resulta ser de otra opinión, al considerar que sí es posible la existencia de ese vínculo contractual. Parte la autora de que es preferible plantearse la posible “disponibilidad” del sujeto sobre su nombre o su imagen, más que su “renunciabilidad”, que estaría incluida dentro de la más amplia “disponibilidad” (pag. 55-56). Analiza y critica la doctrina tradicional que se basaría, a su juicio, en la idea del carácter personalísimo de estos derechos (pag. 58), como base para justificar su

¹²¹ VENDRELL CERVANTES, *ob.cit.*, pag. 270.

¹²² Incluso este presupuesto puede ser puesto en tela de juicio. Baste pensar en el caso en que el autorizado, aun desconociendo aún la autorización concedida para la intromisión en la propia esfera, realice diversos actos intromisivos: es patente que, si después conoce la existencia del consentimiento a la intromisión, esos actos serán calificados como válidos y eficaces, por lo que el conocimiento no añade seguramente nada a la eficacia de los referidos actos.

¹²³ GALGANO. F., *Trattato di Diritto Civile*, I, Padova, 2009, pag. 159 ss..

¹²⁴ RICCI, Annarita, *Il diritto alla reputazione nel quadro dei diritti della personalità*, Giappichelli editore, Torino, 2015, pag. 55 ss. .

indisponibilidad y la natural revocabilidad del acto realizado. Esta idea es la que ha cuajado en la jurisprudencia italiana, la cual considera que los actos realizados por el titular del derecho al ceder su imagen, serían actos unilaterales de renuncia a específicas formas o modalidades de ejercicio del DP, actos de renuncia que no comportan transferencia del derecho, de por sí intransferible, y que dan vía a una situación de “tolerancia” del titular frente a la actuación ajena. De acuerdo con ella, la responsabilidad que puede derivarse del incumplimiento de esos consentimientos es una responsabilidad extracontractual, y nunca contractual, por considerar que no ha habido contrato válido entre las partes. Así se expresa en Cass. 17 febrero 2004 y 19 noviembre 2008, señalando en la primera de ellas que el consentimiento a la cesión de la imagen, si bien puede eventualmente aparecer insertado en un contrato, resulta distinto y autónomo del mismo (lo que es relevante a los fines de su revocabilidad); sería un negocio unilateral cuyo objeto no sería el derecho mismo a la imagen, sino actos de ejercicio del mismo, y no de disposición, y que la estipulación de una compensación no constituye un elemento del negocio autorizativo en cuestión.

Frente a esta concepción jurisprudencial y doctrinal, expone RICCI, por el contrario, el dato de la cada vez más frecuente difusión de situaciones en las que la persona dispone del propio nombre y de la propia imagen. Señala que no es disponible el derecho mismo, sino sus “componentes” (incluso considera que no es preciso ni siquiera aludir a los “componentes”: habla mejor de tutela del bien “nombre” o “imagen”, y tutela “del valor del bien” o de los componentes del derecho), ya que, si el objeto de lo contratado fuera el derecho mismo, no habría más remedio que compartir la tesis tradicional, al considerar el contrato nulo por imposibilidad jurídica, o por ser contraria a la ley y el orden público. Incide la autora en que, además de la tutela de estos derechos por la vía del art. 2043 CC italiano (responsabilidad civil), como tutela *a posteriori* tras una lesión de los mismos, existe una tutela *a priori*, de control efectivo de la persona sobre los componentes de la personalidad, lo que lleva a plantear la posibilidad del sujeto de disponer de la propia personalidad.

La autora compara la regulación del derecho constitucional a la integridad, respecto del cual el art. 3 Constitución italiana expresamente excluye la admisibilidad de actos de disposición (sobre el propio cuerpo), con el derecho al nombre y la imagen, que no tienen en la Constitución una norma específicamente prohibitiva al respecto, y remite igualmente a la Convención de Oviedo, en la que está prevista la revocabilidad del consentimiento para los actos sobre el propio cuerpo, pero no dice nada sobre otros componentes de la personalidad. Los únicos límites que pone la autora son los generales de la ley y la moral; y añade la referencia a la dignidad (que limitaría a terceros y al propio titular). Pone el ejemplo de los contratos de esponsorización y algunas sentencias italianas que parecen sostener la viabilidad del contrato en esos derechos citadas (la verdad, no dicen lo que se pretende que dice). También se refiere a la idea clásica de la revocabilidad del consentimiento y defiende la aplicabilidad de las reglas contractuales generales, y su irrevocabilidad, al considerar que no existe legalmente ninguna particularidad en materia de revocación.

Esta tesis de RICCI podría tener algún tipo de respaldo en el Derecho italiano, en cuanto a considerar que no hay en él una norma general sobre revocabilidad en la normativa italiana. Sin embargo, en Derecho español, no sucede así, ya que hay multiplicidad de normas en los distintos ámbitos de la persona que establecen la natural revocabilidad del consentimiento o autorización prestado, y no sólo en el ámbito de los derechos a la intimidad y la propia imagen (art. 2.3 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982).

Por otro lado, la autora se centra en el “retrato” y su regulación en el ámbito de la propiedad intelectual y los derechos de autor, donde sí tiene cabida su negociabilidad; pero es evidente que no es eso a lo que nos referimos aquí.

Por otro lado, es poco precisa a la hora de negar la renuncia o disposición del derecho a la imagen pero admitiendo la licitud de la negocios sobre los “componentes” de ese derecho. ¿Qué son propiamente, o técnicamente, los “componentes” de ese derecho? Esta es una cuestión que no explica bien por la autora. Además, ¿no podría haber una suerte de “fraude de ley” al sostenerse que sí es viable negociar sobre los “componentes” o “valores” del concreto DP pero no sobre los derechos mismos?

Junto a ello, si son de verdad disponibles estos “valores” de la personalidad, y hacerlo a través de verdaderos contratos, ¿qué sucede con el poder de disposición? Un sujeto carente del mismo (o con limitaciones), por razón de hallarse por ejemplo en situación concursal, ¿se verá afectado por ese acto dispositivo? ¿Podría ser controlable judicialmente esa decisión de consentir la intromisión en ese derecho de la personalidad? Seguramente no, precisamente por corresponder a lo más íntimo del sujeto, además de tratarse de un derecho constitucional básico, que no puede ni debe someterse a restricciones en aras de intereses (patrimoniales) de terceros, que deben considerarse siempre como inferiores o subordinados al interés del titular del DP o DF.

Para terminar, en relación a la irrevocabilidad del consentimiento defendida por la autora, ¿cómo se resolvería el hecho de que el tercero que contrata puede retirar la promoción si se pierde sobrevenidamente el prestigio del sujeto cuya imagen se utiliza, y no pueda hacerlo, por el contrario, de forma libre, el propio titular de la imagen?

Habría que pensar también en los posibles pactos de cesión de acciones por el titular de la imagen al tercero beneficiario, para el caso de vulneración de la misma por parte de otros sujetos: desde nuestro punto de vista, no sería un pacto lícito. De hecho, hay que recordar que la normativa española en materia de derecho a la intimidad y propia imagen sólo permite la defensa por terceros de la imagen o la intimidad en casos de muerte (art. 4 de Ley Orgánica 5 mayo 1982), mientras que *inter vivos* puede decirse que está excluida legalmente esa posibilidad, correspondiendo en exclusiva a su titular (cuestión distinta sería respecto de los derechos de propiedad intelectual). Esto constituye también un dato en contra de la aplicabilidad general de las normas contractuales, dado que a la postre la situación legal es muy diferente.

2.2.2.3.- Sobre la revocabilidad del consentimiento o autorización a la intromisión en los DP (derechos de la personalidad):

Buena parte de los estudiosos de los DP coinciden también en mantener la libre revocabilidad como una de las características básicas derivadas del consentimiento o autorización a la intromisión de terceros en este tipo de derechos.

En relación con ello, el propio VENDRELL¹²⁵ trata de encontrar una explicación a la revocabilidad libre de la autorización a la intromisión, y habla al respecto de “*intereses morales o personales*”.

Sin embargo, a nuestro juicio, *esa revocabilidad plena y libre del derecho a la propia imagen (y del resto de DP), deriva más bien de su consideración de derechos fundamentales* (de aquellos derechos de la personalidad que lo sean: la gran mayoría, como sabemos).

Al ser un DF, no es viable de ninguna manera la posibilidad de una renuncia a ejercicios parciales, puntuales o temporales, sin que exista al mismo tiempo la posibilidad actual de deshacerlos. Así debe mantenerse, porque de lo contrario afectaría a la esencia misma del derecho como DF, en cuanto vigente en la persona de su titular durante toda su vida, lo que lleva a permitirle en todo momento el cambio o viraje en sus decisiones, para atender al mejor desarrollo de su personalidad, que es la base de toda la regulación constitucional de los DF.

En esta dirección, las palabras de DIEZ-PICAZO¹²⁶, en relación a la revocabilidad de los actos de renuncia son muy esclarecedoras: “... *Cualquiera que sea la posición adoptada en esta materia, no conviene olvidar que **la renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales es siempre revocable.** Dicho con mayor precisión, los actos de ejercicio de derechos fundamentales —tanto si son puros comportamientos materiales (viajar por el territorio nacional, expresar una opinión, etc.) como si son actos jurídicos propiamente dichos, cuya finalidad es precisamente producir determinados efectos jurídicos (votar en las elecciones generales, presentar una demanda ante un juzgado, fundar un sindicato, etc.)—deben reputarse siempre legítimos y válidos cualesquiera que sean los compromisos previamente adquiridos de no realizarlos. **Lo contrario equivaldría a que el ordenamiento diera por bueno que las personas se desarmaran de aquellas facultades y garantías que él mismo considera básicas**”.*

VENDRELL afirma con acierto¹²⁷ que la regulación de la LO de 1982 también protege a los titulares de esos DP *frente a sí mismos*, es decir, frente a las vinculaciones excesivas. Pues bien, a nuestro juicio, *la libre revocabilidad de la autorización/consentimiento a la intromisión es la prueba más clara y palmaria de esa forma de protección del titular*

¹²⁵ VENDRELL CERVANTES, *ob.cit.*, pag. 362.

¹²⁶ DIEZ-PICAZO, L.M., *Sistema ... cit.*, pag. 143.

¹²⁷ VENDRELL CERVANTES, *ob.cit.*, pag.152.

frente a sí mismo: es decir, la ley le garantiza que puede *cambiar de idea*, que puede pensar que se equivocó, y para ello le dota de un instrumento jurídico tan relevante como la libre revocación.

Precisamente por eso, es por lo que seguramente el titular de un DP (y de un DF) no necesita otros instrumentos más fuertes, como sería un mandato legal expreso de irrenunciabilidad, en el que tanto han insistido los estudiosos de los derechos de la personalidad. Por lo tanto, la libre revocabilidad de la renuncia permite a su titular disponer del mejor instrumento posible de defensa frente a sí mismo, y por tanto frente a una decisión irreflexiva o dañina para el propio sujeto consecuencia de la renuncia parcial o puntual a su derecho. Al mismo tiempo, permite que se produzcan determinados efectos de la renuncia en el ámbito del sujeto renunciante, con mantenimiento de los mismos, en cuanto queridos –al menos temporalmente- por el titular del derecho, lo que no se conseguiría con una regla o mandato de ineficacia o nulidad absoluta de cualquier acto de renuncia a un DP o DF.

La idea de irrenunciabilidad no es, en abstracto, la mejor forma de garantizar al titular su libre elección entre ejercitar o no ejercitar el DP, puesto que es razonable que todo sujeto titular tenga en sus manos la posibilidad de optar por el no ejercicio, abandono o derelicción de su derecho, es decir, por la facultad de decidir no impugnar u oponerse a la intromisión ajena en el propio ámbito de libertad del sujeto.

Por lo tanto, una prohibición legal de renuncia unilateral constituye un mecanismo en cierto modo lesivo de las posibilidades del titular de optar libremente por todo el abanico de alternativas que se le ofrecen, entre ellas la del no ejercicio.

Frente a ello, es mucho más razonable permitir ampliamente la renuncia, aunque siempre limitada, parcial o puntual, y con efectos cuando menos temporales respecto del tiempo anterior a la revocación, y a la vez concederle al titular la posibilidad de libre revocación de dicha renuncia, e incluso de la reversión al punto de partida, en la medida en que ello sea posible.

No es, como dice VENDRELL¹²⁸, que la forma de protección del titular frente a sí mismo sea la *regla legal de la intransmisibilidad*, en el sentido de que el Ordenamiento jurídico estaría prohibiendo que un sujeto pueda adquirir una posición idéntica o similar a la del titular, respecto del objeto pretendidamente transmitido. Es más bien que puede revocar su propio acto de renuncia, esto es, revocar el consentimiento dado para la intromisión.

Sin embargo, sucede que esa libre revocabilidad no se explica bien desde la simple óptica de los derechos de la personalidad, en cuanto no se justifica que se pueda revocar en este ámbito, y sin embargo no sea posible en principio en otros ámbitos de orden, no ya patrimonial, sino incluso personal, como sucedería en materia familiar o sucesoria

¹²⁸ VENDRELL CERVANTES, *ob.cit.*, pag. 241 y 242.

(posible libre revocación de un reconocimiento de hijo, de una aceptación o repudiación hereditaria, etc.).

Ello nos remite obligatoriamente al ámbito constitucional y de los DF reconocidos en la Constitución, muchos de los cuales son DP.

Es decir, la naturaleza de estos derechos como derechos de primer orden, esenciales en el sistema jurídico, con muy escasas limitaciones, en aras precisamente de su adecuada tutela y garantía, es lo que en última instancia acaba justificando esa libre revocabilidad. No ya el hecho de ser calificados como derechos de la personalidad, con unas características presuntamente naturales e inherentes al tipo de derecho.

En este sentido, a pesar de referirse en su análisis al derecho a la propia imagen, defiende VENDRELL¹²⁹ la posibilidad de extensión de la revocabilidad a otros derechos inalienables, en cuanto *seguramente forme parte de la estructura dogmática de estos derechos.*

De este modo, el autor, implícitamente, está remitiendo la explicación de la revocabilidad a lo que acabamos de decir antes, esto es, *a que estamos ante derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente que por su esencia deben estar dotados de este instrumento básico de la libre revocación, so pena de afectar a la esencia o contenido básico del derecho*, y de causar daños irreparables a su titular, si no se le permite retirar la autorización o cambiar de opinión en algo que es esencial para su vida personal (sólo a él le afecta, a nadie más).

Además de lo anterior, merece un tratamiento más detenido **la cuestión de las consecuencias de la revocabilidad del consentimiento/renuncia.**

Seguramente debemos distinguir entre aquellos actos de renuncia/autorización que sean puntuales, de cumplimiento o efectividad limitados a un determinado momento, sin duración temporal, y aquellos otros en que se haya previsto una cierta duración o extensión en el tiempo (por ej., una autorización para utilizar la imagen de la persona durante un plazo temporal, o para publicar datos íntimos de la misma de forma sucesiva, con o sin límite temporal).

Si pensamos en autorizaciones que sean puntuales, en el sentido de tener virtualidad en un momento determinado, sin expansión temporal, entonces el juego de la revocación seguramente no existirá: sólo será viable -en principio- en aquellos casos en que se trate de una renuncia anticipada o previa al momento de utilización de la imagen o los datos íntimos de la persona, de modo que *siempre se podrá revocar esa autorización, con plenitud de efectos, antes de ser utilizada efectivamente por el tercero autorizado.*

En cambio, cuando tenga una duración o extensión temporal, debemos distinguir.

¹²⁹ VENDRELL CERVANTES, *ob.cit.*, pag. 365.

Respecto del lapso temporal en que se haya realizado la intromisión en el derecho de la personalidad, la revocación será casi siempre irrelevante jurídicamente. Respecto del período posterior a la revocación, ésta será plenamente eficaz (sin perjuicio de la reparación del posible daño sufrido por el autorizado, como ya hemos visto).

Dicho de otro modo, *habría que distinguir entre revocabilidad e irreversibilidad.*

La renuncia o autorización siempre será revocable, pero no sería necesariamente o normalmente irreversible. Eso es así por cuanto los efectos ya producidos en ese lapso de tiempo anterior a la revocación, difícilmente podrán restituirse y hacer que todo vuelva a su estado originario. En cambio, la revocación siempre tendrá o deberá tener plenos efectos a partir del momento en que se produzca la misma (y sea recibida y conocida por el autorizado).

No obstante, esta distinción puede exigir a su vez una nueva adicional, en atención al tipo de derecho de la personalidad a que nos refiramos.

Es posible e imaginable algún derecho de la personalidad en que quepa la reversión de efectos, si no de todos, sí al menos de forma parcial. Piénsese en los casos de derecho a la integridad física, donde el sujeto titular puede haber renunciado a determinados elementos corporales u órganos, pero cambie de opinión después haber sido ya puestos a disposición del sujeto autorizado. *Aquí es imaginable que la revocación de la renuncia/autorización produzca como efecto una reversión, en la medida en que materialmente o técnicamente sea posible hacerlo, de los elementos corporales (órganos, fluidos ...) de los que se desprendió.*

No obstante, habrá que analizar la legislación en la materia para determinar qué elementos de origen corporal puede ser revertidos o restituidos a su titular originario, y cuáles son considerados legalmente como irreversibles. Este tema será analizado más abajo, cuando se examine la renuncia en los derechos fundamentales concretos, y analicemos lo acertado o no de las soluciones legales de acuerdo con los principios expuestos, pudiendo incluso ponerse en tela de juicio algunas de las normas aplicables, por su posible inconstitucionalidad.

Fuera de la integridad física, la reversión de efectos, esto es, la restitución de las cosas al estado originario anterior, en casos de revocación de la renuncia o autorización, resultará generalmente impracticable. No obstante, la *vis atractiva* derivada de la naturaleza de DF de los derechos concretamente afectados, debe conducir a *la búsqueda de posibilidades de hacer viable una posible reversión de efectos, en la medida en que ello sea posible, y al margen de las posibles compensaciones a los terceros autorizados.*

En general, debe tenerse en cuenta que la renuncia al DF, en algunas de sus posibles manifestaciones, y la revocación de la renuncia, son en buena medida dos caras de la misma moneda. *La revocación debe ser entendida siempre como otra manifestación, ahora en sentido positivo, de ejercicio del DF, con la particularidad de que supone un*

cambio de opinión frente a la decisión negativa de no ejercitar el derecho y dejar que un tercero se entrometa en el mismo.

En este sentido, consideramos que, en general, el legislador ordinario debería adoptar un criterio muy restrictivo en cuanto a la compensación del tercero afectado, en cuanto que ello podría condicionar de modo indirecto -pero sin duda efectivo- el libre ejercicio del DP o del DF, que es lo que sin duda está garantizado por la Constitución.

En este ámbito, creemos que no deben jugar seguramente las reglas generales de la responsabilidad civil, tal como son habitualmente entendidas en el Código civil español, en cuanto sistema de cláusula general¹³⁰. Es más lógico que la compensación proceda sólo en circunstancias especiales o incluso excepcionales, basadas primordialmente en el criterio de la buena/mala fe o el abuso del derecho, de modo que sólo cuando el titular del DF revoque su renuncia de forma inesperada o inopinada, o con finalidad lesiva, juegue la compensación.

En los demás casos, el aplicador del derecho debe ser consciente de que la revocación no es otra cosa que el ejercicio mismo del DF, es decir, una modalidad de ejercicio caracterizada por una conducta previa de renuncia.

Por lo tanto, las cortapisas legales para la utilización de esta modalidad, aun siendo una vía singular, *no deben ser interpretadas restrictivamente, ni deben ser objeto de castigo o sanción*, salvo que se puede demostrar una conducta maliciosa o sorpresiva del titular.

En esta dirección, *el modelo de compensación de daños instaurado por el art 2.3 de la Ley Orgánica de mayo de 1982 sobre compensación obligatoria o cuasi obligatoria del tercero autorizado a la intromisión, debe considerarse como un modelo periclitado*, en cuanto no se adapta a las más recientes concepciones de los DF y sus -excepcionales- límites, en especial cuando se trata de terceros que no están dotados a la vez de otro DF (del mismo o distinto tipo del que se renunció) que pudiera considerarse vulnerado, sino sólo dotado de una mera expectativa de indemnización.

Dicho de otro modo, *no es posible jurídicamente anteponer una pretensión a la indemnización por parte de tercero perjudicado al ejercicio libre (dentro de sus respectivos límites) de un derecho fundamental por su titular, ahora a través de la revocación de su renuncia o autorización previa a la intromisión, porque el tercero, al carecer como se dijo más arriba de un derecho subjetivo (ni real ni obligacional), tiene el deber de soportar, como regla, y salvo situaciones extraordinarias, el riesgo de sufrir consecuencias dañosas derivadas de esa libre revocación inherente a todo derecho de esta naturaleza.*

En esta dirección, DIEZ-PICAZO ya vimos que dijo que la renuncia al (ejercicio del) derecho fundamental tiene el límite de su revocabilidad inquebrantable. Es obvio que esto

¹³⁰ Remitimos al respecto a las consideraciones ya clásicas de PANTALEÓN PRIETO, F., en el comentario al artículo 1902 CC, contenido en *Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia*, Tomo II, Madrid, 1991, pag. 1971 ss.

es posible cuando el acto jurídico conlleve una situación de permanencia o perdurabilidad en el tiempo, pero no cuando la eficacia de la renuncia es inmediata y sin continuidad. Como mínimo, en los primeros, es evidente que debe establecerse el criterio de la libre revocabilidad *ad nutum* de la renuncia. Insistimos, estamos pensando en una renuncia unilateral, donde no hay terceros afectados, al menos de modo directo, por lo que no cabría una exigencia por parte de éstos de una posible indemnización derivada de esa revocación de la renuncia, que debería ser inviable.

Además, *tratándose de un derecho fundamental, parece lógico evitar que se pueda condicionar indirectamente el libre ejercicio del mismo* ante la perspectiva de una posible demanda por daños y perjuicios proveniente de tercero (cuyo interés además, por ser siempre indirecto, ya que no sería digno de protección frente al que ejercita su derecho fundamental, ahora en sentido negativo)¹³¹.

2.2.2.4.- Otras características de los actos de renuncia a los derechos de la personalidad:

- Carácter restrictivo en la interpretación del alcance de la renuncia o autorización a la intromisión:

Al lado de la libre revocabilidad de los DP, la doctrina suele incluir otros, de alguna manera derivados naturalmente del carácter personalísimo del derecho y de su consiguiente interpretación pro titular, en caso de duda.

De ahí deriva la consideración del *carácter restrictivo en la interpretación del alcance de la autorización o renuncia a ejercitar las correspondientes facultades o acciones*.

De acuerdo con este criterio, deben las partes afectadas, y en caso de disputa, la autoridad judicial, interpretar la renuncia en su mínima expresión, esto es, limitada a la finalidad explícita o subyacente al acto de no ejercicio, sin poder extenderlo más allá de lo que sería razonable, todo ello en aras de la mejor tutela del titular del DP, para preservarle al máximo sus posibilidades de actuación al margen de lo renunciado o autorizado.

La doctrina, sin embargo, ha tratado de encontrar el fundamento a dicha restricción interpretativa, habida cuenta que las normas reguladoras de algunos de esos DP no ofrecen base para ello, al no existir norma que directa ni indirectamente lo establezca. Así lo recoge VENDRELL¹³², quien pone sobre la mesa la actitud de la doctrina y

¹³¹ No obstante, en contra de esto último, el propio DIEZ-PICAZO defiende que puede haber responsabilidad extracontractual por la renuncia, aun no estando dentro de un compromiso contractual. Lo hace pensando en el precedente legal del art. 2 de la LO del derecho al honor, donde se prevé indemnización por la revocación, y considera que ese modelo es exportable a los demás derechos fundamentales. Como antes se avanzó, no estamos de acuerdo con esta afirmación por las razones más arriba expuestas., debiendo ser una compensación de carácter muy excepcional.

¹³² VENDRELL CERVANTES, *ob.cit.*, pag. 348 ss.

jurisprudencia alemanas en materia de derechos de autor, extensible a este campo de los DP.

Parece sin embargo bastante obvio que la doctrina general de los DP no permite apoyar esta visión restrictiva del alcance de las renunciaciones o autorizaciones a la intromisión en los respectivos derechos, *al no haber ninguna base legal que lo fundamente, ni siquiera en aquellos específicamente regulados legalmente, como los derechos a la intimidad o la propia imagen.*

Es incuestionable, sin embargo, que el fundamento de esa visión restrictiva debe hallarse en su consideración de derechos fundamentales garantizados constitucionalmente, que debe conducir a una visión netamente restrictiva en la interpretación del alcance de lo renunciado o autorizado, como forma de asegurar el libre ejercicio de dichos derechos, con la mínimas limitaciones o cortapisas posible, entre ellas la de una posible perspectiva extensiva o analógica del alcance de la autorización o renuncia.

- La receptividad de la renuncia o autorización a la intromisión:

También es relativamente habitual en la doctrina sobre los DP el exigir la receptividad de la renuncia o autorización a la intromisión como presupuesto de eficacia del acto realizado.

Así lo afirma VENDRELL¹³³, quien señala que el consentimiento o autorización para la intromisión, tratándose de derecho de la personalidad incorporal, aun configurándose como negocio unilateral, habrá de ser emitida frente a otra persona para ser eficaz: la declaración realizada debe dirigirse y llegar al autorizado para poder producir efectos jurídicos frente al mismo, debiendo en todo caso realizarse con anterioridad a la conducta intromisiva del autorizado¹³⁴.

De nuevo esta proposición carece del adecuado fundamento legal.

No hay en la ley, ni siquiera en la regulación de los derechos al honor, intimidad y propia imagen, un precepto legal que exija esta receptividad. Por lo tanto, no podemos erigirla en un requisito de eficacia de la renuncia/autorización.

Téngase en cuenta finalmente que, al tratarse de derechos fundamentales, la eficacia del acto de renuncia puntual o temporal no puede quedar supeditada a una exigencia que no aparece por ningún lado en los preceptos constitucionales, ni tampoco en las respectivas regulaciones legales, como regla.

En consecuencia, esa autorización o renuncia producirá sus efectos de forma inmediata, por lo pronto respecto del renunciante mismo, en cuanto a su (provisional) vinculación

¹³³ VENDRELL, *ob.cit.*, pag. 283 ss.

¹³⁴ VENDRELL CERVANTES, *ob.cit.*, pag. 283 -285.

con su propio acto, al tratarse de una elección sobre el modo de ejercicio de su DF. Pero frente a los terceros será también eficaz, no sólo cuando llegue a su conocimiento, sino incluso antes, de modo que, habiéndose realizado la intromisión en un momento anterior a la fecha o momento de la recepción de la autorización efectiva, la misma desplegará todos sus efectos de forma retroactiva, cuando menos en cuanto a excluir la antijuridicidad del acto intromisivo (siempre que éste se hubiera producido con posterioridad a la fecha de la autorización, esto es, entre esta fecha y la de la recepción de la renuncia o autorización).

CAPÍTULO 3: LA RENUNCIA EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: CONSIDERACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES: LOS LÍMITES A LA RENUNCIA COMO ACTO DE AUTONOMÍA PRIVADA.

INDICE:

3.1.- La doctrina constitucionalista sobre derechos fundamentales y la renuncia (total, parcial o puntual) a los mismos: 3.1.1.- El contenido de los derechos fundamentales: no ejercicio y renuncia parcial como posibles contenidos de los derechos fundamentales. 3.1.2.- Sobre los límites de los derechos fundamentales en la doctrina constitucionalista, y su traslación a los supuestos de renuncia a su ejercicio. 3.1.3.- Renuncia a los derechos fundamentales y contenido esencial. Revocabilidad de la renuncia y contenido esencial. 3.1.4.- La doctrina general sobre la *Drittwirkung*. Su relevancia para las decisiones unilaterales en el ejercicio (o no ejercicio) de los derechos fundamentales. 3.1.5.- **Recapitulación:** la renuncia a los derechos fundamentales en su ejercicio frente al Estado (frente a sus decisiones de orden legislativo y judicial restrictivas de la libre facultad de renunciarlos). 3.2.- **El ámbito de la posible renunciabilidad de los derechos fundamentales:** 3.2.1.- Las condiciones y límites de la posible renunciabilidad (puntual y limitada) a los mismos. 3.2.2.- En particular sobre la revocabilidad y reversibilidad de la renuncia por su titular al ejercicio del derecho fundamental.

3.1.- La doctrina constitucionalista sobre derechos fundamentales y la renuncia (total, parcial o puntual) a los mismos:

Visto con detalle el desarrollo doctrinal adquirido por los derechos de la personalidad en el ámbito concreto de la renuncia a tales derechos, procede ahora examinar el tema desde la perspectiva de la doctrina constitucionalista.

Vamos a intentar hacerlo con abstracción de todo lo dicho con anterioridad respecto de los derechos de la personalidad, aunque luego puedan contrastarse unas y otras conclusiones. Entendemos que esta es la forma más correcta de hacerlo, puesto que no se puede prejuzgar las respuestas tomando como referencia una doctrina como la civilista sobre DP que se ha desarrollado seguramente antes y al margen de los principios y reglas constitucionales, los cuales pueden arrojar algunas conclusiones diferentes.

En este sentido, conviene señalar que la doctrina civilista sobre la renunciabilidad e irrenunciabilidad de los derechos de la personalidad se ha construido en buena medida sin una base ni constitucional ni legal, al no existir, en el momento de elaborarse (al menos en España), precepto constitucional alguno en el que basar esa irrenunciabilidad (dejando a salvo aquellas normas como la del art. 2 de LO de 1 de mayo de 1982 sobre honor, intimidad y propia imagen, que será objeto de análisis específico más adelante). Por lo tanto, ha faltado en la doctrina civilista sobre la renuncia a los DP una mínima alusión a la prohibición de renuncia en los distintos preceptos constitucionales reguladores de los diversos DF, y ello debe jugar en principio a favor de una posición favorable a propiciar formas de renuncia, en tanto el derecho fundamental concreto no desaparezca como consecuencia de un acto de abandono o no ejercicio de su titular.

Entendemos que existen una serie de presupuestos relativos a los DF y a los principios constitucionales básicos, que han de tenerse en cuenta antes de analizar el asunto y poder sacar conclusiones.

Así, debe partirse en primer lugar de que los DF conforman o contribuyen de forma sustancial a crear un sistema u orden jurídico-político, de modo que un Estado democrático debe ser respetuoso con los valores que se proclaman en ellos¹³⁵. Esto pudiera hacer pensar en una cierta inamovilidad de los DF, en el sentido de su total irrenunciabilidad, haciendo inviable cualquier forma de no actuación o defensa de los mismos.

Sin embargo, el principio del libre desarrollo de la personalidad, junto con la dignidad de la persona, garantizados en el art. 10.1 CE, constituyen la base última de la convivencia democrática¹³⁶, por lo que deben ser considerados como criterios de orientación permanente, también en este ámbito de la renuncia a los derechos fundamentales.

Esta dirección seguramente debería llevar a una idea contraria, de defensa de todas las opciones que se le ofrecen al titular del DF, entre las cuales está la negativa misma a su ejercicio, esto es, su no ejercicio, o la renuncia a defenderlo y ejercitarlo en un momento y unas circunstancias concretas, sean actuales o futuras. Siempre en la medida en que ello no desfigure el derecho concreto, ni suponga afectación a la convivencia democrática misma.

En particular, el libre desarrollo de la personalidad, dice un autor como DIEZ-PICAZO¹³⁷, implica sostener que *cada persona puede y debe trazar por sí misma su propio proyecto vital, sin que el Estado deba interferirse salvo para salvaguardar los derechos similares de los demás*. Desde una perspectiva netamente liberal como la del autor, con la que estaríamos bastante de acuerdo, se trata de la proclamación constitucional de que, *siempre que se respeten los derechos de los demás, cada ser humano es el mejor juez de sus propios intereses*. Eso supone establecer una verdadera cláusula general de libertad que preside el entero Ordenamiento jurídico, y significa afirmar que todo lo que no está prohibido está permitido.

La cuestión entonces es, partiendo de la típica idea, propia de la doctrina civilista, del carácter tradicionalmente indisponible e irrenunciable de los DP, determinar y resolver si esta referencia contagia a los DF y los hace totalmente irrenunciables, prohibiendo y excluyendo toda posibilidad de renuncia parcial, de renuncia puntual, de renuncia a su ejercicio o incluso de renuncia total, o si deben aplicarse unas pautas diferentes desde la perspectiva constitucional.

Ello guarda una estrecha relación con la cuestión del contenido de los DF, y de otra cuestión, enormemente debatida a nivel iusconstitucionalista, como es la de los límites a

¹³⁵ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, ed. Tecnos, Madrid, 2005, pag. 62.

¹³⁶ DIEZ-PICAZO, *Sistema ... cit.*, pag. 68.

¹³⁷ DIEZ-PICAZO, *Sistema ... cit.*, pag. 69 y 70.

los DF, en cuanto a concretar si dentro de estos límites se hallaría o no la renuncia o no ejercicio de dichos derechos.

Veamos de forma separada estos dos asuntos (contenido y límites de los derechos fundamentales).

3.1.1.- El contenido de los derechos fundamentales: no ejercicio y renuncia parcial como posibles contenidos de los derechos fundamentales:

Ha sido poco estudiada en la doctrina constitucionalista sobre los DF la cuestión del contenido de tales derechos, y la determinación de las facultades derivadas del mismo, más exactamente, de las posibilidades de que disponen sus titulares para elegir las distintas posibles opciones que en todo momento se le ofrecen, cuando se produce la vulneración del derecho por tercero, o bien antes de ese momento, cuando el titular del DF se anticipa a esa vulneración y decide prever alguna de las diferentes opciones posibles, para el caso en que sobrevenga ese evento¹³⁸.

Se ha dicho por BASTIDA¹³⁹ que los DF comportan una disponibilidad potencialmente inmediata de su titular que se concreta en la **posibilidad** de exigir de los poderes públicos que arbitren la organización y los procedimientos necesarios para darles efectividad. En suma, dice, un DF es ante todo un derecho subjetivo, es decir, un apoderamiento jurídico (contenido del derecho) que la Constitución atribuye a un sujeto para que **pueda** defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas (objeto del derecho).

En esta dirección, se distinguen por VILLAVERDE MENÉNDEZ¹⁴⁰ distintos tipos de DF en función de su contenido. Así, habrá DF cuyo objeto es una esfera vital: se pone el ejemplo del derecho de asociación o del derecho al matrimonio. En estos DF se otorga y garantiza un ámbito de autonomía personal y por tanto (cita al efecto la STC 244/1991) el ejercicio con pleno poder de autodeterminación de las facultades que componen esa específica manifestación de la libertad. En este tipo de DF lo protegido es un ámbito de la realidad, una esfera vital del individuo en el que son posibles comportamientos muy

¹³⁸ Sobre la dificultad de determinar en concreto el ámbito constitucionalmente protegido de los diversos derechos fundamentales, vid. ARZOZ SANTISTEBAN, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2014, pag. 61 ss., quien afirma que, a diferencia de la teoría de los derechos subjetivos, las normas que reconocen derechos fundamentales se caracterizan por un grado notable de apertura y de indeterminación.

¹³⁹ BASTIDA FREIJEDO, F.J., *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978* (Bastida Freijedo, Villaverde Menéndez, Requejo Rodríguez, Presno Linera, Aláez Corral y Fernández Sarasola), Ed. Tecnos, Madrid, 2004, pag. 32.

¹⁴⁰ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., en *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978* (Bastida Freijedo, Villaverde Menéndez, Requejo Rodríguez, Presno Linera, Aláez Corral y Fernández Sarasola) cit, pag. 105 ss.

dispares. El DF permite elegir qué hacer o qué comportamiento realizar en ese ámbito de la realidad, sin que pueda estar condicionada por la imposición unilateral de deberes.

Una consecuencia de la concesión de esa esfera de libertad que suponen algunos de los DF, es, según el autor citado, que no se puede obligar a un individuo a que ejercite un DF. *Eso incluye por tanto la garantía iusfundamental a la libertad negativa consistente en la decisión de no realizar un comportamiento de entre aquellos objeto del DF* (por ej. derecho a no asociarse), *como la imposibilidad de imponerle, salvo disposición constitucional en contrario, la satisfacción de un fin que condicione su elección, ni directa ni indirectamente*¹⁴¹. Por supuesto, esa autodeterminación sólo es posible en el marco del objeto definido abstractamente en el enunciado constitucional del DF (lo que nos remite a los límites, a los que luego nos referimos). Sin embargo, tiene una relevancia muy considerable en el tema aquí analizado de la renuncia al DF en sus distintas posibles manifestaciones.

Así, desde la perspectiva del contenido de los DF, habría que pensar que entre sus manifestaciones de libertad no positiva, sino negativa, se deben incluir sin demasiado esfuerzo las distintas posibilidades de renuncia al DF, ya sea renuncia puntual a su ejercicio actual, renuncia puntual a su ejercicio futuro, en unas determinadas condiciones previamente fijadas por el propio titular del derecho, o incluso renuncia en general a su ejercicio en una situación dada, que podrían ser supuestos o manifestaciones del posible contenido de cualquier DF¹⁴².

Con más precisión, y aunque la doctrina constitucionalista no se lo haya planteado así, dentro de esa conducta de “libertad negativa”, quizás habría que diferenciar entre: a) los casos en que hay una decisión de no ejercitar el DF, *una vez que se ha producido ya la vulneración del mismo*, en el sentido de no ejercitar las correspondientes acciones protectoras (judiciales, sobre todo); y b) los casos en que hay *una manifestación del titular, previa a la posible intervención vulneradora o afectadora del tercero*, conforme a la cual dicho titular del DF *decide de antemano no ejercitar el derecho, en caso de sobrevenir en el futuro ese evento o situación*, en las condiciones por él mismo preestablecidas libremente, y así lo manifiesta externamente para su conocimiento por

¹⁴¹ Cuestión distinta de la renuncia es, como ha señalado con acierto MILLAIRE, MILLAIRE, K., “Les droits et libertés fondamentaux susceptibles de renonciation: une approche à repenser”, en *Les Cahiers de Droit*, vol. 60 n° 4, décembre 2019, pag. 999, el enfoque o perspectiva negativa incluida en la esfera de ciertos derechos fundamentales, tales como la libertad de religión, lo que incluye el derecho a no profesar ninguna religión, o la libertad de expresión, que permite la libertad de no expresar nada. Mucho más claros son el derecho de voto, que incluiría el derecho a no votar, o el derecho al matrimonio, que conlleva ínsito el derecho de no casarse. Indudablemente, la renuncia al derecho fundamental, vista como ejercicio negativo del derecho, no puede ser identificada con esa facultad de ejercitar el derecho fundamental en alguna de las dos posibilidades (positivas) u opciones que ofrece.

¹⁴² Ha dicho BILBAO UBILLOS, J.M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pag. 362-363: “A nadie se le puede obligar a organizar su vida privada con arreglo a los valores constitucionales. Es el precio que hay que pagar por preservar una sociedad de hombres libres y responsables, con una capacidad real de autodeterminación individual”.

posibles terceros afectados. Seguramente, ambos casos son propiamente “renuncias” (entendida la renuncia en un sentido amplio), *siempre puntuales* y en todo caso *parciales*, en cuanto a tratarse de una renuncia con eficacia temporal, subjetiva y objetivamente limitadas, *dado que el DF no puede ser como regla renunciable en su totalidad*, al ser inherente a la persona, en cuanto no deja de acompañarlo mientras esté viva, y estar por tanto garantizada constitucionalmente su existencia a lo largo de la vida.

No obstante, en el primero de los casos, no hay ni tiene que haber una manifestación de no ejercicio del DF. Basta con no actuar ni poner en marcha los mecanismos que la ley pone a disposición del titular para su defensa y garantía. Ahora bien, ello no quita valor jurídico a la omisión, ni afectaría a su validez como tal acto, en cuanto podría perfectamente (obviamente, no siempre) encerrar en su interior un acto de renuncia a ejercitar el DF, pudiendo perfectamente hacerlo, esto es, dándose las condiciones y presupuestos para poder utilizarlo y defenderlo.

En cambio, en el segundo de los casos, nos hallaríamos ante una manifestación externa, susceptible de ser aprehendida por los terceros hipotéticamente afectados por ella (ya sean beneficiarios o ya sujetos perjudicados indirectamente), sin necesariamente adoptar una forma concreta de exteriorización, que también tendría plena validez y eficacia como una manifestación posible del contenido del derecho fundamental.

En este último caso, la conducta seguramente podría ser *desglosada en dos partes o fases*: la primera, la decisión libérrima del titular del DF de renunciar por anticipado a lo que va a sobrevenirle en el futuro, normalmente como consecuencia de una actuación de un tercero o terceros (si es que finalmente se produce). Se trataría de una decisión interna, libre y consciente, en principio desconocida por cualesquiera terceros. La segunda parte consistiría en la autorización o prestación del consentimiento para apoderar o autorizar a un sujeto o sujetos, identificados o identificables, de modo que ese o esos terceros puedan entrometerse en un ámbito que es totalmente exclusivo del sujeto titular del DF.

Estamos aquí ante una suerte de “apoderamiento” o investidura del tercero o terceros - quienes han de estar perfectamente identificados y determinados- para actuar en una esfera totalmente personal y exclusiva del titular. *Ese apoderamiento sería o supondría un plus adicional a la renuncia propiamente tal*, y guardaría ciertas similitudes con el apoderamiento propio de la representación voluntaria directa, en cuanto sería un título otorgado unilateralmente a favor de un sujeto distinto del titular del DF, que no sólo le permitiría excluir la antijuridicidad de lo realizado por el tercero en la esfera ajena, sino que le legitimaría para intervenir y dar licitud a todo lo realizado, pudiendo apoderarse sin obstáculos legales de las consecuencias beneficiosas de ello, pero que siempre estaría sujeto al poder revocador del titular del DF.

Este poder del titular sería absoluto, y además entendemos que le impediría al tercero adquirir para sí un derecho subjetivo de crédito, al estar sometido a ese poder revocador. La diferencia con el apoderamiento representativo sería que ni sería fuente propiamente de un derecho ni real ni de crédito frente al titular, ni se le autorizaría para actuar en interés o beneficio del autorizante, ni su revocación se fundamentaría en una cuestión de

“pérdida de confianza”, que es lo que subyace a la revocación del apoderamiento representativo y al contrato de mandato en general.

Aquí la libre revocabilidad *ad nutum* sería *un efecto directo e inherente al DF mismo*. Ese sería su fundamento, esto es, el tratarse de DF, de los que su titular debe poder disponer y disfrutar sin cortapisas por estar garantizados constitucionalmente (siempre dentro de los límites constitucionales y legales del mismo, claro está), incluso aunque hubiera autorizado a otro a entrometerse en su esfera de actuación y a apoderarse de las consecuencias beneficiosas de ello.

Si se piensa bien, cuando el titular del derecho prevé de forma expresa lo que va a suceder en el futuro si el tercero beneficiario usa del poder concedido, estaremos ante *un acto anticipatorio de la renuncia*, el cual *será eficaz cuando se produzca el evento concreto que daría lugar a la infracción o vulneración del derecho si no hubiera habido la citada manifestación, autorización o consentimiento previos, si es que finalmente tiene lugar*.

Es muy importante esta referencia a lo que podríamos llamar renuncia puntual anticipada al DF por parte de su titular, cuando en el futuro sobrevenga una determinada situación, por cuanto *abre una puerta muy importante a la licitud de las renunciaciones en general a derechos futuros o expectativas de derechos, fuera ya de la órbita de los derechos fundamentales*, cuya consideración como tales renunciaciones ya vimos que ha sido puesta en duda por algún sector de la doctrina civilista. Es decir, *en la medida en que es viable una renuncia puntual anticipada, en un campo tan trascendental socialmente hablando como el de los derechos fundamentales, no deberían existir inconvenientes de fondo para acoger como verdaderas renunciaciones estos supuestos de abdicación anticipada a posibles pretensiones futuras en que consisten las renunciaciones a derechos o expectativas futuras*.

Abundando en la cuestión del contenido de los DF, y antes de referirnos al difícil problema de los límites de tales derechos, habría que plantear si, en este campo de los derechos fundamentales, cabe discernir entre titularidad y ejercicio del derecho respectivo, y si esta distinción es relevante para los supuestos posibles de renuncia a los DF.

Algún sector de la doctrina constitucionalista ha admitido la posibilidad de distinguir entre titularidad y ejercicio de los DF¹⁴³, aunque sin llegar a exponer todas las posibles consecuencias de la misma, en concreto en el campo de la posibilidad de renuncia al DF en su posible vertiente de renuncia al “ejercicio” del derecho.

¹⁴³ Así, entre otros, ALÁEZ CORRAL, B., en *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978 (Bastida Freijedo, Villaverde Menéndez, Requejo Rodríguez, Presno Linera, Aláez Corral y Fernández Sarasola) cit*, pag. 85-86.

También en esta línea parece estar, en Italia, GUAZZINI, R., “Tre problema di definizione”, en *Diritti fondamentali (Luigi Ferrajoli)*, Ed. Laterza, Bari, 2001, pag. 47-48, quien defiende que la universalidad de los derechos fundamentales se refiere a la titularidad de los derechos, mientras que la indisponibilidad de los derechos fundamentales concierne al ejercicio de los mismos, siendo necesario que una norma disponga expresamente esa indisponibilidad.

A nuestro juicio, esta distinción, habitual en la doctrina, entre titularidad y ejercicio de los DF, es heredera de una distinción típicamente civilista entre esos dos conceptos, pero no creemos que sea aceptable en el ámbito que estamos examinando. Decir que se puede renunciar así, *en general*, al *ejercicio* de un DF, resulta ser *una forma muy poco precisa desde el punto de vista técnico-jurídico de explicar los fenómenos que analizamos*, y además puede inducir a confusión. Todo DF dispone de unos mecanismos de garantía que se ponen en marcha cuando se vulnera el derecho o cuando hay una previsión de inminente vulneración, de modo que hablar de ejercicio del DF es hablar de la esencia del mismo. Por tanto, hablar de la licitud de una “renuncia al ejercicio” frente a la ilicitud de la “renuncia a la titularidad”, es decir poco, y seguramente provoca confusión.

Es evidente que esto último es inviable, como ya se ha dicho, en cuanto el DF no puede salir nunca de la órbita de su titular mientras se halle vivo, ni puede desgajarse del sujeto, ni siquiera por una decisión unilateral e hipotéticamente libre del mismo. Pero, por su parte, la expresión “renuncia al ejercicio”, no explicita las distintas y múltiples posibilidades y situaciones que pueden presentarse, muchas de las cuales suponen una decisión puntual de no ejercitar en un momento dado y frente a un determinado sujeto o sujetos, sin que ello suponga renunciar a “otros ejercicios” posibles, ahora en sentido positivo, que pudieran sobrevenir en el futuro, y que entrarían dentro de las posibilidades de actuación de todo titular de un DF.

La conclusión que cabe extraer de este primer apartado es que ningún constitucionalista puede negar, ni de hecho ha negado, que, dentro del contenido posible de la mayoría de los DF, puede incardinarse la facultad de no ejercicio (actual o incluso futuro) del concreto derecho, en cuanto *se trataría de una típica manifestación más de las posibilidades de elección que se le ofrecen al titular, válida a todos los efectos como expresión de la libertad que todo sujeto posee de ejercitar su derecho*. Esto supone acoger la licitud general de la renuncia, entendida normalmente como decisión de no ejercitar o no defender los propios intereses, en sus distintas posibles manifestaciones, con exclusión de la renuncia total o abandono del derecho mismo, lo que no permite como regla nuestra Constitución.

En esta dirección, MILLAIRE¹⁴⁴, en referencia a la renuncia a los DF en el Derecho quebequés y canadiense, ha señalado con precisión que un análisis atento de la jurisprudencia demuestra que la posibilidad de invocar con éxito “la autonomía”, el “consentimiento libre y declarado” o la “libertad de elección” de disponer de los propios derechos fundamentales *puede ser vista en adelante como una regla antes como una excepción*. Llega a afirmar la autora lo siguiente: que con el tiempo, múltiples aperturas a la renuncia han podido ser puestas de relieve con un análisis atento de la jurisprudencia. E incluso la propia renuncia al derecho a la vida, en el contexto de la ayuda a morir está

¹⁴⁴ MILLAIRE, K., “Les droits et libertés fondamentaux susceptibles de renonciation...”, *cit.*, p. 993 ss..

claramente admitido por la jurisprudencia considerando inconstitucional la criminalización absoluta de la ayuda al suicidio, y concluye que *las personas pueden “renunciar” a su derecho a la vida porque, si no, resultaría una “obligación de vivir” antes que un “derecho a la vida”*.

Ahora bien, estas primeras reflexiones deben tener su confirmación, o no, examinando el problema de los límites de los DF, para comprobar si la renuncia (puntual, parcial o total) constituye un supuesto que pueda considerarse afectado directamente o indirectamente por los límites de los DF.

3.1.2.- Sobre los límites de los derechos fundamentales en la doctrina constitucionalista, y su traslación a los supuestos de renuncia a su ejercicio:

La cuestión que nos planteamos a continuación es la siguiente: ¿hasta qué punto es *la irrenunciabilidad* de los DF un *límite propio e inherente a estos derechos*, de modo que quedaría excluida la licitud de la renuncia en cualquiera de sus posibles manifestaciones, por el hecho de constituir aquélla (la irrenunciabilidad) un freno interno al titular de un derecho fundamental?

Indudablemente, para responder a esta cuestión es preciso examinar, al menos de forma esquemática, toda la doctrina constitucionalista sobre los límites a los derechos fundamentales. Sólo si la irrenunciabilidad, aun siendo una característica típica y tradicionalmente admitida de los DF y de los DP, se erige además en un freno *genérico* a los titulares de tales derechos, en cuanto que la Constitución niegue validez en todo momento a la opción por el no ejercicio o ejercicio negativo de los mismos, podría quedar excluida de forma general cualquier manifestación de renuncia, a pesar de lo sostenido en el apartado anterior.

Como ha sido dicho¹⁴⁵, *“los derechos fundamentales no son, ni pueden ni han podido nunca ser, derechos ilimitados, sino que todos en su conjunto y cualquiera de ellos considerado en particular están irremediabilmente sujetos a limitaciones y ello es así en cuanto que el titular de derechos fundamentales no es un individuo aislado y soberano, sino un individuo que necesariamente ha de vivir, convivir y relacionarse en sociedad, debiendo por consiguiente cohonestarse el ejercicio de sus libertades con las de los demás y con la convivencia ordenada en el Estado”*. Esta idea es predicable incluso respecto de DF personalísimos (como el derecho a la vida, intimidad, libertad de conciencia), en cuanto también en ellos se da por hipótesis una relación con los demás ciudadanos, o al menos es posible la alteridad.

¹⁴⁵ BRAGE CAMAZANO, *Los límites a los derechos fundamentales*, Ed. Dykinson S.L., Madrid 2004, pag. 36 y 40.

Existe una gran dificultad a la hora de exponer los distintos límites a los DF, por cuanto la doctrina constitucionalista no se pone de acuerdo sobre la forma de identificarlos, habiendo distintas concepciones a tal fin.

Así, NARANJO DE LA CRUZ¹⁴⁶ entiende que, respecto de los DF, existen tres tipos de límites o de círculos delimitadores de estos derechos. El primero concierne a la delimitación del DF, esto es, lo que entra y lo que no entra en el ámbito de protección del DF. El segundo concierne a los límites del DF entendido en su conexión entre ese DF y otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos. El tercero sería ya lo referente al límite derivado del contenido esencial de los DF como referencia insoslayable.

Desde esta perspectiva, parece lógico concluir que sólo el primero y el tercero de los señalados pueden tener alguna conexión con los supuestos de renuncia (total o parcial, temporal o duradera, del ejercicio o de la titularidad misma) al DF. El segundo de los tipos, por la esencia del acto de renuncia, en la modalidad de *renuncia unilateral*, que es la aquí examinada, *no afectaría a derechos o bienes constitucionales de terceros*, por cuanto nos movemos en el ámbito de la actuación individual del titular del DF. Sería irrelevante constitucionalmente el que esa renuncia pudiera, *de forma colateral e indirecta*, tener alguna incidencia en los derechos o intereses de otro sujeto, ya que en tales casos no se plantearía en toda su posible virulencia un posible e hipotético conflicto de intereses entre el (derecho a la renuncia del) renunciante y el derecho del tercero, por muy tutelable que éste en abstracto pudiera ser.

El primero de los tipos de límites señalados por el autor citado atiende al elemento subjetivo (sujetos activos y pasivos), al elemento sustantivo (conjunto de facultades o ámbito de inviolabilidad) y finalmente al componente formal (garantías específicas que pueda poseer). En este primer campo delimitador, es claro que nos debemos preguntar si la renuncia (unilateral o mediante negocio bilateral o contractual) entra dentro de las facultades propias de todo DF.

Al respecto, hemos de remitirnos a lo señalado en el apartado anterior, sobre el contenido de los DF y la inclusión como contenido típico el de la libertad negativa de no ejercer el derecho.

Del mismo modo, puede ser también importante la remisión a la actuación del legislador, en aquellos casos en que la CE disponga esa remisión. Hay *muchos DF en los que no hay en la CE ninguna remisión a la ley, a los fines de delimitar el derecho concreto*, por lo que, *no habiéndola, la opción de la renuncia o el no ejercicio del derecho entraría igualmente dentro de los parámetros normales del contenido o ámbito típico de actuación de todo derecho*, debiendo en consecuencia admitirse la renuncia en cualquiera de las modalidades expuestas más arriba (renuncia puntual actual, renuncia puntual anticipada, o renuncia parcial al derecho, en la medida en que sea factible según cada derecho fundamental).

¹⁴⁶ NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, la buena fe*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000. pag. 31 ss.

Respecto del tercero de los límites, el conformado por el llamado contenido esencial del DF, nos remitimos a lo que específicamente se señala más abajo, en un ulterior y específico apartado, sobre este tema.

Por su parte, DIEZ-PICAZO¹⁴⁷ distingue entre *delimitación* de los DF para referirse a aquellas intervenciones tendentes a completar la indeterminación del texto constitucional fijando hasta dónde llega un derecho; y “*restricciones*”, para designar cualesquiera medidas, de alcance general o particular, que reducen el ámbito de aplicabilidad de un derecho.

Desde su perspectiva netamente *liberal* de los DF, el punto de partida del autor es que toda situación potencialmente cubierta por el valor constitucionalmente proclamado merece *prima facie* estar efectivamente protegida como DF. Por tanto, *para dejar fuera del ámbito del derecho a una situación que está dentro del halo de incertidumbre, es preciso que haya razones poderosas que justifiquen dicha exclusión*. Habrá por tanto, a su juicio, *una suerte de presunción a favor de la protección*.

Dicho autor¹⁴⁸, al final de su exposición, sostiene que todo DF queda limitado por la necesidad de hacerlo *compatible con los demás derechos y bienes jurídicos protegidos por la Constitución*. Ello remite, en definitiva, una vez más, a la posible vulneración de otros derechos, del mismo o distinto tipo, de los que sean titulares otros sujetos.

No obstante, no podemos dejar de valorar la importancia del *principio de dignidad personal* del art. 10.1 CE como posible fundamento para la limitación interna del DF mismo. La dignidad podría jugar su papel, en el sentido de excluir la renuncia o no ejercicio del derecho, en la medida en que, aun siendo el fruto de una decisión unilateral y por tanto se efectúe fuera del seno de un acuerdo o pacto de contenido más amplio, esa decisión pudiera constituir un atentado grave y evidente al principio de dignidad del propio sujeto renunciante, merecedor de una tutela especial de los poderes públicos.

Ello lleva a la postre a una cuestión de determinación del posible alcance, con base en la Constitución, de una “*tutela paternalista*” *del propio titular del derecho* que renuncia en todo o en parte a ejercitar su derecho fundamental, por decisión unilateral propia, y no de tutela de los derechos de terceros.

En general, y al margen del análisis que a continuación se hará respecto de la llamada *Drittwirkung* o eficacia directa de los DF en las relaciones entre particulares, tema con el que guarda relación este asunto, *no podemos perder de vista que los límites de cada derecho fundamental vienen marcados por el correspondiente precepto constitucional, siendo lo cierto que no es posible encontrar en la regulación del DF en la Constitución ni una sola norma de “tutela paternalista”, en el sentido de acoger un específico mecanismo de tutela del titular del derecho fundamental frente a sí mismo*, esto es, frente a sus propias decisiones libres y unilateralmente tomadas (sin la presencia de terceros que

¹⁴⁷ DIEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales cit.*, pag. 107 ss.

¹⁴⁸ DIEZ-PICAZO, *ob.cit.*, pag. 117.

puedan ejercer formas de coacción externa o de influencia determinante en la toma de la decisión).

Esta falta de mecanismos “paternalistas” en la CE constituye un dato muy importante a la hora de pronunciarnos sobre si, por razón de tutela de la dignidad del sujeto, debe quedar excluida la renuncia unilateral en sus distintas modalidades del ámbito de libre actuación del titular de un DF.

Por su parte, BRAGE CAMAZANO¹⁴⁹ sostiene, citando doctrina alemana, que un límite a un DF es toda exclusión jurídica de una determinada conducta, situación o posición jurídica, incluida *a priori* en el “tipo” de un DF, del ámbito definitivamente protegido de tal derecho. Y esos casos de exclusión del tipo hay acuerdo en que han de ser *excepcionales*, pues de lo contrario se desvirtuaría la naturaleza misma del derecho. A su juicio, **“el único parámetro para saber si la afectación, intervención o injerencia en el DF es o no admisible, es la propia Constitución, porque si los DF son derechos protegidos al máximo nivel normativo por el Texto Básico, cualquier limitación a los mismos habrá de encontrar también en él su base, pues lo contrario podría conducir a dejar convertidos los DF por él proclamados en mero papel mojado”**¹⁵⁰.

Más adelante el mismo autor sostiene¹⁵¹ que *no existen límites generales al ejercicio de los DF*, es decir, límites que se impongan al ejercicio de *todos* los DF *en todo caso*. Es más, afirma, ni siquiera puede aceptarse que los “bienes constitucionales” sean un límite general a los DF porque, en tal enunciación, estamos ante un límite demasiado genérico y que nada dice. Respecto de los “valores superiores” del art.1 CE sólo admite que podría cada uno de ellos restringir *algún aspecto de un determinado DF*, pero *no de forma general*.

Lo mismo sostiene el autor citado respecto del “abuso del derecho” y la “buena fe”, que carecen de rango constitucional y sólo por ello no pueden operar como límites a los DF¹⁵². Exactamente igual sucede a su juicio respecto de los valores contenidos en el art. 10.1 CE, con el “interés general” o con el “orden público”. Y afirma (pag. 302): “... *Si un bien o derecho constitucional pretende erigirse en límite a un DF, aparte de otros*

¹⁴⁹ BRAGE CAMAZANO, *ob.cit.*, pag. 78-79.

¹⁵⁰ En esta dirección, NOGUEIRA, H. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, 2003, pag. 255-256, quien sostiene que las limitaciones a los DF deben derivarse de la propia Constitución, explícita o implícitamente, directa o indirectamente, y se justifica sólo por la necesidad de proteger otros DF u otros bienes constitucionalmente protegidos, debiendo ser en todo caso interpretadas restrictivamente. También, DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C., *Derechos fundamentales y libertades públicas*, Ed. Tirant lo Blanch, valencia, 2003, pag. 73-74.

¹⁵¹ BRAGE CAMAZANO, *ob.cit.*, pag. 297 ss.

¹⁵² En contra, BALAGUER CALLEJÓN, CAMARA VILLAR, *Manual de Derecho Constitucional ...cit.*, pag.64-67, quienes, dentro de la distinción entre límites intrínsecos y límites extrínsecos, incluyen entre los primeros la necesidad de ejercitar los derechos de buena fe y sin abuso, pues consideran que son cláusulas generales operantes en toda relación jurídica, aunque mantienen en general una visión restrictiva en general de los límites a los derechos fundamentales.

requisitos que ahora no interesan, habrá de someterse a un riguroso control jurídico acerca de su idoneidad para restringir el concreto aspecto del DF también concreto de que en cada caso se trate”.

Además, como ha sido dicho¹⁵³, el concepto de dignidad humana no se ha mostrado en todos los casos como ese límite infranqueable a la acción limitadora del Estado en relación con los derechos fundamentales, y de hecho el propio Tribunal Constitucional ha dudado en ocasiones sobre lo que exige la dignidad humana.

Por su parte, y siguiendo con la doctrina constitucionalista sobre los límites a los DF, VILLAVERDE MENÉNDEZ¹⁵⁴ distingue entre *delimitación* y *limitación* de los DF. La primera concierne a la fijación de quiénes sean sus titulares, su objeto, su contenido y también sus límites en sentido propio. La segunda trata de esclarecer, no lo que sea el DF, sino *justamente lo que no es DF*. La delimitación por la Constitución supone establecer un “límite interno” o *límites derivados de su coexistencia con los demás DF*, y que impone la exclusión de determinadas expectativas de conducta que en ningún caso gozarán de la protección constitucional. Se trata de restricciones por razón de los sujetos titulares, del contenido o de su objeto, que implican privaciones de garantía constitucional a determinadas expectativas. Se afirma por el autor citado¹⁵⁵ que ningún DF es ilimitado, porque todos están sujetos a límites inmanentes derivados de su coexistencia con otras normas constitucionales. Para el mismo, *no existen límites inmanentes, implícitos o inherentes por definición a los DF, latentes en la naturaleza de las cosas*. En concreto, el autor pone el ejemplo del art. 21.1 CE sobre derecho de reunión o manifestación, y señala que no es posible que este derecho de reunión esté limitado por la “moral pública” (impidiendo por ej. una reunión o manifestación nudista): la moral no es un límite inmanente ni un límite positivo de ese DF.

En esta dirección, y trasladando estas ideas al campo de la renuncia en los DF, entendida como decisión deliberada de no ejercitar en un momento dado el DF, es claro que la irrenunciabilidad no puede constituir un límite inmanente de los DF, y su utilización en un momento dado por su titular no supondría en ningún caso un atentado contra la moral social.

Abundando en este asunto, debemos decir que no está suficientemente bien tratada en la doctrina la cuestión del consentimiento a la intromisión en el DF, en suma, la idea de la renuncia inherente o subyacente a ese consentimiento. Se suele hablar (especialmente, en el ámbito del derecho a la intimidad y propia imagen) de renuncia “al ejercicio” del DF o de renuncia “a facultades” de ese DF.

¹⁵³ MUÑOZ ARNAU, J.A., *Los Límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional español*, Ed. Aranzadi, Elcano, 1998, pag. 49-55

¹⁵⁴ VILLAVERDE MENÉNDEZ, en *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978* (Bastida Freijedo, Villaverde Menéndez, Requejo Rodríguez, Presno Linera, Aldez Corral y Fernández Sarasola) cit, pag.121 ss.

¹⁵⁵ VILLAVERDE MENÉNDEZ, *ob.cit.*, pag. 127 y 129.

Como ya se dijo más arriba, entendemos que esto no es adecuado. Creemos que ni lo uno ni lo otro suceden de ese modo. No se renuncia al ejercicio cuando se consiente (de hecho, *hay autores que dicen que eso es justamente “ejercicio” del derecho mismo*, aunque esto último tampoco es del todo convincente, aun cuando sí es bastante gráfico y expresivo). La renuncia no es una forma de ejercicio, salvo a lo sumo cuando se cede la imagen a cambio de dinero, y ni siquiera en este caso, porque el sujeto no adopta una conducta activa de tutela o garantía de su derecho frente a otro u otros. Por ello, no vemos que se pueda distinguir entre titularidad y ejercicio del derecho, como sucede en el ámbito civil, por ejemplo, con la patria potestad (art. 156 CC).

Tampoco se renuncia a “facultades”. La pregunta sería: ¿a qué concretas facultades? Entonces, ¿esas “facultades” se pierden, se desmiembran o se desprenden del derecho mismo? No lo creemos. Ni siquiera aunque se hable de desprendimiento parcial. Probablemente estamos ante un cierto prejuicio, derivado de la tradicional conexión entre disposición y renuncia (entre indisponibilidad e irrenunciabilidad, que seguramente, como ya se dijo más arriba, son dos cosas distintas e independientes, que van por caminos diferentes, y no tienen por qué tocarse o conectarse entre sí).

Entendemos preferible decir que, cuando se autoriza o consiente la intromisión de otro, hay *una renuncia “ad hoc”*, es decir, *para ese caso*.

El DF ofrece *infinitas* situaciones imaginables en las que un sujeto puede ejercitar su derecho. Cuando autoriza a un tercero a entrometerse en su esfera personal de actuación, en realidad renuncia “para ese caso concreto”. De ahí que sea muy frecuente decir, como hace la doctrina en materia de derecho a la intimidad e imagen, que se debe tratar siempre de un consentimiento de carácter temporal, y con un destinatario o beneficiario concreto. Eso es lo que queremos decir con renuncia “ad hoc”. *El derecho no se pierde, ni tampoco lo hacen las facultades inherentes a ese derecho*: simplemente se decide no actuar en ese caso concreto, renunciar a ejercitar o reclamar la tutela del Derecho en ese momento y esas circunstancias concretas, pero pudiendo hacer lo contrario en otras situaciones idénticas o similares, o en otros momentos distintos.

3.1.3.- Renuncia a los derechos fundamentales y contenido esencial. Revocabilidad de la renuncia y contenido esencial:

Hemos visto cómo es tradicional en la doctrina civilista sobre derechos de la personalidad afirmar como característica típica de los mismos su irrenunciabilidad. Ello obliga plantear a la vez dos cuestiones, contrarias la una de la otra. La primera, la de si ahora, en la doctrina constitucionalista, es posible mantener esa irrenunciabilidad respecto de los derechos fundamentales, o si su defensa puede chocar frontalmente contra la exigencia de respeto al contenido esencial de los DF. La segunda, ahora en sentido contrario, la de si el estudio de la doctrina sobre contenido esencial de estos derechos obliga también, a

preguntarse hasta qué punto la imposición de restricciones legales a la renunciabilidad total o parcial de los DF (como v.gr. pudiera suceder con los límites del art. 6.2 del Código civil) puede estar afectando al contenido esencial de los mismos.

Estas son las cuestiones que debemos analizar y responder en este apartado.

Desde la perspectiva del *principio de libertad* (de autonomía privada, en términos más iusprivatistas), parece razonable admitir que la renuncia al ejercicio puntual de un DF constituye *una de las opciones posibles en el titular de ese concreto derecho subjetivo constitucional, de las que el legislador ordinario no puede prescindir*, o a las que el juzgador debe atender como una posible alternativa al ejercicio del concreto DF, por lo que las limitaciones legales a la renuncia, deben ser las mínimas posibles, al poder hipotéticamente afectar de lleno a su contenido esencial.

Ello nos obliga a analizar con cierto detenimiento lo que deba entenderse en la doctrina y la jurisprudencia constitucionales por “contenido esencial” y en qué medida la facultad de renuncia se podría integrar dentro de dicho contenido.

Es sabido que desde la STC de 11/1981, de 8 de abril, existen dos formas de definir o delimitar lo que sea el contenido esencial de un DF, en la expresión utilizada por el art. 53 CE. La primera consiste, en palabras del TC, en acudir a lo que suele llamarse la naturaleza jurídica o el modo de concebir cada derecho, lo que remite al tipo abstracto del derecho que permite su reconocibilidad respecto de otros derechos, siendo el contenido esencial aquellas facultades de actuación necesarias para que ese derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito. La segunda forma de definir el contenido esencial consiste en tratar de buscar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo o médula de los derechos subjetivos, es decir, aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que esos intereses protegibles resulten real, concreta y efectivamente protegidos.

Desde esta perspectiva, se ha dicho por la doctrina mayoritaria, siguiendo una concepción absoluta de lo que sea contenido esencial, que resultará ilegítima cualquier disposición limitadora que, aun cuando cuente con buenas razones, llegue a dañar ese contenido esencial¹⁵⁶. Frente a esta concepción, la llamada concepción relativa considera que se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

Trasladado el problema al campo que estamos analizando, la primera cuestión es, por tanto, si es posible, y de serlo, en qué circunstancias y con qué condiciones, imponer la irrenunciabilidad total o la irrenunciabilidad en determinadas situaciones, sin por ello afectar al contenido esencial del derecho.

¹⁵⁶ Vid. doctrina citada por BRAGE CAMAZANO, *ob. cit.*, pag. 398

Es muy posible que ello sólo pueda ser viable cuando la renuncia suponga la desaparición misma del derecho, o cuando se imponga por el legislador la irrenunciabilidad en aras de un bien o principio general superior del ordenamiento jurídico, o cuando repercuta en otros DF directamente (no ya indirectamente).

LOPEZ AGUILAR¹⁵⁷ plantea también la necesidad de distinguir lo que sería la garantía institucional de un determinado DF con su contenido esencial, cobrando interés esta distinción en cuanto a una eventual modulación empírica del alcance normador de tal DF, hasta el punto de que se podría plantear si resulta o no renunciable el ejercicio o disfrute de un determinado efecto del DF en una situación concreta.

No parece sin embargo que la renuncia unilateral a un DF tenga propiamente relación con la garantía institucional de ese concreto derecho, en cuanto que no se estaría afectando propiamente a su reconocimiento constitucional. Es más bien en la delimitación de cuál sea el contenido esencial de cada DF donde sí podría jugar, acaso, la cuestión de la renuncia al mismo, y la imposición de una irrenunciabilidad del derecho.

Lo que sucede es que, como admite el propio LOPEZ AGUILAR, y ratifica prácticamente toda la doctrina constitucionalista, *el contenido esencial guarda una estrecha conexión con la tutela de otros DF (o libertades públicas)*, de modo que los posibles límites a ese derecho concreto deben venir de que se respete o no, de modo directo o indirecto, otro posible DF que estaría o podría estar afectado.

En consecuencia, *de ser cierta la afirmación anterior, se descartaría por sí solo que el límite consistente en el “contenido esencial” del DF pueda conllevar una posible irrenunciabilidad de dicho DF, entendida la renuncia como acto unilateral, y no bilateral o negocial, dado que en la unilateral no se percibe nunca o casi nunca la posible lesión de otro DF de otro sujeto.*

En este sentido, como ha sido dicho¹⁵⁸, la concepción del contenido esencial, sea cual sea la que se tenga, a la postre obliga a valorar de nuevo el mismo *en una situación de conflicto del DF con otro DF, o con otro bien constitucionalmente protegido*, lo que supone de hecho excluir de su campo la problemática de la renuncia unilateral a los DF¹⁵⁹.

Al margen de lo anterior, en todo caso, siguiendo a NARANJO DE LA CRUZ¹⁶⁰, se tratará con el contenido esencial de determinar, dentro de las posibilidades que se le

¹⁵⁷ LOPEZ AGUILAR, J.F., *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pag. 43-44.

¹⁵⁸ NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, pag. 140 ss.

¹⁵⁹ En esta misma dirección, BALDASSARRE, A., *Diritti della persona e valori costituzionali*. Ed. G. Giappichelli, Torino, 1997, pag. 96-97 considera que el “contenido esencial” puede ser considerado un concepto relativo, que se expresa en el sentido de que un derecho fundamental no puede ser restringido sino en base a valores primarios y a través de límites que, respecto a la tutela de estos valores, son necesarios, indispensables y no excesivos.

¹⁶⁰ NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites ... cit.*, pag. 143-144.

ofrecen a su titular, cuántas de estas posibilidades habría taponado el legislador a través de la ley correspondiente, y si no se lograría el fin para el que fue concedido el DF en esa concreta posibilidad analizada. De acuerdo con ello, ¿estará la facultad de renuncia o de no ejercicio dentro de esas posibilidades sin las que no se conseguiría el fin para el que fue concedido el DF?

Al respecto, debe tenerse en cuenta, a juicio de la doctrina, el juego de la dignidad dentro del contenido esencial¹⁶¹.

En relación a esta cuestión, y las conexiones entre dignidad y libertad, es interesante la posición de GÓMEZ MONTORO¹⁶², quien se ha planteado si el valor dignidad se encuentra embebido en el valor libertad en cuanto el mismo debe reconducir en su totalidad hacia la autonomía individual, o si incluye *algo más*. La conclusión a la que llega (a partir del ejemplo de la protección o no de la posición del sujeto afectado, en las prácticas del llamado “lanzamiento del enano” en Francia) es que sustituir la dignidad de la persona por la autonomía personal, como es tendencia creciente a nivel internacional, conlleva riesgos para los propios valores que subyacen a la visión constitucional de la persona y sus relaciones con los demás, y el peligro de convertir todo lo que no puede o debe prohibirse en un derecho humano. A la postre, el autor considera que la dignidad resulta *algo más* que la libertad o autonomía, y que no puede acogerse la postura cómoda de dejar en manos exclusivas del sujeto la decisión de actuar conforme a su voluntad e interés, debiendo existir algo más allá, que vendría dado por el valor de la dignidad¹⁶³.

Lo cierto sin embargo es que esta posición, aun siendo razonable en principio, choca con *la imposibilidad de determinar cuál sería ese límite derivado de la dignidad que no encuentra cabida en la libertad y el libre desarrollo del sujeto titular del DF*, al resultar una posición excesivamente *etérea y generadora de grave inseguridad jurídica*, y al final, profundamente *subjetiva*, en cuanto a la misma subyace seguramente una determinada posición ideológica¹⁶⁴. Pero además, esa imposibilidad resulta ser aún mayor en los actos

¹⁶¹ Vid. BRAGE CAMAZANO, *ob. cit.*, pag. 405; NARANJO DE LA CRUZ, *ob. cit.*, p.144

¹⁶² GOMEZ MONTORO. A.J., “¿De qué hablamos cuando hablamos de dignidad”, en *La Constitución de los españoles. Estudios en homenaje a Juan José Solozábal Echavarría*, Ed. CEPC, Madrid, 2019, pag. 539 ss.

¹⁶³ A este respecto, OEHLING DE LOS REYES, A., “El concepto constitucional de dignidad de la persona: Forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 91, enero-abril 2011, pag. 135 ss., recogiendo ideas de la jurisprudencia del BVerfG alemán, afirma que la dignidad es no sólo un derecho fundamental, sino que concreta todos los demás derechos fundamentales.

¹⁶⁴ A este respecto, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 102, septiembre-diciembre 2014, pag. 167 ss., habla del uso maximalista que se viene haciendo del concepto de dignidad, considera que la dignidad no suele servir prácticamente nunca como criterio resolutorio de conflictos en la jurisprudencia constitucional, y propone evitar el arbitrio que conllevaría el recurso a dicho concepto en la práctica, y aunque sugiere cinco posibilidades de uso de la exigencia de dignidad, a la postre reconoce que todas ellas presentan problemas y críticas.

de renuncia unilateral, donde el juego de la idea de “dignidad” como freno o tope a su licitud es mucho menor, de hecho inexistente, en comparación con las renunciaciones bilaterales o plurilaterales.

En esta dirección, MUÑOZ ARNAU¹⁶⁵ ha dicho, en relación al juego de la dignidad en este ámbito, que la interpretación y enriquecimiento del contenido esencial debe ser *conforme con la idea de libertad*¹⁶⁶.

Sobre la dignidad como límite, HABERLE¹⁶⁷, tras afirmar que el Estado constitucional realiza la dignidad humana haciendo a los ciudadanos *sujetos* de su actuación, ha dicho que en ella se concibe de entrada también la relación con *el tú*. De ese modo, el límite de la dignidad se coloca en las relaciones intersubjetivas, en la comparación con otro con igual dignidad. Ello indudablemente choca con la dignidad como un posible límite a la renuncia, si se piensa en ésta como un acto unilateral, al no percibirse nunca o prácticamente nunca en esta última otro sujeto que sirva de contraste al renunciante¹⁶⁸.

Por lo demás, procede traer a colación en este punto que el contenido esencial del DF debe ser entendido en general como un límite absoluto *destinado al legislador y los poderes públicos en general*, de tal suerte que habría que preguntarse si la irrenunciabilidad de un concreto DF entraría dentro del contenido esencial *de todo derecho fundamental*.

La respuesta parece que debería ser obviamente *negativa*, en cuanto, *de admitirse de manera genérica respecto de todos los DF, estaríamos desvirtuando la efectividad de la garantía constitucional otorgada a tales derechos*. Así, como ha señalado VILLAVERDE MENÉNDEZ¹⁶⁹, si el límite impuesto al DF afecta a su contenido

¹⁶⁵ MUÑOZ ARNAU, J.A., *Algunas cuestiones sobre el desarrollo de la Constitución Española de 1978*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2014, pag. 92-93.

¹⁶⁶ En esta misma dirección, SANCHO LÓPEZ, M., *Derecho al olvido y Big Data: dos realidades convergentes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pag. 180, recuerda que el propio Tribunal Constitucional ha admitido que *“la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”* (STC 53/1985 de 11 de abril), lo que la lleva a afirmar que *“...no sólo existe una indudable conexión entre la dignidad y la autodeterminación personal, sino que la concepción moral de los derechos de la persona viene dada por la consideración del derecho de libertad como vehículo para alcanzar la dignidad”*.

¹⁶⁷ HABERLE, P., *El Estado constitucional*, trad. De Héctor Fix-Hierro, Univ. Autónoma de México, México, 2001, pag. 171-172.

¹⁶⁸ Sobre las conexiones entre dignidad y libertad, en relación a los derechos a la intimidad, vid. GARCIA GARCIA, C., *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Ed. Universidad de Murcia, 2003, pag. 52 ss.

¹⁶⁹ VILLAVERDE MENÉNDEZ, ob.cit., pag. 133-134.

esencial, en realidad no se está limitando el derecho, sino suprimiéndolo o privando a su titular de su disfrute.

Este mismo autor¹⁷⁰ se refiere en un momento de su exposición a la doctrina más antigua del TC que entiende el contenido esencial como un mínimo *irrenunciable* e ilimitable de todo DF, lo cual podría llevarnos a pensar en que la facultad misma de renuncia parcial o puntual a ejercitar un concreto DF podría estar vetada en la medida en que se podría afectar a ese “mínimo irrenunciable”.

Sin embargo, frente a ello, es claro que decir que el contenido esencial constituye un mínimo “irrenunciable” no significa en modo alguno que sea imposible cualquier acto de renuncia o de no ejercicio puntual de un DF, ni guarda relación con la tradicional doctrina de la irrenunciabilidad de los derechos de la personalidad o de los derechos fundamentales.

Por lo tanto, muy posiblemente haya que concluir que la facultad que tiene todo titular de un DF de elegir u optar entre ejercitar el derecho y los mecanismos de garantía inherentes a él, y no ejercitarlo o renunciar puntualmente a hacerlo, no guarda a la postre ninguna conexión directa con el problema del contenido esencial de los DF referenciado en el art. 53 CE.

Así, en primer lugar, la idea clásica de irrenunciabilidad de estos derechos no constituye una manifestación del contenido esencial de estos derechos, en cuanto no supone una afectación de los intereses específicamente tutelados, ni se trata de un elemento identificador y delimitador del derecho fundamental específicamente examinado. De lo contrario, entonces la irrenunciabilidad sería *un signo identificador de todo DF*, lo que no cuadra en absoluto con la idea de lo que es el contenido esencial *de cada derecho fundamental*, pues *no podría servir para discernir un concreto DF de cualquier otro*.

Pero es que tampoco se puede decir que atente al contenido esencial *de uno cualquiera de los DF* el que se impongan más o menos cortapisas a la renunciabilidad de sus concretas manifestaciones. En principio, el hecho de que una norma legal disponga la posible irrenunciabilidad total o parcial del derecho, en el ámbito regulado por ella, no necesariamente constituirá un atentado o afectación del contenido esencial de ese derecho, en cuanto pudiera conllevar su posible inconstitucionalidad.

En esta dirección, tomando el ejemplo de la irrenunciabilidad expresamente declarada respecto de los derechos al honor, intimidad y propia imagen en el art. 1.3 de la Ley de mayo de 1982, las razones por las que una ley lo establezca pueden ser muy diversas, y ello no necesariamente afectará al contenido esencial de esos concretos DF.

No puede perderse de vista que *puede ser una norma puramente admonitoria o aclaratoria* de algo que pudiera ser hipotéticamente dudoso, a saber, que, por mucho que se puedan celebrar actos de autorización o consentimiento de intromisiones de terceros en un ámbito exclusivo del titular del DF, *el derecho genéricamente entendido persiste*

¹⁷⁰ VILLAVERDE MENÉNDEZ, ob.cit., pag. 138.

en cabeza de su titular y en ningún caso ese hipotético acto jurídico o negocio jurídico (sobre su naturaleza volveremos más abajo) puede conllevar la salida del derecho en su integridad de la esfera de su titular. De otro modo, no se entiende que, a la vez que se dice que son derechos irrenunciables, se esté permitiendo a renglón seguido (art. 1.3 de Ley Orgánica del derecho al honor) la renuncia parcial o puntual al ejercicio de las facultades propias del mismo mediante la autorización (expresa o tácita) a la intromisión.

El hecho de disponerse en una norma de forma explícita la irrenunciabilidad, puede obedecer a *múltiples razones*. Por ejemplo, podría ser una forma de describir las posibilidades de actuación del sujeto en un ámbito determinado, como sería el estrictamente civil, hasta entonces no regulado de forma expresa, pero sin que ello merme al sujeto las posibilidades de decidir el no ejercicio o abandono del derecho en una situación puntual.

Más probablemente, pudo obedecer igualmente al reconocimiento, por vez primera en el Derecho español, de *la resarcibilidad por daño moral de cualquier lesión de estos derechos*, para lo cual se hacía imprescindible reconocer que son derechos irrenunciables, de modo que no sea factible en ningún caso, por si había alguna duda, la posibilidad de *pactar* la renuncia total al derecho, a cambio de un precio u otras contraprestaciones, o incluso de forma gratuita (fuera de los casos de autorización puntual a la intromisión o supuestos especiales por razón de interés general), en aquellos ámbitos en los que sería imaginable que los ciudadanos pudieran llegar a acuerdos. En definitiva, la irrenunciabilidad consagrada en esa norma puede tener una finalidad puramente pedagógica, en cuanto aclaratoria de posibles dudas, afirmándose que en ningún caso se puede perder el derecho fundamental a pesar de haberse prestado consentimiento a la intromisión, entendido ese consentimiento como *renuncia* (normalmente *anticipada*) a su ejercicio.

En consecuencia, no se puede trazar una conexión o hilo conductor entre contenido esencial y renunciabilidad o irrenunciabilidad de uno cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

A pesar de la anterior conclusión, el que quede fuera o al margen del contenido esencial del DF la facultad de renuncia puntual al mismo, no implica que sea algo disponible por el legislador ordinario, ni modulable por el mismo, en el sentido de permitirle regularlo e imponer mediante norma legal una total irrenunciabilidad del derecho.

Aun sin formar parte del contenido esencial, todo sujeto titular de un derecho fundamental debe tener en cualquier momento a su alcance, salvo circunstancias extraordinarias, la posibilidad de elegir entre accionar o no accionar la propia pretensión, entre solicitar la adopción de medidas de tutela de su derecho, en vía judicial o extrajudicial, o de no hacerlo. Lo contrario implicaría *una obligación* imperativa de ejercitar el derecho en una determinada dirección, lo que sin duda no puede estar en la base del reconocimiento constitucional del mismo, al máximo nivel.

Como ha sido dicho¹⁷¹, para el TC el contenido esencial del DF termina por ser el que le da la Constitución interpretado su enunciado junto con el resto de las normas constitucionales. Así pues, el contenido esencial de un DF es su titularidad (quién disfruta del derecho), su objeto (el conjunto de expectativas de conducta que se cobijan en la garantía iusfundamental), su contenido en sentido técnico (el haz de facultades y poderes jurídicos que son necesarios para que el conjunto de expectativas puedan ser efectivamente realizadas) y, claro está, los límites internos y las habilitaciones para la creación de límites externos. En suma, el contenido esencial de un DF es el resultado de su delimitación.

Visto lo anterior, *desde la óptica de los dos modos de entender lo que sea el contenido esencial de un DF, según la doctrina clásica del TC* (facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible, o intereses jurídicamente protegidos como núcleo del derecho), *resulta muy difícil, si no imposible, que la facultad de renuncia total o parcial pueda ser considerada como contenido esencial de cualquier DF*. Por el contrario, parece que se integra más bien *en el contenido típico de todo derecho* el permitir la opción entre ejercitar o no ejercitar el derecho en una situación dada (o prever de antemano su no ejercicio), pero sin que ello afecte propiamente ni necesariamente a su contenido esencial.

Como antes se ha avanzado, en la renuncia unilateral, por su propia esencia, no se ve afectado otro derecho fundamental correlativo, ni siquiera aunque como consecuencia de aquella se obtenga por otro sujeto una cierta autorización o facultad de intromisión, sino que la posible restricción que pudiera derivarse de un mandato constitucional *implícito* de ilicitud o inconstitucionalidad de la renuncia, por razón de tutela de la dignidad del sujeto mismo, sólo puede guardar relación con los límites internos del derecho, en cuanto a una exigencia de protección adicional del propio sujeto titular del DF frente a su propia decisión de exclusión, abandono o no ejercicio de su derecho.

Nos referimos a que ni la garantía institucional ni la tutela del contenido esencial del DF estarían detrás de una posible antijuridicidad de la renuncia unilateral a un DF. A falta de un mandato específico en la CE (que no existe respecto de ningún derecho fundamental, ni siquiera del derecho a la vida o la integridad física), debería haber una valoración de que la renuncia al DF concreto no debe ser admitida, en cuanto presuntamente afectaría o podría afectar de lleno a la base originaria que supone el principio de dignidad personal.

Lo que sucede es que, a continuación, esa remisión a la dignidad como fundamento de la irrenunciabilidad del concreto DF *chocaría al mismo tiempo con el otro principio básico del “libre desarrollo de la personalidad”* al entenderse la renuncia unilateral (especialmente ésta, más que la bilateral) como un acto de ejercicio de esa libre elección subyacente al principio citado, el cual no puede reducirse sólo a la elección entre uno u otro modo de ejercicio *-positivo-* del DF, sino que incluye por fuerza la opción por el

¹⁷¹ VILLAVERDE MENÉNDEZ, ob.cit., pag. 139 y 140.

ejercicio *negativo* o no ejercicio o abandono del mismo, en una situación concreta, o su total derelicción.

No obstante, habría que preguntarse si la idea que hasta ahora se tiene del respeto al “contenido esencial” no debería ser reconsiderada, a la luz de los problemas subyacentes a la renuncia de DF, hasta ahora no suficientemente examinados. Dicho de otro modo, se trataría de replantearse o repensar lo que deba entenderse por ese contenido esencial, por si hubiera que ampliarlo hasta el punto de considerar contraria a la Constitución la posibilidad de renuncia (siempre unilateral) del derecho mismo, como modo de tutela del sujeto mismo.

A este respecto, la tutela predicable de todo DF se podía convertir en un auténtico “tutelaje” del sujeto y de la conducta del mismo, si se le privaría a éste de la opción -que siempre estará a su alcance en abstracto- de no ejercitar el derecho, o de abandonar totalmente, no sólo su ejercicio, sino el derecho mismo¹⁷².

A este respecto, como dice LÓPEZ AGUILAR¹⁷³, *la garantía constitucional del pluralismo* como valor superior del ordenamiento jurídico, comporta *la proyección de ese valor sobre la concreción normativa del “contenido esencial”* de los DF y LP, *lo que lleva a una pluralidad de concreciones legítimas de lo que sea ese contenido esencial del derecho o libertad*. Ello puede llevar justamente -pensamos nosotros- a acoger la plena conformidad con el mismo de cualquier acto de renuncia unilateral libre al ejercicio puntual o a la manifestación concreta del ese determinado DF.

No jugaría aquí tampoco la idea de “orden público”, como límite a la renunciabilidad de los DF, por cuanto, como dice el propio LÓPEZ AGUILAR¹⁷⁴, *el orden público no es una cláusula ajena a las nociones de dignidad y de libre desarrollo de la personalidad* del art. 10.1 CE. No se puede olvidar además que es idea generalmente aceptada doctrinalmente que son los DF los que ayudan a delimitar lo que sea orden público, pero no a la inversa.

No obstante, el propio autor citado¹⁷⁵ considera que no se deben excluir del “saco conceptual” aquellas proposiciones que atañen al perfil del contenido esencial de los DF y LP, y que se relacionan con la delimitación y determinación de las condiciones legítimas de ejercicio y disfrute de los derechos, pudiéndose plantear, entre ellas, las de renuncia *negocial* al ejercicio o al pleno disfrute de las facultades ínsitas a un DF y LP, o la

¹⁷² Es obvio que esta opción del abandono del derecho mismo, en su integridad y de manera definitiva e irremisible, sólo es concebible respecto del derecho a la vida, o a lo sumo, en situaciones extremas de renuncia a la integridad física o la libertad personal de su titular, no en los demás DF, que por su propia esencia, deben acompañar al sujeto mientras se encuentre vivo. Sobre ello se vuelve más adelante.

¹⁷³ LOPEZ AGUILAR, *ob.cit.*, pag. 59-60.

¹⁷⁴ LOPEZ AGUILAR, *ob.cit.*, pag. 73..

¹⁷⁵ LOPEZ AGUILAR, *ob.cit.*, pag. 111-112.

negación *negocial* de un derecho o ámbito de libertad, o la renuncia a su eventual accionabilidad ante la jurisdicción *como cláusula* adjetiva de la definición de una determinada relación *negocial* entre particulares.

Sin embargo, creemos que el autor mezcla lo que sería la indisponibilidad de los DF con su irrenunciabilidad, más exactamente, mezcla y confunde la posible licitud o ilicitud de los *pactos* en los que el titular del DF configura la posible renuncia con otras contraprestaciones a cargo del otro sujeto contratante, con la hipótesis de una decisión aislada e independiente de dicho titular de no querer ejercitar el derecho, sin ningún tipo de condicionante ni beneficio correlativo. Lo hace hasta el punto de plantearse si los DF pueden disociarse de un mínimo de dignidad personal, en cuanto parece equiparar una cosa con la otra, cuando seguramente deben ser disociadas.

En este sentido, es evidente que la tradicional afirmación de la “irrenunciabilidad” del DF se encuentra transida de un planteamiento erróneo, o al menos oscuro e inadecuado en su base, por cuanto se piensa en *situaciones fundamentalmente referidas a acuerdos o pactos de renuncia* a un ejercicio puntual del DF, o pactos de renuncia a determinadas facultades o manifestaciones del mismo, *con una contraprestación más o menos explícita*. Pero es evidente que no existe un verdadero planteamiento a fondo de la renuncia unilateral del titular, fuera de un pacto o negocio, y sin contraprestación alguna, como expresión de una decisión libre y meditada.

Ello debe ser así al margen de que socialmente se pudiera considerar como una opción mayoritariamente equivocada. En este ámbito, el juego de las concepciones sociales debe tener muy poco juego, porque de otro modo quedaría afectada de lleno la libertad de elección de que dispone el sujeto titular del DF.

3.1.4.- La doctrina general sobre la *Drittwirkung*. Su relevancia para las decisiones unilaterales en el ejercicio (o no ejercicio) de los derechos fundamentales:

Como antes se avanzaba, la admisibilidad o inadmisibilidad de las distintas formas de renuncia a los DF guarda también o puede guardar relación con la cuestión de la *Drittwirkung* o eficacia directa o indirecta de los DF en las relaciones entre particulares. Es decir, conviene ahora examinar hasta qué punto el hecho de defender que los DF tienen trascendencia más allá de las relaciones con los poderes públicos, y de que por tanto se vuelca su eficacia también en las relaciones entre particulares, puede condicionar la admisión de la renuncia a los DF en las modalidades señaladas más arriba, en especial en cuanto a negar la vía de la renuncia, imponiendo la irrenunciabilidad general en el ámbito puramente privado.

Esta idea puede guardar relación también con la tradicional doctrina civilista de la irrenunciabilidad e *indisponibilidad* de los llamados derechos de la personalidad, examinada más arriba, en cuanto que se pueda llegar a esa irrenunciabilidad al trasladar

la efectividad de los derechos fundamentales a las relaciones estrictamente privadas, donde por tanto podría no ser viable la renuncia en cualquiera de sus formas.

Sin embargo, esta última consideración debe ser desde el inicio puesta en tela de juicio, ya que, como en su momento se vio, la idea de la doctrina clásica sobre la irrenunciabilidad de los llamados derechos de la personalidad carecía de un entronque o fundamento constitucional, y se basaba en buena medida en apriorismos, derivados seguramente del tradicional *carácter absoluto* de los derechos de la personalidad, y de *su inherencia a la persona*, lo que llevaría a excluir la disposición y, por ende, la renuncia. Incluso se mantenía que la irrenunciabilidad era una suerte de apéndice de la indisponibilidad, lo que en su momento también pusimos en tela de juicio; pero en todo caso sin que ello tuviese un respaldo o fundamento constitucional.

Centrándonos ya en la doctrina sobre la *Drittwirkung*, esto es, sobre la aplicación de los derechos fundamentales y principios constitucionales a las relaciones entre particulares, dicha doctrina parte de la idea, expresada por LOPEZ AGUILAR¹⁷⁶, de que el art. 10.1 CE, donde se recogen los principios de dignidad y libertad como necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, eleva dichos principios a la categoría de “*fundamento del orden jurídico y de la paz social*”, por lo que obliga a plantearnos su juego no limitadamente a ser esgrimidos frente o contra el Estado, sino también en las relaciones privadas.

Son muy diversas las posiciones, y muy difíciles de delimitar y exponer, centrándose los autores en la defensa de una eficacia inmediata, unos, o de sólo una eficacia mediata, otros. En general, en los últimos tiempos, aunque ha habido una tendencia clara hacia la eficacia directa, se han venido produciendo matizaciones importantes a la *Drittwirkung* inmediata, cuando no una defensa abierta de la eficacia mediata o indirecta.

Así, BALAGUER CALLEJÓN Y CAMARA VILLAR¹⁷⁷ han defendido que, siendo los DF elementos esenciales del ordenamiento jurídico, han de tener operatividad en el derecho común *funcionando como principios o cláusulas generales* que influyen y modulan a los principios y reglas que rigen las relaciones *inter privados* y a su vez, esos principios también influyen en el despliegue concreto en las relaciones del derecho fundamental de que se trate.

Algunos autores, como ALFARO AGUILA-REAL¹⁷⁸, citando a NIPERDEY, exponen la crítica a la DW inmediata, considerando que una sociedad libre tiene como correlato un

¹⁷⁶ LÓPEZ AGUILAR, *ob.cit.*, pag. 19.

¹⁷⁷ BALAGUER CALLEJÓN Y CAMARA VILLAR, y OTROS, *Manual de Derecho Constitucional, Vol. II, Derechos y libertades fundamentales, deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales*, ed. Tecnos, 5ª edic., Madrid, 2010, pag. 63.

¹⁷⁸ ALFARO AGUILA.-REAL, J., “Autonomía de la voluntad y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, año 1993 vol 1, pag. 61-62.

sistema jurídico-privado basado en que *las decisiones individuales no necesitan justificarse* (valen porque son queridas, aunque sean absurdas o injustas).

Desde esta perspectiva, aun cuando podría ser dudosa en su traslación a los posibles pactos limitadores de sus derechos, ya que en ellos podría entrar en juego el mismo u otro DF, del que sería titular un sujeto diferente del renunciante (o bien entrar en juego otros bienes constitucionalmente protegidos), la conclusión sería muy clara respecto de su aplicación a las *renuncias unilaterales*. En este sentido, parecería evidente que el Estado no debe inmiscuirse en esas decisiones puramente individuales, al ser manifestaciones palmarias del derecho al libre desarrollo de la personalidad. A continuación, dicho autor plantea el tema de la eficacia de los DF en las relaciones privadas como *un problema de "colisión de derechos"* de los que serían titulares dos sujetos distintos.

Esta última idea viene a ser una constante en la doctrina, la cual incide igualmente en que la disputa sobre la posible eficacia de los DF en las relaciones privadas *se centra siempre justamente en relaciones bilaterales o plurilaterales*¹⁷⁹, especialmente en las relaciones contractuales¹⁸⁰, siendo en ellas donde puede surgir el conflicto y por tanto la prevalencia o no de los DF y su protección constitucional frente a otro u otros sujetos, titulares a su vez de intereses o derechos dignos de protección¹⁸¹.

Por su parte, VENEGAS GRAU¹⁸², en trabajo muy correcto, adopta una posición de acercamiento y no diferenciación real entre la doctrina de la *Drittwirkung* directa y la

¹⁷⁹ En esta dirección, vid. BILBAO UBILLOS, J.M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pag. 3721 ss., con examen de las tesis de ALFARO.

A lo sumo, como ha sostenido BIDART CAMPOS, G.J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, 1995, pag. 157, desde una perspectiva favorable a la eficacia directa, el juego de la *Drittwirkung* afectará al vínculo entre el titular de un derecho constitucional y el sujeto pasivo que debe cumplir la obligación frente a él. Ello obviamente en la medida en que ese DF pueda tener una manifestación en la que haya esa *relación o vínculo concreto*, lo que de nuevo parece muy difícil de percibir en un acto de renuncia unilateral.

¹⁸⁰ Al respecto, centrando su análisis de la *Drittwirkung* en el ámbito puramente contractual, BLANCAS BUSTAMANTE, C., *Derechos fundamentales de la persona y relaciones de trabajo*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 2009, pag. 30 ss.

¹⁸¹ Así, BALAGUER CALLEJON, CAMARA VILLAR, *Manual de Derecho constitucional... cit.*, pag. 64, para quienes la vinculación de los DF respecto de particulares concierne a un contexto en el que intervienen dos sujetos titulares de derechos fundamentales.

También CRUZ VILLALÓN, P., "Derechos fundamentales y Derecho Privado", en el libro *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 1999, pag. 224.

Igualmente, vid. DE VEGA GARCÍA, P., "En torno al problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales", en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Ed. Tecnos, 1997, pag. 339 ss., quien incluso defiende la eficacia inmediata, al existir diversos derechos constitucionales (derecho a la información veraz, derecho de huelga, libertad de cátedra), en los que se produce colisión en las relaciones entre particulares, con lo que ratifica la idea de que la *Drittwirkung* es un problema de concurrencia de derechos o de colisión entre los derechos de dos o más particulares.

¹⁸² VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pag. 112-113, 134, 157 y 206.

indirecta, pero examina siempre la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito privado desde una perspectiva de conflicto o colisión entre dos derechos fundamentales de los dos sujetos en disputa, lo que remite de nuevo a un ámbito netamente contractual o de pactos entre dos sujetos. Ello es así al centrarse la autora en el principio clásico de autonomía de la voluntad entendido como respeto del legislador a aquello a lo que se hubieran vinculado entre sí dos (o más) personas, dejando de lado las manifestaciones de autonomía relativa a actos unilaterales como la renuncia de derechos. No obstante, parece referirse en otro momento¹⁸³ a si el ordenamiento debe permitir al titular de un DF limitar mediante actos de autonomía privada sus propios derechos, lo que indicaría una referencia a las renunciaciones puntuales a los mismos, y llega a la conclusión respecto de la renuncia a la protección de un derecho fundamental y del mandato de protección que corresponde al Estado sobre dichos derechos, que difícilmente puede justificarse la intervención del Estado frente a la decisión del individuo de renunciar, protegiéndolo frente a sí mismo.

Incluso en Alemania, FLUME ha dicho de forma explícita, en relación justamente con la *Drittwirkung*, que en el campo de la autonomía privada, el individuo puede adoptar regulaciones jurídico negociales exclusivamente para sí y su propio patrimonio, siendo el sujeto el único que resultará afectada por esa regulación, de modo que en la misma no se presentarán problemas de vigencia o aplicabilidad de los derechos fundamentales. Señala sin embargo el autor citado que eso sí ocurrirá cuando haya una actuación bilateral, en donde el poder negocial del sujeto se doblegue o pueda doblegarse ante el poder del otro¹⁸⁴.

Así las cosas, es de nuevo evidente que *esta idea de la colisión de derechos resulta difícilmente trasladable a los supuestos de renuncia unilateral a un DF*¹⁸⁵. En consecuencia, parece que no deberían existir obstáculos relevantes para que un sujeto titular de cualquier DF pueda renunciar libremente al mismo, siempre de forma limitada y puntual, o parcialmente, *por cuanto en esa decisión no tendrá frente a él a otro sujeto que pueda esgrimirle otro derecho, ni haya en general motivo para limitar la eficacia de los DF por esta causa, ni por razón de tutela del sujeto frente a su propia decisión*. Ahora se vuelve sobre el tema con algo más de detenimiento.

En cambio, sigue ALFARO afirmando que, *en las relaciones entre particular y Estado*, este último debe plantearse siempre el dilema de si no interviene legitimando el resultado

¹⁸³ VENEGAS GRAU, *ob.cit.*, pag. 206-207.

¹⁸⁴ FLUME, W., *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil. Tomo segundo*, 4ª edic no modificada, traducción de J.Mª Miquel y E.Gómez calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pag. 45.

¹⁸⁵ De hecho, si se examina la jurisprudencia alemana sobre *Drittwirkung*, prácticamente en todos sus casos se ha examinado un problema de conflicto entre dos sujetos, generalmente vinculados contractualmente; a lo sumo, se ha extendido a relaciones de base asociativa, pactos matrimoniales, o excepcionalmente a cuestiones de ilícitos civiles y acciones de cesación, pero en ningún caso a actos de renuncia unilateral. . Vid. al efecto VON MUNCH, I., en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada* (Coord. Pablo Salvador Coderch), Ed. Civitas, Madrid, 1997, pag. 25-53.

de la actuación libre de los particulares, o si debe intervenir afectando a la esfera individual protegida.

Aquí sí que podría tener relevancia la garantía de los DF, en relación a la hipotética renuncia (puntual o parcial) al derecho de DF, dirigida a resolver en cada caso si para el Estado se debe considerar como irrenunciables, total o incluso parcialmente, los DF. *Pero para ello haría falta una intervención explícita del Estado, contenida y expresada en la propia Constitución, dentro de la regulación del concreto DF. De lo contrario se vulneraría el contenido típico del DF, que incluye no sólo las modalidades de tutela activa o positiva, sino también las modalidades negativas o de no ejercicio, dentro de las cuales se halla la renuncia en sus diferentes modalidades.*

Esto sin embargo no significa que la admisibilidad de las renunciaciones a DF se trate sólo de una cuestión de las relaciones entre particular y Estado/poderes públicos, ya que el propio ALFARO, a continuación¹⁸⁶ afirma que los DF vinculan a los poderes públicos como mandato para que respeten la esfera de libertad reconocida a los ciudadanos (prohibición de intervención) y a la vez como mandatos para que establezcan medios de protección eficaces (lo que lleva a pensar igualmente que las renunciaciones no entran dentro de la posibilidad de control estatal).

En esta dirección que venimos manteniendo, NARANJO DE LA CRUZ¹⁸⁷, al analizar la DW mediata, la critica porque -dice- los argumentos utilizados por esta teoría para rechazar la eficacia inmediata de los DF en las relaciones entre particulares, son únicamente aplicables a las relaciones contractuales, *no así al Derecho privado extracontractual.*

Esta afirmación, seguramente más intuitiva que correctamente fundamentada, resulta ser sin embargo de interés para el tema analizado, ya que, a pesar de ser dudoso limitar el problema de la *Drittwirkung* sólo a las relaciones contractuales, y aunque el autor citado no lo diga expresamente, en cuanto que con la expresión "*Derecho privado extracontractual*" no se refiere propiamente a actos jurídicos unilaterales tales como la renuncia, sino más bien a situaciones de carencia de vínculo jurídico previo entre dos sujetos, en buena medida viene a confirmar lo que antes hemos dicho.

Es decir, confirma de nuevo que *el problema de la DW no afecta propiamente a los supuestos aquí analizados de actos unilaterales de decisión del titular del DF de no ejercitar dicho derecho o sus facultades* en unas circunstancias o situaciones dadas, sino a otros ámbitos jurídicos, primordialmente *contractuales*, aunque *en sentido amplio habría que admitir también las relaciones plurilaterales* (v.gr., vínculos asociativos o societarios previos al acto de renuncia), o incluso *a relaciones jurídicas preexistentes fuera de lo contractual* (v.gr, las típicas relaciones de vecindad, o las relaciones entre

¹⁸⁶ ALFARO, *ob.cit.*, pag. 66.

¹⁸⁷ NARANJO DE LA CRUZ, *ob.cit.*, pag. 225.

dueños de inmuebles en una propiedad horizontal, donde existen deberes de no realizar actividades molestas, insalubres, nocivas o peligrosas)¹⁸⁸.

De hecho ALFARO¹⁸⁹ se plantea como tema crucial en materia de *Drittwirkung* el determinar cuándo el respeto por los poderes públicos a la autonomía privada conduce a una desprotección intolerable de los DF, y *a continuación enfoca el tema desde la perspectiva exclusivamente contractual*. Lo hace para referirse, por un lado, a *casos en los que alguien limita su propio DF mediante un acto de ejercicio de su libertad individual, justamente porque contrata*, y, por otro, a *casos en los que el ejercicio de la autonomía privada por un particular provoca la desprotección en su DF de un tercero, que no ha contratado pero quiere contratar*.

En el primer grupo de casos (por ej. arrendatario que contrata no casarse durante la vigencia del contrato), la alegación de nulidad por hipotética vulneración de los DF, planteada por el arrendatario, se basa en que el Ordenamiento jurídico no debe permitirle -aun cuando lo quiera y así lo manifieste- limitar mediante actos su propia autonomía (sería la regla de la irrenunciabilidad o de la inalienabilidad del derecho). Aquí se trataría según el autor de límites a la renunciabilidad o disponibilidad de los derechos, que de acuerdo con el art. 6.2 y 1255 CC se encuentran en el interés o el orden público. En suma, dice Alfaro¹⁹⁰, el problema consiste en decidir en qué medida el consentimiento del afectado excluye la “inconstitucionalidad” de la autorregulación privada, es decir, en qué medida el consentimiento es autoprotección suficiente, y por tanto si basta con que los poderes públicos garanticen la realidad de dicho consentimiento.

Así, el citado autor¹⁹¹ hace esta afirmación: “*Si el legislador se siente obligado a intervenir para proteger a alguien de sí mismo es, lógicamente, porque considera que al autolimitar de esa forma sus derechos, el particular no actuó libremente debido a un defectuoso funcionamiento de la libertad contractual*”. Como puede comprobarse por la letra negrita que hemos empleado, de nuevo el autor, *aunque habla de una regla de “irrenunciabilidad”, sin duda se refiere al ámbito contractual, y a una posible falta o defectuoso funcionamiento de la libertad contractual*, es decir, limita sus consideraciones a los contratos.

En este sentido, respecto de la renuncia unilateral como acto de autonomía privada, el problema no sería obviamente de libertad o de falta de la misma, o de defectuoso funcionamiento de las reglas de libertad contractual, sino de *defensa del sujeto frente a un planteamiento erróneo hecho por él mismo, al margen de los intereses de otro u otros sujetos*. Es decir, ello nos llevaría a lo sumo a un tema de posible eficacia o ineficacia de una renuncia anticipada de derechos futuros o de expectativas, pero difícilmente a la

¹⁸⁸ En esta dirección parecen estar GARCÍA TORRES, J., y JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, ed. Civitas, Madrid, 1986, pag.140-141.

¹⁸⁹ ALFARO, *ob.cit.*, pag. 93.

¹⁹⁰ ALFARO, *ob.cit.*, pag. 94.

¹⁹¹ ALFARO, *ob.cit.*, pag. 96.

invalidez de renunciaciones unilaterales sin contraprestaciones o sin tener un sujeto enfrente con posibles derechos afectados.

Por lo tanto, no sólo es que la *Drittwirkung* juegue únicamente en las relaciones contractuales o en las relaciones jurídicas de dos o más sujetos, sino que además *resultará en todo caso altamente complicado que un legislador, sin un apoyo previo en normas constitucionales concretas reguladoras de DF o en principios constitucionales básicos, vaya a poder concluir que, en todos o en la gran mayoría de los casos, un sujeto renunciante se equivoca por el hecho de renunciar o decidir no ejercitar un DF, de modo que por eso se prohibiría ese acto de renuncia.*

Cuestión diferente es el juego de los DF en las relaciones contractuales privadas, y su relevancia concreta cuando, *dentro de una determinada relación contractual*, se produzca una “renuncia” de una de las partes a una concreta faceta de su derecho fundamental, incluyéndose por tanto una renuncia del DF a cambio de una contraprestación o beneficio directo o indirecto.

Nos centramos, por tanto, a partir de ahora en las renunciaciones contenidas en contratos o acuerdos bilaterales o plurilaterales, al objeto de establecer, en su caso, las diferencias con las renunciaciones unilaterales (puntuales) a un derecho fundamental.

Así, es habitual en la doctrina tanto iusprivatista como constitucionalista sobre la *Drittwirkung*, señalar, con base en algunas sentencias del TC, por ejemplo, que los DF y las libertades públicas garantizados por la Constitución son “componentes esenciales del orden público”, y en consecuencia, se deben tener por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con ese respeto¹⁹².

Por su parte, ALFARO¹⁹³, ya más en concreto sobre la renuncia contenida dentro de un contrato, afirma que la posibilidad de disponer de los propios DF por contrato, tiene su límite en la ineficacia de la renuncia a los DF derivada del orden público constitucional (art. 6.2 y 1255 CC). Con carácter general el autor fundamenta tal ineficacia de la renuncia en su consideración como bienes situados “fuera del comercio”, por lo que las renunciaciones a la “titularidad” y las renunciaciones al “ejercicio” (que por su extensión temporal o su intensidad sean equiparables) se reputarían nulas (art. 1271.I CC). ”

Sin embargo, *como vemos, una vez más se trata de afirmaciones referidas al ámbito únicamente contractual*. Además, seguramente incurre en una petición de principio: se presupone que es de orden público, no los DF en sí, sino la vigencia de los mismos en las relaciones privadas (que es justamente lo que ha de demostrarse).

¹⁹² Así, BLASCO GASCÓ, F.de P., “Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen”, en el libro *Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Univ. de Murcia, 2008, pag. 35.

¹⁹³ ALFARO, *ob.cit.*, pag. 99-100.

Habla igualmente ALFARO de las posibles “normas paternalistas”, en las cuales el Estado pretende conocer mejor que el propio individuo cuáles son sus intereses. Habla justamente de la posibilidad de una “elección errónea” del sujeto, como base de ese paternalismo, así como de una necesidad de impedir un perjuicio de terceros (lo cual entendemos que es inviable en casos de renuncia a DF, como ya se expuso más arriba). En concreto afirma: “*La renuncia a DF en un contrato es contraria al orden público cuando sea razonable pensar que el consentimiento ...no protege mínimamente sus verdaderos intereses...*”¹⁹⁴.

De este modo, centra la crítica a la exagerada relevancia de la autonomía privada y el principio de libertad, en que *existen otros bienes constitucionalmente protegidos que pueden actuar de freno a dicho principio*. Con ello, por lo pronto, vuelve a incidir en la relevancia de estos límites en el ámbito contractual fundamentalmente. Lo cual implica que no parece que esas consideraciones sean trasladables al campo de las renunciaciones puntuales o parciales, siempre unilaterales, a un DF, donde, a lo sumo, habría una pugna entre el principio de autonomía del sujeto y el derecho fundamental del que sería titular *ese mismo sujeto*.

En consecuencia, salvo casos muy extraordinarios, debe mantenerse, si se quiere, la prevalencia de la autonomía privada, por cuanto no hay un juego o conflicto entre autonomía de un sujeto y derecho fundamental de otro sujeto, sino *de un sujeto consigo mismo*¹⁹⁵. Y en esta dirección, no puede negarse que, en la inmensa mayoría de supuestos, *no existe una base constitucional sobre la cual negar la posibilidad de renuncia al DF*,

¹⁹⁴ ALFARO, *ob.cit.*, pag. 102.

A renglón seguido dice algo importante: lo que resulta intolerable es que se imponga coactivamente con auxilio estatal el contenido de la renuncia incluida en un pacto, en cuanto es incompatible con la dignidad obligar a un sujeto que, tras un cambio ideológico (o de otro tipo), en el que considere ya inaceptable lo pactado, tenga obligatoriamente que cumplir lo pactado. Sin duda, ello nos lleva directamente a la cuestión de la revocabilidad libre de la renuncia previa, cuando se trata de DF. En general consideramos que en las renunciaciones a DF, ningún tercero, beneficiario indirecto, podrá exigir su cumplimiento ni defender la vinculación permanente del renunciante, aduciendo al efecto una suerte de doctrina de los propios actos (principio de buena fe).

¹⁹⁵ En esta dirección, NARANJO DE LA CRUZ, *ob.cit.*, pag. 236, señala en relación a la DW y la relevancia del principio de autonomía privada: “*El principio de autonomía de la voluntad es un principio constitucional, y, como tal, puede estar sometido a limitaciones derivadas de otros bienes o derechos previstos en la Constitución, como sería el caso del DF*”.

En el mismo sentido, ALÁEZ CORRAL, en *Teoría general de los derechos fundamentales ... cit.*, pag.192, tras afirmar que existen DF cuyo objeto es la garantía de un ámbito de libertad precisamente en las relaciones entre particulares, por lo que están concebidos para ser oponibles primordialmente frente a estos y sólo secundariamente frente al Estado (pone ejemplo de libertad sindical), insiste en que la eficacia directa de los DF en su concreción judicial *parte siempre de la técnica de ponderación entre derechos*. Lo cual nos llevaría de nuevo a dejar fuera a las renunciaciones totales o parciales a DF.

o más exactamente, de decidir su no ejercicio en un momento dado (renunciando a sus facultades concretas, o a una tutele legal y judicial que de otro modo tendría), *con base en la protección o anteposición del DF mismo cuyo no ejercicio se ha decidido por su titular.*

Ni siquiera parece posible encontrar un fundamento a esa posible restricción -sin duda de tintes paternalistas- en la propia Constitución, la cual *no ha previsto ni un solo mandato constitucional de tutela de ningún DF frente a su titular mismo*, en concreto, frente a la decisión de su titular de no ejercitarlo en un momento dado, renunciando a su ejercicio o su defensa, o incluso renunciando al derecho mismo.

Esto es extensible a los supuestos más radicales de DF, como el derecho a la vida o a la integridad física, donde tampoco existe -al menos de forma explícita, ni tampoco implícita- base constitucional para poner freno a la renunciabilidad (unilateral) a la propia vida, y donde, tan sólo respecto de la integridad, se contiene la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, pero indudablemente cuando son ejercidos *por terceros* (se presupone, además, que en contra de la voluntad del titular del derecho), pero sin que tal restricción sea propiamente aplicables a los supuestos de decisión unilateral libre de renuncia (siempre parcial) a la propia integridad física. Sobre ello se vuelve más abajo en sus respectivos capítulos.

En el fondo, lo que se viene a sostener aquí es que *si hay un núcleo duro en la autonomía privada en la Constitución (en el principio de libertad general del art. 1 y 10 CE), éste pasa precisamente por autorizarlo -prácticamente sin límites- cuando se trata de actos de autonomía privada de orden unilateral, al no jugar en ellos ninguno de los posibles límites derivados del juego de los DF de dos o más sujetos propios de las relaciones contractuales u obligacionales en general.*

Lo cual no necesariamente pasa por *defender el rechazo de la tradicional consideración de los DF o los DP como derechos irrenunciables.*

Sin duda los DF lo son, esto es, *son irrenunciables tomados globalmente*, con las matizaciones que luego se hacen, en tanto en cuanto el sujeto siga siendo un sujeto jurídico. Es decir, su titular no puede desprenderse totalmente de ellos, sólo *que ello no supone negar la posibilidad de renuncia puntual o parcial a determinados ejercicios o actuaciones que le estarían permitidos si no mediara esa voluntad explícita de renuncia a su ejercicio o utilización*, puesto que se trataría de una decisión totalmente libre, a la que no podría servir de obstáculo la proclamación constitucional misma de ese derecho, y su eficacia fuera de las relaciones con el Estado (aunque tampoco sería propiamente un caso de eficacia en las relaciones privadas o DW propiamente dicho).

En realidad, *la característica clásica de la irrenunciabilidad de los DF o de los DP no pasa de tener un valor meramente descriptivo de estos derechos, sin una virtualidad real, esto es, sin consecuencias jurídicas dignas de ser reseñadas*, dado que, por un lado, los titulares de estos derechos pueden perfectamente, de manera totalmente libre, decidir no ejercitarlos o renunciarlos en una situación dada, y por otro, su decisión al efecto puede

ser también libremente revocada en cualquier momento, deshaciendo en lo posible las consecuencias de la previa decisión.

Todo lo que decimos viene de nuevo a poner en duda la validez, desde la perspectiva constitucional, de los límites generales a la renuncia (unilateral) de derechos recogidos en el art. 6.2 CC, los cuales, desde luego, no son aplicables en modo alguno, a nuestro juicio, a los DF o a los derechos de la personalidad con base constitucional.

En esta medida, no siendo aplicables a los DF, parece lógico que estas mismas cortapisas desaparezcan cuando se trata de derechos subjetivos de origen legal, en cuanto consagrados por textos legales civiles específicos.

En estos últimos no parece que deba tener relevancia la idea de orden público subyacente a los DF, dado que no la tiene ni siquiera en el ámbito de los propios DF, que es donde deberían jugar en el mejor de los casos.

Por su parte, LÓPEZ AGUILAR¹⁹⁶ conecta la DW con la “dignidad personal”, y se plantea si deben ser protegibles constitucionalmente cuestiones recientes relativas por ejemplo al disfrute del propio cuerpo y la donación altruista o no altruista de órganos, o la libertad de pedir/solicitar de terceros la propia muerte. Se plantea también la tolerabilidad de las *transacciones* negadoras de derechos, o la renuncia *negocial* a un derecho o libertad (renuncia al disfrute, renuncia al ejercicio o a los eventuales rendimientos). Pone el autor el punto de mira en aquellos actos de renuncia contenidos en un acuerdo negocial bilateral o plurilateral, y los considera como posibles manifestaciones relativas a la DW. Aun asumiendo el autor que la autonomía negocial es una cláusula fundamental de nuestro sistema jurídico, anterior al pacto constituyente, considera que ello no impide que su sentido actual sea transustanciado a su vez por la Constitución, lo cual conduce a la búsqueda de lo que de estructural existe en el ámbito de protección del DF concreto.

Sin embargo, esta cuestión ya ha sido analizada al tratar del contenido de todo DF, en cuyo interior se incardina perfecta y plenamente la facultad de no ejercitarlo, en un caso o casos puntuales más o menos delimitados, o no ejercitarlo nunca.

Por lo tanto, y en conclusión, todas las consideraciones que pudieran hacerse desde la perspectiva de la DW carecen de transcendencia efectiva en el ámbito de las decisiones unilaterales sobre no ejercicio de los DF.

De hecho, siguiendo a DIEZ-PICAZO¹⁹⁷, a la postre, debemos acabar defendiendo una visión negativa sobre la eficacia directa de los DF en las relaciones entre particulares, posición que presenta a su juicio dos ventajas: 1) en el plano teleológico, la idea de que los particulares deben verse vinculados en su actuación por los DF es incompatible con

¹⁹⁶ LÓPEZ AGUILAR, *ob.cit.*, pag. 35-37 y 39-40.

¹⁹⁷ DIEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales ...cit.*, pag. 149.

la autonomía privada y por tanto contraria a la noción misma de libertad. Y 2) desde la perspectiva sistemática, los defensores de la eficacia horizontal *se ven abocados a diferenciar derechos y situaciones*, al no ser factible que los DF deban regir siempre y en todas las relaciones entre particulares, *pero entonces la dificultad es insalvable, porque no es claro qué criterio racional y objetivo puede emplearse para decidir cuándo debe haber eficacia horizontal y cuándo no*¹⁹⁸. Más adelante, el citado autor¹⁹⁹, al tratar del ejercicio abusivo y contrario a la buena fe de los DF, señala que, en general, quien ejerce su derecho, en principio, no puede ser acusado de cometer ilicitud, ni de causar daño a otro, de modo que los límites a su ejercicio por su titular deben ser interpretados de forma muy restrictiva.

Parece en definitiva muy difícil vincular la doctrina sobre la *Drittwirkung* a las cuestiones relativas a la renuncia unilateral a los derechos fundamentales. La citada doctrina piensa en las relaciones contractuales primordialmente, o en relaciones no contractuales entre dos o más sujetos.

No obstante, es cierto que tal doctrina lo que también hace es *plantear la colisión entre dos derechos fundamentales de dos (o más) sujetos particulares*, por lo que en teoría podría plantearse el conflicto entre un sujeto (renunciante) que pretende ejercitar su derecho mediante el abandono o inactividad en su ejercicio, estando en condiciones actuales de hacerlo, y otro sujeto que pudiera verse afectado en otro derecho por esa renuncia. La situación, sin embargo, resulta bastante remota, y muy excepcional, en cuanto *es poco imaginable que dos DF del mismo nivel se puedan ver implicados en un acto de renuncia de uno de sus titulares al ejercicio de su concreto derecho*.

Es mucho más probable lo contrario: si pensamos en términos, por ejemplo, del derecho a la intimidad o la propia imagen y su renuncia puntual en un caso dado, parece difícil que ello afecte a otro DF, a lo sumo le afectaría pero para su beneficio (por ej., respecto del derecho constitucional a la libertad de expresión o de información ...), en cuanto supondría una puerta abierta a la licitud del ejercicio de este último derecho²⁰⁰.

¹⁹⁸ Lo cual no significa, como a continuación defiende el autor, que los valores subyacentes a determinados DF no estén expuestos en similar medida a agresiones públicas y privadas (vida, integridad física, honor, intimidad...).

¹⁹⁹ DIEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales ...cit.*, pag. 152-153.

²⁰⁰ Quizás el único caso de conflicto sería aquel entre el que renunció a su derecho a la intimidad, y quiere luego revocar su consentimiento dado, y el derecho a la información de quien fue autorizado, y pretende seguir utilizando esa autorización en el futuro. Pero en este caso no es un conflicto relativo a la renuncia misma, sino a la revocación de ésta, la cual no es otra cosa, a la postre, que el ejercicio del derecho fundamental mismo a la intimidad o propia imagen, en su sentido positivo, y no negativo.

3.1.5.- Recapitulación: la renuncia a los derechos fundamentales en su ejercicio frente al Estado (frente a sus decisiones de orden legislativo y judicial restrictivas de la libre facultad de renunciarlos):

Todo lo anterior nos conduce a una posible conclusión, y es la de que la renuncia de los DF, desde la perspectiva de la renuncia unilateral, no juega prácticamente nunca en las relaciones entre particulares, por lo que no sería aplicable aquí la doctrina de la *Drittwirkung*. Siendo ello así, parece que no hay otra alternativa que reconducir el tema de la renunciabilidad o irrenunciabilidad de los DF hacia el ámbito clásico de la tutela de los citados derechos *frente al aparato estatal*.

Nos explicamos. Lo que se plantea en realidad cuando examinamos el campo de actuación de la renuncia respecto de los DF, es, fundamentalmente, *si a la postre el Estado tiene o no un buen motivo para restringir el modo -sin duda peculiar y un tanto atípico- de ejercitar el derecho que implica renunciar total o parcial al DF mismo, o a determinadas manifestaciones de ese derecho*.

Ello supone preguntarse *en qué medida el Estado dispone de poder suficiente, con base en la propia Constitución, para restringir la facultad natural de todo titular de un derecho subjetivo, aun siendo derecho fundamental, de no querer ejercitar dicho derecho o de abandonarlo por completo* (en los casos en que ello pudiera ser viable), cuando de ese modo podría estar afectando de lleno al principio de libertad que subyace a los mandatos constitucionales; y hasta qué punto el titular del DF puede esgrimir el principio de libertad y de libre desarrollo de la personalidad (incluso hasta es posible que el principio de dignidad) frente a una decisión del Estado de hacer irrenunciable el ejercicio de un DF.

*Después de todo lo expuesto más arriba, parece que la respuesta no puede ser más que negativa, en cuanto que no existe en la Constitución ningún precepto referido a un concreto DF que conceda al Estado o los poderes públicos en general la posibilidad de excluir la opción por el no ejercicio o abandono puntual del respectivo derecho, sin que exista tampoco base alguna para entender vulnerado el contenido esencial del DF. Es más, la imposición de la irrenunciabilidad general de un determinado derecho a nivel legal podría afectar a las facultades típicamente inherentes a todo titular de un derecho fundamental de optar por ejercitar o no ejercitar el derecho*²⁰¹.

Pero además de ello, no existen buenas razones, con mayor o menor fundamento en algunos de los principios básicos proclamados por la Constitución, para autorizar al

²⁰¹ La cuestión se ha llegado incluso a plantear respecto de algún derecho fundamental de segundo orden, como el *ius connubii* o derecho a contraer matrimonio del art. 32 de la Constitución. La doctrina estudiosa de este tema ha acabado por reconocer de forma unánime que, dentro del derecho reconocido en dicho artículo subyace la facultad negativa o de rechazo al matrimonio, esto es, el derecho a no contraer matrimonio, o dicho en sentido ahora positivo, el derecho a conformar una pareja sin vínculo matrimonial (uniones de hecho o uniones libres), sin que el Estado pueda poner cortapisas a esa facultad negativa o de renuncia al matrimonio, o de no verse obligado por la legislación a contraer matrimonio. Esto constituye una prueba indudable de lo que decimos acerca de la imposibilidad del aparato estatal de imponer por ley restricciones o prohibiciones al ejercicio negativo o renunciador del correspondiente DF.

Estado, con fines claramente paternalistas o de tutela del propio titular del derecho fundamental respectivo, a una protección tan poderosa del mismo como sería la de la prohibición de la renuncia libre del propio sujeto a ejercitar su derecho, en un momento y circunstancias determinados.

En todo caso, cualquier manifestación legal -dado que como hemos comprobado no hay una base directamente constitucional- que disponga la irrenunciabilidad, esto es, el mandato legal prohibitivo de uno o varios concretos actos de renuncia unilateral del sujeto titular, *debe tener una justificación muy enérgica*, en cuanto *supondría siempre la privación del sujeto de una de las dos opciones básicas* (junto a otras hipotéticas) que se le ofrece a todo titular de un DF a la hora de utilizarlo, a saber, *la elección entre ejercitarlo y no ejercitarlo*, siendo esta última opción, normalmente, un acto de renuncia expresa o tácita.

Así, y refiriéndonos a la única manifestación conocida hasta la fecha de irrenunciabilidad establecida legalmente, como es la recogida en el art. 1.3 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, *la misma debe ser interpretada, a la luz de las normas y principios constitucionales antes expuestos, en un sentido no sólo restrictivo, sino además orientado hacia una efectividad limitada*, en función de la finalidad última del mandato legal.

En este sentido, *debe reconducirse la regla de la irrenunciabilidad hacia otros ámbitos distintos de los que en principio pudiera suponerse*, esto es, hacia el campo de los *acuerdos o pactos de renuncia*, pero sin virtualidad real respecto de renunciaciones unilaterales del titular a ejercitar el derecho en un momento y situación dados, y en todo caso, dependiente de su libre revocabilidad por el sujeto renunciante.

Lo que obviamente queda totalmente vetado al legislador ordinario es la imposición de la *total* irrenunciabilidad del titular a cualquier posible manifestación que pudiera derivarse de un DF en su desarrollo en la vida práctica del sujeto titular del mismo. *En ningún caso un titular de un DF debe tener prohibido por ley la facultad de decidir no ejercitar el derecho, antes de o en el momento mismo en que se produzca su (puntual) vulneración*²⁰².

3.2.- El ámbito de la posible renunciabilidad de los derechos fundamentales.

²⁰² A esta cuestión se ha referido con detenimiento JORI, “Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali”, en *Diritti fondamentali (Luigi Ferrajoli)*, Ed. Laterza, Bari, 2001, pag. 90-91, quien pone múltiples ejemplos en los que resulta muy dudosa la idea de indisponibilidad de los DF defendida por FERRAJOLI, tales como el no ejercicio o renuncia a hacer valer judicialmente el propio derecho, el ejercicio de actividades dañosas como el boxeo, o la renuncia del propio derecho a la salud, situaciones en las que no cuadra bien la tradicional indisponibilidad de los DF. En este último supuesto, destaca que esa renuncia o rechazo a soportar los tratamientos médicos ofrecidos, implicaría como efecto eliminar la obligación de curar de quien tenía tal deber, lo que no sucedería en el caso de existir un total e irremisible indisponibilidad del derecho fundamental (a la integridad, a la salud).

3.2.1.- Las condiciones y límites de la posible renunciabilidad (puntual y limitada) a los mismos:

Esta cuestión la ha planteado LOPEZ AGUILAR²⁰³, quien desde el principio se pregunta, un tanto apriorísticamente, por las bases identificadoras del “*mínimo margen de disponibilidad en lo referente a las “facultades” componentes de la esencia de un DF.* Tras citar las SSTC de 13 febrero 1981, 8 abril 1981 y 18 diciembre 1981, que proclaman enfáticamente la irrenunciabilidad de los DF, se plantea no obstante la posibilidad de matizaciones, en los siguientes sentidos: 1) posible renuncia meramente temporal al ejercicio de un DF; y 2) posible admisión de cláusulas especiales *contractuales* con condiciones de ejercicio o del disfrute de determinadas facultades integrantes del concreto DF. A continuación habla el autor de “*pseudorenuncia*” a lo que llama la plenitud de un DF, afirmando, con cita de Alonso García, que *la renuncia no podrá tener nunca por objeto el derecho mismo, sino una modalidad de ejercicio del mismo*, señalando que deben desterrarse los supuestos de dejación leonina de las facultades inherentes al ejercicio de un DF en el ámbito bilateral o sinalagmático, debiendo finalmente efectuarse un “*balance*” entre la dejación de facultades del DF y otros valores o bienes constitucionales dignos de protección.

El autor, como puede comprobarse una vez más, se centra primordialmente *en el campo contractual* y las renunciaciones a facultades cuando aparecen contenidas dentro de acuerdos, más que en decisiones unilateralmente tomadas por su titular. Es más, esa idea del *balance* entre unos DF y otros, o entre los primeros y otros valores constitucionales protegibles, está pensada más bien para otras situaciones de conflicto, sobre todo en supuestos de posible exigencia de *responsabilidad extracontractual* por daños materiales o morales (en particular, parece directamente pensada para la concurrencia entre derecho a la intimidad y derecho constitucional a la información, cuando no hay acuerdo ni tampoco acto unilateral de renuncia), con lo que se trata de una referencia de escaso valor para la cuestión aquí analizada, y se excede incluso del tema de la *Drittwirkung*.

No obstante, LOPEZ AGUILAR²⁰⁴ hace a continuación una a nuestro juicio bastante acertada descripción de las condiciones para la aceptabilidad de la *negociación* en torno al pleno disfrute de los DF, y llega a establecer las pautas de lo que se puede considerar “disponible” o no, lo cual podría ser trasladado al campo de las renunciaciones. Y así, alude a:

1) Primer principio: Toda minoración o renuncia parcial exige recabar el consentimiento de la persona titular, consentimiento que deberá ser **actual, expreso y reversible**.

- Respecto de su “*actualidad*”, parece estar refiriéndose el autor al carácter netamente temporal de la renuncia, en cuanto a no ser vinculante ni tener efectos dilatados en el tiempo, precisamente por no ser posible la renuncia al derecho

²⁰³ LOPEZ AGUILAR, *ob.cit.*, pag. 118 ss.

²⁰⁴ LOPEZ AGUILAR, *ob.cit.*, pag. 119-121.

mismo, que obviamente estaría vetada. Pero al mismo tiempo parece establecer la conexión entre la manifestación de renuncia y su eficacia, de modo que quedaría excluida la posibilidad de demorar sus efectos a momentos posteriores más o menos alejados de la fecha de la declaración de renuncia, de modo que perdería su virtualidad si así ocurriese, exigiéndose entonces *una manifestación posterior actualizada* al momento de su efectividad real.

Probablemente, este primer principio o criterio debe ser matizado y flexibilizado.

No hay razón para excluir una renuncia más o menos duradera o prolongada en el tiempo, que no se limite a un acto puntual y actual. La práctica demuestra que *existen múltiples situaciones en las que el titular del DF adopta una conducta constante y prolongada en el tiempo de no querer ejercitar su derecho*, v.gr., dejando transcurrir los plazos hasta llegar a la posible prescripción de la acción (en aquellos casos en que la acción específica sea prescriptible).

Del mismo modo, tampoco debería existir inconveniente en que el titular del DF haga una previsión anticipada en el tiempo acerca de cuándo considera que debe empezar a funcionar su decisión de renuncia, supeditándola a determinados plazos o condiciones de cumplimiento futuro.

- Por otro lado, respecto del carácter **“expreso”**, parece totalmente lógico tratándose de renunciaciones a facultades inherentes a un derecho fundamental. Es más, cabe sostener la necesidad de que se trate de una manifestación fehacientemente demostrable, a menos que una ley permita otras posibilidades (como sucede, v.gr., en materia de autorización a la intromisión en los derechos al honor, intimidad y propia imagen, donde la Ley de mayo de 1982 no exige una forma concreta, dentro de su específico ámbito de aplicación, por lo que serían posibles las autorizaciones tácitas).

No obstante, esta exigencia de ser una manifestación expresa, tiene mucho más sentido en el ámbito de las renunciaciones contractuales contenidas en contratos, acuerdos o disposiciones estatutarias, donde la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros afectados directamente por el acto de renuncia, deben llevar a esa fehaciencia. Sin embargo, es bastante más dudoso que sea así cuando hablamos de renunciaciones parciales unilaterales a un DF, donde no hay un tercero directamente beneficiario de la renuncia (a lo sumo, sólo indirectamente, y por lo tanto, sin un interés digno de protección). Por lo tanto, esta exigencia debe también flexibilizarse en este campo.

A lo sumo, en el caso de que se admitiera una renuncia total al derecho fundamental mismo, como analizaremos en los capítulos siguientes, parecería sensato exigir una manifestación expresa y fehaciente del titular.

- En tercer lugar, respecto a la exigencia de la **“reversibilidad”**, la misma conecta con la **revocabilidad del consentimiento o autorización**, no habiendo duda de

que se trata de una característica básica para admitir la posibilidad de renuncia o disposición parcial del DF.

Al respecto, afirma el propio LOPEZ AGUILAR²⁰⁵ que lo contrario entrañaría una inadmisibles negación no sólo del uso o concreto ejercicio de la facultad comprendida en el contenido esencial del DF, sino que entrañaría también una negación del dogma de la reversibilidad, hoy indisociablemente unido a la concepción modular de “democracia”, y a la idea de Libertad/principio, de Libertad/Valor y de Libertad/opción constitucional informadora de la acción y del sentido del Derecho.

Citando a TORRES DEL MORAL, afirma LÓPEZ AGUILAR que la reversibilidad es una garantía jurídica de todas las decisiones y es una componente implícita de la *Grundnorm* de nuestro ordenamiento (“todo cambio puede ser conforme a la Constitución, salvo el que compromete la propia posibilidad de cambio”). Sobre la revocabilidad y reversibilidad de la renuncia puntual a DF, nos ocuparemos más adelante.

2) Segundo principio: La “negación negocial” del ejercicio o disfrute del DF *sólo sería posible en el caso de que tal supuesto (esto es, tal derecho en su circunstancia concreta) admita, concretamente, la disponibilidad de los aspectos cuestionados del DF*, lo que a su juicio remite a la idea de la dignidad personal, en cuanto exige la defensa de la misma frente a determinados acuerdos de voluntades²⁰⁶.

De nuevo se vuelve por el autor al plano contractual, ya sea bilateral o plurilateral, dejando de lado las situaciones de renuncia unilateral, lo que hace poco relevante esta nota en estos últimos supuestos, al no ser preciso el filtro del respeto de la dignidad personal, en cuanto se trataría de una decisión personal, amparada por tanto por el principio de libre desarrollo de la personalidad.

3) Tercer principio: Las “negaciones negociales” de facultades concretas de un DF, según LÓPEZ AGUILAR, *deben operar exclusivamente sobre los contenidos materialmente determinados por la manifestación expresa del consentimiento*.

Esta exigencia remite de nuevo al ámbito contractual, en cuanto a *una interpretación típicamente restrictiva* del ámbito de la renuncia pactada, lo que guarda relación directa con artículos del Código civil en materia de contratos, como el art. 1289 CC o el art. 1815 CC, en materia de transacciones, en cuanto al carácter restrictivo del objeto de las mismas (como sabemos, las transacciones

²⁰⁵ LOPEZ AGUILAR, *ob.cit.*, pag. 120.

²⁰⁶ Pone concretamente como ejemplo el caso de la renuncia a la propia libertad al abrazarse un credo determinado donde se imponga el voto de castidad (renuncia al mundo, el demonio y la carne) a los miembros de una Asociación.

suponen renunciaciones recíprocas de los contratantes a sus respectivas pretensiones, no propiamente a sus derechos o facultades).

4) Cuarto principio: El orden constitucional no puede congruentemente tolerar la *afectación abusiva o extemporánea* de facultades asociadas al pleno disfrute y ejercicio del DF.

De nuevo se habla por el autor de *pactos* donde se contengan esas afectaciones, que es únicamente donde puede plantearse el contraste entre una actuación de una parte y el abuso y posible daño sufrido por la contraparte. Se introduce una idea de abusividad en el ejercicio que resulta, por lo demás, muy dudosa, como se dijo más arriba, al carecer de un verdadero entronque constitucional.

5) Quinto principio: La solución al caso deberá ser deducida a través de la adecuada operación de balance. Ya nos referimos a ello más arriba, y su ámbito concierne de nuevo a las renunciaciones contenidas en contratos o acuerdos, o a lo sumo a supuestos de responsabilidad extracontractual con pugna entre dos o más derechos fundamentales afectados.

A nuestro juicio, es muy importante reflexionar sobre **los límites a la renunciabilidad de los DF**, y si se pueden trasladar a este campo los parámetros del art. 6.2 CC Interés público, orden público y protección de terceros).

Desde nuestro punto de vista, como antes se avanzaba, **no debe ser así**.

Así, consideramos que el “interés público” o la “moral o el orden público” no pueden funcionar como límites a la renuncia a los DF. Menos aún el límite codificado de la protección de terceros, que no los hay; ni siquiera lo son los titulares de otros DF, en cuanto no se pueden ver afectados en su DF por la renuncia de otro sujeto a ejercitar su DF en un momento o circunstancia dados. Esto que decimos es importante, porque algunos autores suelen traer a colación estos límites en materia de derecho a la intimidad e imagen²⁰⁷.

Del mismo modo, procede plantearse si en el ámbito concreto de los DF y de su posible renuncia puntual, jugará la “ley” como posible límite. Creemos que, siendo la renuncia un contenido básico de todo DF, entendida como facultad de ejercicio negativo o de no ejercicio, que entra en su esencia, no debería ser posible que el legislador ordinario impusiera límites a esa renuncia, en tanto fuese una renuncia unilateral, donde no jugaría el contraste o comparación entre la posición de dos o más sujetos situados como partes contrapuestas, con intereses y, sobre todo, posiciones contractuales diferentes.

²⁰⁷ Así lo hace, por ejemplo, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *Honor, intimidad e imagen*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996, citando a CASAS VALLÉS, al afirmar que el consentimiento a la intromisión en estos derechos debería estar sometido a los límites generales de la moral y el orden público.

Claro que esto nos lleva a una cuestión de mucha trascendencia, y es si resulta constitucional que, respecto de determinados DF (por ej. el de honor, intimidad e imagen) *la ley misma* establezca como característica sustancial su **irrenunciabilidad**.

La dificultad estribaría en delimitar el sentido y alcance de esa característica.

Es posible, en primer lugar, que con ese sustantivo se esté señalando realmente que ningún derecho fundamental puede desaparecer en cabeza de su titular mientras esté vivo, por lo que *se estaría aludiendo a la condición de inherencia a la persona de tales derechos*, de modo que nunca nadie, ni siquiera el propio sujeto titular, podría deshacerse de los mismos, sean cuales sean las circunstancias y los deseos de ese sujeto.

Indudablemente, *desde esta perspectiva, todos los DF serían irrenunciables*. Pero ello no excluiría posibilidad de graduación de las distintas opciones del titular, en cuanto a su libre facultad de decidir no ejercitar el derecho en un momento o caso dados, preservándolo en su caso para otras situaciones, actuales o futuras, o de resolver no ejercitar extrajudicial ni judicialmente sus facultades de defensa ante una intromisión ya producida; todo lo cual implicaría acto o actos de renuncia puntual al derecho reconocido constitucionalmente.

También puede estar indicándose con la palabra “irrenunciabilidad” la imposibilidad de acoger la renuncia puntual o parcial del derecho *en el seno de un pacto, a cambio de obtener algo como contrapartida*. Aquí intervendrían otros componentes distintos o al margen de la libre decisión en exclusiva del titular, tales como la protección de determinados sujetos titulares frente a otros que se hallasen en posición de superioridad. La irrenunciabilidad en estos casos no tendría alcance general, sino limitada a los pactos, y a aquellos sujetos necesitados de tutela *en esos concretos pactos*²⁰⁸. Desde este punto de vista, en suma, no estaríamos ante una imposibilidad de renuncia general, sino *ante un mecanismo de protección de algunos –no todos- de los titulares de derechos fundamentales*.

Por otro lado, el término legal de “irrenunciabilidad” puede estar también referido a lo que tradicionalmente ha venido defendiendo la doctrina clásica de los derechos de la personalidad: sería la irrenunciabilidad como complemento o como manifestación concreta de la indisponibilidad.

Esta perspectiva ya ha sido criticada más arriba, al no existir una conexión directa entre renuncia y disposición, en este ámbito específico de los derechos inherentes a la persona o derechos fundamentales, habida cuenta que en ellos no hay propiamente poder de

²⁰⁸ Esta conexión entre indisponibilidad de los derechos fundamentales y la imposibilidad de pactos (de renuncia o de otro tipo) la encontramos en FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Ed. Laterza, Bari, pag.15, quien diferenciando los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales, atribuye a los primeros la condición de indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos (no habla expresamente de irrenunciables), pone siempre como ejemplos de indisponibilidad los posibles actos de venta de la propia libertad personal, la venta del derecho de voto, o incluso la de la propia autonomía contractual.

disposición, pero sí que es perfectamente posible la renuncia expresa o tácita, o la decisión deliberada de no ejercitar el derecho, aun tratándose de derechos que no son técnicamente disponibles, en cuanto a su cesión a terceros.

Pero finalmente también puede estar expresándose con la palabra “irrenunciabilidad” la idea de la natural revocabilidad de todo acto de renuncia unilateral puntual a ejercitar el derecho fundamental. Es decir, siendo esencialmente revocable cualquier acto de renuncia puntual o parcial a un DF o a un DP, *con esa expresión se querría estar señalando el poder absoluto de control del derecho por parte de su titular*, en cuanto a impedir la eficacia *definitiva* de la renuncia originariamente adoptada por el sujeto, de modo que *siempre debe tener a su alcance la posibilidad de deshacer la decisión adoptada (la renuncia)*, reconsiderando la misma y restituyendo –en lo posible– las cosas a su estado originario.

En este último sentido, consideramos que la irrenunciabilidad supondría o podría suponer *la imposibilidad jurídica de renunciar por anticipado a la facultad de revocar la autorización o consentimiento a la intromisión.* Aunque aquí nos situaríamos más bien en un ámbito de nuevo contractual en el que el renunciante, además de renunciar a ejercitar su derecho, renunciaría frente a la contraparte a revocar su consentimiento en el futuro²⁰⁹.

Por último, y pensando ahora en las consecuencias prácticas de la regla expresa o implícita de irrenunciabilidad de los derechos fundamentales, un autor italiano como JORI²¹⁰, examinando el alcance de la tradicional indisponibilidad de estos derechos, aparte de matizar las diferencias entre actos de disposición y actos de renuncia, nos da la pauta del alcance de aquélla, dado que considera que con ello se viene a establecer la imposibilidad de que, habiendo renunciado, ningún tercero pueda ejercitar una pretensión relativa a ella. Eso es lo que a su juicio implicaría la indisponibilidad de estos derechos. Por lo tanto, no es que el acto de renuncia sea ineficaz, que lo sería a los efectos específicamente perseguidos, sino que, por un lado, *no sería obligatorio* para su titular ejercitar (positivamente) el derecho, y por otro, *que nadie*, ningún tercero ajeno al titular, *podría esgrimir la renuncia frente al renunciante, en tanto éste quiera defender su derecho.* Ello nos lleva, obviamente, a la *conexión directa entre irrenunciabilidad y revocabilidad* del acto de renuncia o de autorización del tercero para entrometerse en la esfera ajena²¹¹.

²⁰⁹ Vid. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, pag. 124 respecto del derecho a la intimidad y la propia imagen.

²¹⁰ JORI, *Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali*”, en *Diritti fondamentali* (Luigi Ferrajoli), Ed. Laterza, Bari, 2001, pag. 89-90.

²¹¹ A este respecto, FERRAJOLI, *ob.cit.*, pag. 140-141 viene a criticar a su vez la crítica de JORI a su posición, señalando que es posible la renuncia de hecho o cualquier no ejercicio de un derecho, pero no un acto formal del que se derive una obligación para su titular, por ejemplo, de suicidarse (en la renuncia a la vida) o de renunciar a la asistencia sanitaria. Ello le lleva a distinguir entre titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales, que como ya vimos más arriba no da respuesta adecuada al problema.

3.2.2.- En particular sobre la revocabilidad y reversibilidad de la renuncia por su titular al ejercicio del derecho fundamental:

Llegados a este punto, procede traer a colación lo que se dijo en el Capítulo anterior, relativo a los derechos de la personalidad, sobre la defensa de la natural revocabilidad de las renunciaciones a ejercitar un derecho fundamental y sobre las posibilidades de reversión de la renuncia a su estado originario en la mayor medida posible.

Más arriba se sostuvo que es un dato esencial en el régimen jurídico de los DF, el de la natural y completamente libre revocabilidad de las renunciaciones al ejercicio de un derecho de esta naturaleza, en cualquiera de sus manifestaciones, en cuanto característica básica derivada del consentimiento o autorización a la intromisión de terceros en este tipo de derechos.

Como ya dijimos, a nuestro juicio, *esa revocabilidad plena y libre de los derechos deriva sin duda de su consideración de derechos fundamentales. Así, al ser un DF, no es viable de ninguna manera la posibilidad de una renuncia a ejercicios parciales, puntuales o temporales, sin que exista a la vez la facultad actual para su titular de deshacerla. La razón de fondo es que, de lo contrario, quedaría afectada la esencia misma del derecho como DF, en cuanto vigente en la persona de su titular durante toda su vida, lo que debe llevar a permitirle en todo momento el cambio o viraje en sus decisiones, para atender al mejor desarrollo de su personalidad, que es la base de toda la regulación constitucional de los DF.*

También dijimos, y ahora procede de nuevo aplicarlo a los DF, que *precisamente por ser DF, es por lo que seguramente su titular no necesita otros instrumentos más fuertes, como sería un mandato legal expreso de irrenunciabilidad.*

Así pues, la libre revocabilidad de la renuncia permite a su titular disponer del mejor instrumento posible de defensa frente a sí mismo, y por tanto frente a una decisión irreflexiva o dañina para el propio sujeto consecuencia de la renuncia parcial o puntual a su derecho. En esta dirección, *un mandato legal de irrenunciabilidad del DF no es, en abstracto, la mejor forma de garantizar al titular su libre elección entre ejercitar o no ejercitar el derecho*, puesto que es razonable que todo sujeto titular tenga en sus manos la posibilidad de optar por el no ejercicio, abandono o derelicción de su derecho, es decir, por la facultad de decidir no impugnar u oponerse a la intromisión ajena en el propio ámbito de libertad del sujeto.

Por lo tanto, *es mucho más razonable permitir ampliamente la renuncia, aunque siempre o casi siempre limitada, parcial o puntual, al derecho, y a la vez concederle al titular la posibilidad de libre revocación de dicha renuncia, e incluso de la reversión al punto de partida, en la medida en que ello sea posible.*

Ello nos lleva de nuevo al análisis de **las consecuencias de la revocabilidad de la renuncia al DF (o consentimiento a la intromisión de terceros).**

Al respecto, ya distinguimos entre aquellos actos de renuncia/autorización que sean puntuales, de cumplimiento o efectividad limitados a un determinado momento, sin duración temporal, y aquellos otros en que se haya previsto una cierta duración o extensión en el tiempo. Así, respecto de los primeros (autorizaciones que sean puntuales), entonces el juego de la revocación seguramente no existirá: sólo será viable -en principio- en aquellos casos en que se trate de una renuncia anticipada o previa al momento de utilización de la imagen o los datos íntimos de la persona, de modo que siempre se podría revocar esa autorización, con plenitud de efectos, *antes de ser utilizada efectivamente por el tercero autorizado, pero no después (salvo lo que ahora se dirá)*.

En cambio, respecto de los segundos (actos de renuncia que tengan una cierta vigencia o extensión temporal), hemos de distinguir entre el lapso temporal en que se haya realizado la intromisión en el derecho de la personalidad, donde la revocación será irrelevante jurídicamente, y el período posterior a la revocación, donde ésta será plenamente eficaz (sin perjuicio de la reparación del posible daño sufrido por el autorizado, como ya hemos visto).

Al efecto creemos también necesario *distinguir entre revocabilidad y reversibilidad*, y examinar las posibilidad de revertir la situación a su estado originario, cuando el renunciante hubiera cambiado de opinión y quisiera, no sólo hacer ineficaz la renuncia para el tiempo o situaciones que quedaren pendientes de aplicación, *sino también recuperar el control con eficacia retroactiva, en lo posible, a las manifestaciones ya producidas de dicha renuncia*.

La renuncia o autorización siempre será revocable, como hemos comprobado, pero no siempre será reversible.

Así, los efectos ya producidos en el lapso de tiempo anterior a la revocación, es probable que no puedan borrarse de modo que todo vuelva a su estado originario, anterior a la renuncia. En cambio, la revocación siempre tendrá plenos efectos anulatorios a partir del momento en que se produzca la misma (y sea recibida y conocida por el autorizado).

Al margen de esta consideración general, no podemos descartar puntualmente la posibilidad de reversión, en función de la naturaleza del DF de que se trate.

Así, es posible e imaginable algún derecho fundamental en que quepa la reversión de efectos, si no de todos, sí al menos de forma parcial.

Podemos pensar, en primer lugar, en los derechos a la intimidad o propia imagen, y las posibilidades de reversión, cuando se revoque la renuncia o autorización concedida.

En este sentido, debemos pensar en la reciente regulación legal del llamado “*derecho al olvido*” contenido en la normativa sobre protección de datos. Así, la vigente Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales, en sus artículos 93 y 94, contiene una regulación del derecho al olvido, según

la cual se puede solicitar la eliminación de los datos propios en internet y en redes sociales²¹².

²¹² En concreto, se dispone:

Artículo 93. Derecho al olvido en búsquedas de Internet.

1. Toda persona tiene derecho a que los motores de búsqueda en Internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

Del mismo modo deberá procederse cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los enlaces por el servicio de búsqueda en Internet.

Este derecho subsistirá aun cuando fuera lícita la conservación de la información publicada en el sitio web al que se dirigiera el enlace y no se procediese por la misma a su borrado previo o simultáneo.

2. El ejercicio del derecho al que se refiere este artículo no impedirá el acceso a la información publicada en el sitio web a través de la utilización de otros criterios de búsqueda distintos del nombre de quien ejerciera el derecho.

Artículo 94. Derecho al olvido en servicios de redes sociales y servicios equivalentes.

1. Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos, a su simple solicitud, los datos personales que hubiese facilitado para su publicación por servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes.

2. Toda persona tiene derecho a que sean suprimidos los datos personales que le conciernan y que hubiesen sido facilitados por terceros para su publicación por los servicios de redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información.

Del mismo modo deberá procederse a la supresión de dichos datos cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los datos por el servicio.

Se exceptúan de lo dispuesto en este apartado los datos que hubiesen sido facilitados por personas físicas en el ejercicio de actividades personales o domésticas.

3. En caso de que el derecho se ejercitase por un afectado respecto de datos que hubiesen sido facilitados al servicio, por él o por terceros, durante su minoría de edad, el prestador deberá proceder sin dilación a su supresión por su simple solicitud, sin necesidad de que concurran las circunstancias mencionadas en el apartado 2.

Como puede comprobarse, se autoriza la retirada de los datos e informaciones referidas a la persona solicitante tanto de internet como de las redes sociales. Es cierto que la norma establece límites, en cuanto que exige que sea posible sólo “...cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información”. Sin embargo, el párrafo siguiente del artículo 93 señala que a pesar de ello, deberá procederse a esa retirada, a instancias del sujeto afectado, “...cuando las circunstancias personales que en su caso invocase el afectado evidenciasen la prevalencia de sus derechos sobre el mantenimiento de los enlaces por el servicio de búsqueda en Internet”²¹³.

De acuerdo con ello, es manifiesto que una de las consecuencias del reconocimiento de este derecho bien podría ser, tras la revocación de la autorización a la publicación de datos íntimos o de la imagen del sujeto, la de hacer incluso factible la reversión de la situación a su estado originario, haciendo viable la destrucción o desaparición, en internet y en todas las redes sociales, de toda esa información o de todas esas fotografías o grabaciones, ya publicadas, de las que expresamente se ha reconsiderado la oportunidad de mantenerlas expuestas a la luz pública, *de cara al futuro*. Ello por encima del posible derecho de la empresa editora o medio de comunicación a seguir utilizando el material previamente obtenido con el consentimiento originario de quien luego lo revocó²¹⁴. Eso supone en cierto modo una reversión o restitución, en la medida de lo posible, a la situación de partida, haciendo ineficaz e ilegítima cualquier uso o aprovechamiento de la imagen, o de los datos íntimos del sujeto revocante.

En todo caso, se echa en falta que la regulación legal de 1982 sobre derechos a la intimidad y propia imagen no haya introducido en fecha reciente una conexión directa entre la revocación del consentimiento a la intromisión y este reciente “derecho al olvido”, en el sentido de recogerse expresamente en la norma, justamente cuando se trate de la autorización de terceros en el ámbito de alguno de estos derechos fundamentales, la facultad libre y sin restricciones del autorizante o renunciante de suprimir las informaciones o imágenes que fueron autorizadas, para evitar someter el resultado de esa supresión o mantenimiento a la valoración judicial, con base en datos muchas veces subjetivos y a la postre arbitrarios, como los previstos en la normativa actualmente vigente.

Del mismo modo, cabría también traer a colación, en materia de reversión de efectos, el derecho fundamental a la integridad física, y aquellos casos en donde el sujeto titular

²¹³ Sobre este derecho, vid entre otros SANCHO LÓPEZ, M., *Derecho al olvido y Big Data: dos realidades convergentes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2020; JIMENEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, I., *El derecho al olvido digital del pasado penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. También BERROCAL LANZAROT, A.I., *Derecho de supresión de datos o derecho al olvido*, ed. Reus, Madrid, 2017.

²¹⁴ No obstante, como se ha dicho por SANCHO LÓPEZ, *ob.cit.*, pag. 183 ss., debe ser matizado y restringido este derecho al olvido, habida cuenta que aquí sí que pueden estar en juego otros derechos fundamentales, como el de la libertad de información o de expresión, lo cual no obstante nos parece bastante discutible.

puede haber renunciado a determinados elementos corporales, fluidos u órganos, pero cambie de opinión después haber sido ya puestos a disposición del sujeto autorizado.

Aquí es imaginable que la revocación de la renuncia/autorización produzca como efecto una reversión, en el estado en que sea posible hacerlo desde un punto de vista científico (conforme al estado de la ciencia de cada momento), de los elementos corporales (órganos, fluidos, etc.) de los que se desprendió: De ese modo se recuperaría el control sobre los mismos, para conseguir unos fines personalísimos de quien los proporcionó y que en su momento no se había planteado, o como consecuencia de circunstancias sobrevenidas que lo pudieran llevar a ello.

A este respecto, habrá que analizar la legislación en la materia para determinar qué elementos de origen corporal puede ser revertidos o restituidos a su titular originario, y cuáles son considerados legalmente como irreversibles, siempre atendiendo al estado de la ciencia en cada momento histórico. Este tema será analizado más abajo, cuando se examine la renuncia en los derechos fundamentales concretos, y analicemos lo acertado o no de las soluciones legales de acuerdo con los principios expuestos, pudiendo incluso ponerse en tela de juicio algunas de las normas aplicables, por su posible inconstitucionalidad.

Fuera de la integridad física, la reversión de efectos, esto es, la restitución de las cosas al estado originario anterior, en casos de revocación de la renuncia o autorización, parecerá generalmente impracticable.

No obstante, la *vis atractiva* derivada de la naturaleza de DF de los derechos concretamente afectados, debe conducir a *la búsqueda de todas las posibilidades de hacer viable una posible reversión de efectos, en la medida en que ello sea factible, y al margen de las posibles compensaciones a los terceros autorizados.*

En general, debe recordarse que la renuncia al DF, en algunas de sus posibles manifestaciones, y la revocación de la renuncia, son en buena medida dos caras de la misma moneda. *La revocación debe ser entendida siempre como otra manifestación, ahora en sentido positivo, de ejercicio del DF, con la particularidad de que supone un cambio de opinión frente a la decisión negativa de no ejercitar el derecho y dejar que un tercero se entrometa en el mismo.*

En esta dirección, y completando el panorama relativo a la revocación de la renuncia, consideramos que, *en general, el legislador ordinario debería adoptar un criterio muy restrictivo en cuanto a la compensación del tercero afectado, ya que ello podría condicionar de modo indirecto -pero sin duda efectivo- el libre ejercicio del DF, que es lo que sin duda está garantizado por la Constitución.*

De nuevo hay que recordar que, en este ámbito, no deben jugar seguramente las reglas generales de la responsabilidad civil, tal como son habitualmente entendidas en el Código civil español, en cuanto sistema de cláusula general. Es más lógico que la compensación proceda sólo en circunstancias especiales o incluso excepcionales, basadas

primordialmente en el criterio de la buena/mala fe o el abuso del derecho, de modo que juegue la compensación sólo cuando el titular del DF revoque su renuncia de forma inesperada o inopinada, o con finalidad lesiva. Fuera de estos casos, *el aplicador del derecho debe ser consciente de que la revocación de la renuncia no es otra cosa que el ejercicio mismo del DF, es decir, una modalidad de ejercicio sólo que caracterizada por una conducta previa de renuncia.*

Por lo tanto, las cortapisas legales para la utilización de esta modalidad, aun siendo una vía singular, *no deben ser interpretadas restrictivamente, ni deben ser objeto de castigo o sanción*, salvo que se puede demostrar una conducta maliciosa o sorpresiva del titular en el hecho mismo de revocar (no en las consecuencias económicas de la renuncia o autorización a la intromisión).

En consecuencia, *el modelo de compensación de daños instaurado por el art 2.3 de la Ley Orgánica de mayo de 1982 sobre compensación obligatoria o cuasi obligatoria del tercero autorizado a la intromisión, debe considerarse como un modelo inadecuado e incorrecto desde una perspectiva actual del problema*, en cuanto no se adapta a las más recientes concepciones de los DF y sus -excepcionales- límites, en especial cuando se trata de terceros que no están dotados a la vez de otro DF (del mismo o distinto tipo del que se renunció) que pudiera considerarse vulnerado, sino sólo dotado de una mera expectativa de indemnización.

Dicho de otro modo, no es posible anteponer una pretensión a la indemnización al ejercicio libre (dentro de sus respectivos límites) de un derecho fundamental, ahora a través de la revocación de su renuncia o autorización previa a la intromisión, porque el tercero, al carecer como se dijo más arriba de un derecho subjetivo (ni real ni obligacional), *tiene el deber de soportar, como regla*, y salvo situaciones extraordinarias, *el riesgo de sufrir consecuencias dañosas derivadas de esa libre revocación inherente a todo derecho de esta naturaleza.*

Además, tratándose de un derecho fundamental, parece lógico *evitar que se pueda condicionar el libre ejercicio del mismo por vía indirecta, esto es, por la vía de la exigencia de compensaciones económicas, sean legales o pactadas* (v.gr. cláusulas penales por la revocación), que podrían ser bastante elevadas en algunos casos, ante la perspectiva de una posible demanda por daños y perjuicios proveniente de tercero, cuyo interés además sería siempre indirecto, y por tanto no digno de protección frente al que ejercita su derecho fundamental, sea en sentido negativo, sea ahora en sentido positivo (tras una renuncia previa).

CAPÍTULO 4: LA RENUNCIA A LOS DERECHOS EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ITALIANAS. RENUNCIA A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN ITALIA. BREVE REFERENCIA AL DERECHO ALEMÁN.

INDICE:

4.1.- Doctrina y jurisprudencia italianas sobre la renuncia en general: 4.1.1.- Consideraciones generales sobre la renuncia en Derecho italiano, en contraste con el Derecho español. 4.1.2.- Sobre la posibilidad de renunciaciones tácitas y el valor del silencio. 4.1.3.- Sobre la irrevocabilidad general de la renuncia de derechos subjetivos (no fundamentales). 4.1.4.- Sobre la posibilidad de renuncia anticipada a derechos futuros o a expectativas de derechos. **4.2.- La renuncia y los actos dispositivos sobre derechos de la personalidad en el derecho italiano.** **3.- Los derechos fundamentales en Italia: límites y posibilidades de renuncia a los mismos:** 4.3.1.- El contenido de los derechos fundamentales: no ejercicio y renuncia parcial como posibles contenidos de los derechos fundamentales. 4.3.2.- Sobre los límites de los derechos fundamentales en la doctrina constitucionalista, y su traslación a los supuestos de renuncia a su ejercicio. 4.3.3.- Renuncia a los derechos fundamentales y contenido esencial. Revocabilidad de la renuncia y contenido esencial. 4.3.4.- La doctrina general sobre la *Drittwirkung* y su posible relevancia para las decisiones unilaterales en el ejercicio (o no ejercicio) de los derechos fundamentales. 4.3.5.- El ámbito de la posible renunciabilidad de los derechos fundamentales Las condiciones y límites de la renunciabilidad (puntual y limitada) a los mismos. **4.4.- La renuncia a derechos fundamentales concretos en el Derecho italiano: el ejemplo de la renuncia al derecho a la vida y el tratamiento de la eutanasia en Italia.** **4.5.- Breve referencia a la renuncia de derechos fundamentales en Derecho alemán.**

El análisis de la doctrina y jurisprudencia italianas en materia de renuncia a los derechos y de renuncia a los derechos fundamentales puede arrojar alguna luz adicional al debate planteado en los capítulos anteriores.

Como consideración general, puede afirmarse que, en Italia, existe un cuerpo doctrinal y jurisprudencial mucho mejor desarrollado que en España sobre la renuncia de derechos en general, desde la perspectiva civil, al existir importantes trabajos doctrinales tanto en fechas ya pasadas como en fechas más recientes, que permiten conocer con bastante precisión la figura de la renuncia. Lo mismo se puede decir en cuanto a los derechos de la personalidad, a partir de trabajos clásicos como el de DE CUPIS. En cambio, por lo que concierne a la renuncia en el ámbito de los derechos fundamentales, el desarrollo es bastante menor, y muy similar al de la doctrina y jurisprudencia españolas, aun cuando existen análisis más profundos en algunos aspectos puntuales. Todo esto es expuesto en las páginas siguientes.

4.1.- Doctrina y jurisprudencia italianas sobre la renuncia en general.

Desde un punto de vista comparado, un precepto legal como el del art. 6.2 CC español no existe como tal en los Códigos civiles de nuestro entorno (aunque sí pueda haber un tratamiento de la nulidad por vulneración de normas imperativas o similar, correlativo de nuestro artículo 6.3 CC), ni tampoco existen preceptos legales codificados que establezcan unos posibles límites a la renunciabilidad de los derechos o expectativas,

siendo lo normal reconducirlos a los límites generales de la autonomía privada, en el ámbito contractual específicamente.

Así sucede en Italia, donde el Código civil italiano carece de una norma de tal signo, reguladora de las renunciaciones, su ámbito de aplicación y sus concretos límites, tal como afirma MACIOCE ²¹⁵.

4.1.1.- Consideraciones generales sobre la renuncia en Derecho italiano, en contraste con el Derecho español:

La normativa italiana es huérfana de una regulación legal específica de las renunciaciones de derechos en general. Las razones no son conocidas, y puede obedecer, como ha dicho BOZZI (Lucia)²¹⁶, o bien a una escasa inclinación del legislador hacia definiciones y categorías dogmáticas, o bien ser fruto de una propia y consciente elección del legislador de no regular la renuncia como específico negocio unilateral.

En todo caso, la doctrina italiana es en general muy clara a la hora de considerar que la renuncia es un acto típicamente unilateral que se caracteriza por la abdicación de un derecho actual por parte de su titular.

Como consecuencia de ello, siendo la renuncia acto típicamente unilateral, lo que cualifica al acto de renuncia es la producción de un efecto esencial consistente en la abdicación por parte de su titular de la situación jurídica que le corresponde actualmente, de modo que no pueden ser considerados como efectos esenciales de la misma los posteriores efectos derivados para tercero o terceros, entre los cuales estarían cualesquiera ventajas patrimoniales que la renuncia pudiera ocasionar a dichos terceros, posibles beneficiarios²¹⁷, que serían por tanto únicamente efectos reflejos o indirectos.

Quizás es SCIANCALEPORE el mayor y más intenso defensor de la unilateralidad de la renuncia, tema al que dedica prácticamente toda la monografía publicada²¹⁸. El autor destaca el vicio consistente en la excesiva expansión de la noción misma de renuncia, y afirma que la esencia de la renuncia se ciñe a al acto negativo por el cual el titular de un derecho pura y simplemente se priva del mismo, no habiendo espacio en ese esquema funcional para una actividad que involucre a más partes, en cuyo caso se estaría produciendo una función de tipo traslativo, con transferencia de los derechos a la esfera jurídica de otro sujeto, impropia de la renuncia. Precisamente por eso, desde la

²¹⁵ MACIOCE, F., voz “*Rinunzia. Diritto Privato*”, en Enciclopedia del Diritto, tomo XL (Rest-Riun), ed. Giuffrè, Milano, 1989, pag. 923.

²¹⁶ BOZZI, Lucia, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Ed. Giuffrè, 2008, pag. 2.

²¹⁷ Vid. por todos MACIOCE, *ob. cit.*, pag. 926 y 928.

²¹⁸ SCIANCALEPORE, G., *Situazione giuridiche disponibili e rinunzia*, Giappichelli editore, 2008, pag. 40 ss..

perspectiva estructural, es suficiente con la voluntad unilateral del titular del derecho para la producción de efectos, y no necesita del consenso de otros sujetos, aun cuando el acto pueda incidir en esa esfera ajena, pero sólo lo hará indirectamente, ya que de otro modo se estaría produciendo una injerencia de esos sujetos en la esfera jurídica del renunciante. Eso sucede incluso en aquellos casos como el del abandono de fundo sirviente del art. 1070 *Codice*, donde lo primero es la pérdida del dominio, independientemente de la adquisición que haga el propietario del fundo dominante, que sería por tanto un evento posterior y separado. Así pues, la función traslativa en ningún caso, a su juicio, pertenece a la renuncia y por tanto no se puede realizar a través de tal institución. La declaración del destinatario de la renuncia es inútil para el perfeccionamiento del supuesto de hecho renunciativo, ya que ella no quita ni añade nada a la existencia y la validez del acto abdicativo. Lo cual a su vez lleva al autor a la no necesidad de receptividad de la renuncia por parte del beneficiario o beneficiarios, para la producción de efectos²¹⁹.

Es evidente que este planteamiento de la doctrina italiana puede ser enfrentado al Derecho español, donde existe una disciplina legal como la del art. 6.2 CC, de la que se puede deducir la posibilidad de equiparación de efectos entre renunciaciones unilaterales y exclusiones de la ley aplicable contenidas en negocios bilaterales.

En relación ahora a las renunciaciones bilaterales o contenidas en negocios bilaterales o plurilaterales, la aportación de la doctrina italiana resulta ser importante y seguramente más completa que la doctrina española.

Así, MACIOCE²²⁰ expone distintos supuestos de renunciaciones dentro o como estructura de orden bilateral o contractual. Así distingue entre: 1) renuncia contenida en un negocio bilateral, por ejemplo, cuando se inserta en un contrato o es declarada a cambio de una correspondiente o compensación; 2) renuncia configurada como cumplimiento de una obligación contractual cuando una de las prestaciones de las partes consista en una actividad cesatoria; 3) finalmente puede presentarse la renuncia como fruto del acuerdo entre el renunciante y el destinatario de los efectos reflejos de del acto de renuncia, aunque en tales casos se pueden producir los efectos propios de la renuncia con independencia de una manifestación de voluntad del destinatario del negocio. Ha de advertirse que, para este autor, en ninguno de estos casos nos hallamos ante una verdadera y propia renuncia,

²¹⁹ Quizás podría pensarse que, precisamente por ser inútil la voluntad o consentimiento del tercero beneficiario, es por lo que, seguramente, el perjuicio de tercero -igual que no lo es el beneficio de ese tercero- no debería ser propiamente -salvo excepciones muy puntuales- un límite a la validez de la renuncia, en cuanto acto netamente unilateral con eficacia por el solo hecho de la manifestación de voluntad del titular renunciante. Parecería más razonable en todo caso, habiendo terceros afectados por la renuncia merecedores de una específica tutela (v.gr. acreedores actuales del renunciante), que se produjera una ineficacia parcial de la misma frente a ellos, antes que constituir una causa de invalidez general del acto renunciador, el cual siempre debería producir efectos al menos respecto del propio sujeto que prestó su consentimiento a la renuncia.

²²⁰ MACIOCE, *ob.cit.*, pag. 934-935.

dado que a su juicio la producción de los efectos típicos de de la renuncia se halla impedida con ocasión o como consecuencia de la estructura bilateral del negocio.

Más claro es SCIANCALEPORE²²¹, quien respecto de la naturaleza de la renuncia, que considera siempre un negocio unilateral, recoge una serie de supuestos que *a priori* pudieran considerarse renunciaciones pero que no lo son, por tratarse de negocios realmente bilaterales o contractuales, como los siguientes: 1) la renuncia de una persona sin querer a cambio alguna contraprestación, o sea, *donandi causa*, y la otra parte lo acepta, caso en que nos hallaríamos ante una típica donación; 2) también puede suceder que la persona renuncie a la propia situación subjetiva a cambio de una prestación, en cuyo caso estaremos ante una renuncia recíproca o “correspective”, la cual precisa del esquema negocial del contrato; 3) distinto fenómeno es aquel de renuncia traslativa, que se produce cuando a través del abandono del renunciante se realiza un efecto traslativo frente a otra persona, como sucedería en supuestos de renuncia inserta dentro de una transacción o en un contrato correspondiente. Un poco más adelante el autor excluye también del ámbito de la renuncia los supuestos de novación contractual, a partir de una hipotética consideración de la novación como suerte de renuncia al crédito preexistente en la relación novada o modificada.

Desde una perspectiva algo diferente, BOZZI²²² considera que no hay argumentos persuasivos para defender la posible bilateralidad de la renuncia, en supuestos tales como la novación, la compensación o los casos de renuncia traslativa. Respecto de la primera, entiende la autora que el efecto extintivo/sustitutivo resulta no sólo prevalente, sino verdaderamente absorbente y excluyente de cualquier posible efecto de renuncia. En las renunciaciones traslativas, tampoco resulta identificable con la normal renuncia, dado que el acto de expoliarse voluntariamente de un derecho propio se inserta en un esquema más amplio a cambio de un correspondiente, y en él la renuncia se configura como una suerte de contraprestación de carácter negativo.

En cuanto a las relaciones entre renuncia y disposición, para MACIOCE²²³, “el efecto extintivo no puede en absoluto estar referido a la titularidad del derecho del disponente, entendido como ligamen entre el sujeto y la situación jurídica renunciada, ya que tal efecto, siendo propio de todos los negocios en sentido lato dispositivos, comprendida la enajenación, no puede caracterizar la renuncia.

²²¹ SCIANCALEPORE, G., *Situazione giuridiche disponibili e rinunzia*, cit., pag. 36 a 41.

²²² BOZZI, L., *ob.cit.*, pag. 5 ss. Vid. también pag. 114 ss. respecto de renunciaciones insertas en operaciones complejas o en contratos con estructura bilateral, al considerar que en estos casos la actividad abdicativa no es cumplida “de por sí”, en cuanto no es función ni causa de ese contrato, sino *más bien es objeto o instrumento del mismo*; sería la renuncia *un acto de cumplimiento* de aquello a lo que una de las partes se había previamente obligado. En esos casos, si el contrato precedente fuese declarado nulo, la atribución patrimonial producida por ese acto solutorio de renuncia resultará también privada de justificación y por tanto susceptible de repetición.

²²³ MACIOCE, *ob.cit.*, pag. 925 ss.

De este modo, parece establecerse la diferencia entre renuncia y disposición, lo que acaso llevaría a la no necesidad de poder de disposición para renunciar a un derecho. En este sentido, el autor dice que la renuncia implica una situación en donde falta uno de los sujetos de la relación jurídica, y que esta figura da lugar a un supuesto de hecho que se cualifica por la producción de un efecto esencial, consistente en la abdicación por parte del sujeto a la situación jurídica de la que es titular; los ulteriores efectos, extintivos o modificativos de la relación, no pueden ser considerados como efectos esenciales cualificantes del supuesto de hecho renunciativo²²⁴.

En cuanto a los objetos posibles sobre los que puede recaer el negocio de renuncia, MACIOCE²²⁵ incluye todas las situaciones jurídicas subjetivas, sean de naturaleza sustancial o bien procesal (renuncia a la acción o renuncia a los actos del juicio), incluyendo derechos potestativos (renuncia a la acción de nulidad, renuncia de intereses legítimos). Deben excluirse la renuncia al *status*: tal eventualidad queda impedida por la imposibilidad lógica de referir el negocio renunciativo a las singulares situaciones pasivas anudadas al estatus e inescindiblemente ligadas al complejo de posiciones subjetivas de deber y de poder que encuentran fuente en el *status*. Luego relaciona esa irrenunciabilidad con la idea de tutela de un interés ajeno (del menor, por ej.) o de tutela de intereses referidos a una colectividad o a un grupo.

No dice sin embargo nada este autor acerca de los DF, que no son situaciones de deber-poder. En cambio sí se refiere a los derechos de la personalidad²²⁶ en términos poco claros. Cree que la irrenunciabilidad se conecta, no con la tipología de la situación jurídica, sino con la naturaleza de la relación objeto del negocio. La configuración normativa del interés determina la irrenunciabilidad (de modo que son siempre irrenunciables), por ser un interés respecto del cual el ordenamiento está directamente interesado, y puesto que la renuncia es expresión de un poder dispositivo, la categoría de los derechos irrenunciables se resuelve en aquella de derechos indisponibles. Así sucede con algunos derechos familiares, incluso de naturaleza patrimonial (como el derecho de alimentos), así como los derechos de la personalidad íntimamente ligados a la persona de su titular.

Por su parte, BOZZI (L) señala²²⁷ que, en línea general, se puede afirmar que el ámbito de los derechos renunciables coincide, sustancialmente, con el de los derechos disponibles, e incluye entre los irrenunciables las potestades, los *status* y los derechos de la personalidad. No obstante, en relación a estos últimos, afirma que resulta posible operar una distinción según que el acto de disposición afecte al “núcleo esencial” del derecho o

²²⁴ A este respecto, esto es quizás lo que la diferencia del acto dispositivo, y puesto que no tiene por fin efectos directos adquisitivos frente a terceros, sino a lo sumo indirectos o reflejos, es por lo que seguramente no se necesitaría poder de disposición.

²²⁵ MACIOCE, *ob.cit.*, pag. 941-942.

²²⁶ MACIOCE, *ob. cit.*, pag. 942-943.

²²⁷ BOZZI, L., *ob.cit*, pag. 10 ss..

lo haga a aspectos relativos a su posible disfrute económico, de modo que el derecho de la personalidad es absolutamente indisponible, y quizás irrenunciable, solo en su dimensión de derecho “esencial” y cualificativo de la persona; en cambio es disponible y renunciante el derecho a hacer propias las utilidades económicas que es susceptible de producir, siendo por ello posible ceder o renunciar a hacer valer la tutela relativa al disfrute económico.

Se trata de una afirmación bastante discutible, en cuanto que no es nada fácil discernir los aspectos económicos y los no económicos de los DP, pudiendo haber derechos de este tipo que no tengan ese tipo de manifestaciones de índole patrimonial, a pesar de lo cual es perfectamente imaginable en ellos la posibilidad de renunciar o no ejercitar el derecho en la situación concreta en la que podría tener relevancia, por haberse producido una vulneración o lesión por parte de tercero.

La autora incide también en la idea de la indisponibilidad e irrenunciabilidad de derechos, como el de alimentos, o las potestades, en cuanto en ellos el interés tutelado no es el del renunciante, sino un interés ajeno, o de la colectividad.

4.1.2.- Sobre la posibilidad de renunciaciones tácitas y el valor del silencio:

En Italia, SCIANCALEPORE²²⁸ se muestra partidario de considerar, siguiendo a la jurisprudencia italiana, que la renuncia no se presume (en cambio, sí se presume la voluntad de conservar), de modo que no se puede considerar que exista tal negocio jurídico cuando, aun pudiendo concurrir una conducta hipotéticamente abdicativa, concurren a la vez otras conductas contrarias e incompatibles con ella. En estos casos, debe presumirse lo contrario, esto es, que el titular del derecho tenía intención de conservarlo y no de abandonarlo. Admite el autor las renunciaciones tácitas, pero sólo cuando exista un comportamiento total e inequívocamente incompatible con la voluntad de hacer uso del derecho. Pone el ejemplo de la renuncia tácita a la prescripción, y la necesidad de interpretarla de forma restrictiva: quizás el ejemplo no es el mejor, ya que sabemos que la jurisprudencia española declara que la prescripción es figura de interpretación restrictiva, pero ello no conduce a la misma interpretación respecto de la renuncia a la prescripción.

Téngase en cuenta que, siendo un acto unilateral la renuncia, es en la práctica difícil la concurrencia de comportamientos de los que se pueda deducir ese carácter inequívoco que debe reunir la conducta tácita. Eso se refleja especialmente en los casos de silencio del sujeto titular, quien pudiendo ejercitar su derecho (por ej., por haber sido violado o vulnerado por tercero), se abstenga de forma continuada de accionar judicial o extrajudicialmente.

Al respecto, SCIANCALEPORE considera que el silencio, en su correlación con las renunciaciones tácitas, más que un comportamiento constituye una no-conducta, por lo que no

²²⁸ SCIANCALEPORE, *ob.cit.*, pag. 125 ss.

puede tenerse en cuenta en plano interpretativo. Eso sí, reconoce la grave dificultad de confrontar el silencio como no-conducta a la exigencia jurisprudencial de que se trate de un comportamiento unívoco para declararlo como renuncia tácita. Entendemos que el autor incurre en el error de considerar que, para poder atribuir un preciso y unívoco significado al silencio, debe tratarse de un caso en el que el sujeto tenga el deber de hablar y no lo haga, o cuando, según las relaciones entre las partes, al silencio se le pueda atribuir un determinado significado. Como puede pensarse, esto puede ser correcto respecto de renunciaciones a derechos nacidos de una previa relación jurídica entre dos partes, pero parece muy complicado trasladarlo a derechos absolutos como la propiedad o los derechos de la personalidad o los derechos fundamentales, donde parece muy poco probable una previa relación entre dos o más sujetos. A la postre, el silencio acaba reduciendo su eficacia a las situaciones en que sea tan extenso en el tiempo, que sobrevenga la prescripción del mismo: sin embargo, no siendo la renuncia un supuesto de extinción del derecho, sino de salida del mismo del patrimonio de renunciante, no debería hacerse esa total equiparación entre silencio y transcurso del plazo prescriptivo, debiendo acogerse situaciones en las que, por aplicación del principio de buena fe, se asimile el silencio continuado a la renuncia tácita unilateral.

En este ámbito, algún autor italiano como RANIERI²²⁹ se ha planteado la conexión entre renuncia (tácita) y casos de la figura de origen alemán llamada “*Verwirkung*” o inactividad o retraso desleal en el ejercicio de un derecho, con la producción de unos efectos equiparables a los de la renuncia, a partir de planteamientos de la doctrina alemana en la materia. Llega a recoger la afirmación, especialmente relevante para los derechos fundamentales o derechos de la personalidad, de que una de las diferencias entre *Verwirkung* y renuncia tácita reside propiamente en el hecho de que la *Verwirkung es admisible incluso en la hipótesis de un derecho irrenunciable*. Plantea por tanto el autor la posibilidad de que el silencio o inactividad en un derecho irrenunciable como pudiera ser un derecho fundamental pueda conllevar el rechazo, por contrario al principio de buena fe, a la pretensión derivada del mismo, cuando la misma fuese ejercitada por su titular transcurrido un tiempo considerable y habiendo generado la convicción en los posibles beneficiarios de que no se iba ya a ejercitar. A pesar de ello, el autor manifiesta que la práctica italiana se halla lejos de acoger este planteamiento, más propio de la doctrina alemana.

Mucho más clara resulta la postura de BOZZI (L.)²³⁰, quien analizando las renunciaciones tácitas en el Derecho italiano, admitidas de forma unánime por la doctrina italiana, trae a colación el instituto alemán de la *Verwirkung* y la posible asimilación con la renuncia tácita. En un ejercicio a nuestro juicio de pragmatismo jurídico, la autora considera viable que, cumpliéndose las condiciones de la *Verwirkung*, entre las que señala la inactividad del derecho por su titular, durante un período de tiempo no determinable de antemano

²²⁹ RANIERI, F., *Rinuncia tacita e Verwirkung: tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, Padova, CEDAM, 1971, pag. 46-47

²³⁰ BOZZI, L.; *ob.cit.*, pag. 195 ss.

pero relevante en función de las circunstancias de cada caso, seguido de la convicción por parte de tercero de que el derecho no será ejercitado en el futuro por su titular, resulte a la postre posible a nivel judicial paralizar, mediante la excepción de *Verwirkung* (mala fe, abuso del derecho), la pretensión de quien a pesar de ello ejercita el derecho de forma intempestiva.

Para BOZZI, lo decisivo para la operatividad de la *Verwirkung* en Derecho italiano reside, no tanto en que hayan sobrevenido conductas acreditativas de forma inequívoca de una voluntad de renunciar (tácitamente). Por el contrario, pueden producir los mismos efectos conductas negativas del presunto renunciante aun cuando no exista o no sea demostrable de forma plena esa voluntad. La voluntad del sujeto de renunciar no es el dato definitivo para aplicar los mismos efectos abdicativos de toda renuncia expresa o tácita. Bastará con que haya transcurrido un cierto período de tiempo y se haya creado la legítima confianza de que no se iba a utilizar el derecho, para que la conducta posterior del sujeto ejercitando el derecho, por ser contradictoria con la omisión anterior, produzca un efecto desestimatorio de la pretensión ejercitada. Se apoya finalmente la autora en diversas resoluciones de la jurisprudencia italiana en las que se declara que, aun siendo dudosa la efectiva voluntad (tácita) de abdicar del derecho, existió una renuncia al mismo, a pesar de que el retraso en el ejercicio del derecho no se considere por sí solo como suficiente para demostrar una verdadera voluntad renunciativa. Se trata, en suma, a juicio de la autora, de sacrificar el dogma de la voluntad a favor de la tutela de la confianza suscitada en el tercero o terceros.

Estas ideas llevan finalmente a la autora a sostener, como consideración final, que no existe en realidad, en Derecho italiano, una figura unitaria de renuncia, sino, junto a la expresa y la tácita, modalidades y situaciones donde no resultará decisiva la prueba de una voluntad abdicativa, sino que entrarán dentro del concepto de renuncia otros supuestos, como los derivados de aplicar la doctrina de la *Verwirkung*, en los que se prescinde de la voluntad, bien presumiéndola, o bien apreciándola de manera objetiva, y no ya sólo desde una óptica subjetiva²³¹.

Respecto de las relaciones entre silencio y transcurso del plazo prescriptivo, planteado como hemos visto por algún sector de la doctrina, debemos pensar en los supuestos de derechos fundamentales, donde en principio rige el criterio general de la imprescriptibilidad de los mismos.

Ello obliga a plantear de manera más acuciante el valor del silencio reiterado de su titular en caso de vulneración del mismo por tercero, en los términos antes expuestos. Es patente que, al no jugar del mismo modo la prescripción en estos derechos, debería otorgarse justamente mucha más relevancia a ese silencio continuado, hasta el punto de la

²³¹ BOZZI, L., *ob.cit.*, pag. 219-228.

equiparación a la renuncia tácita por hechos concluyentes, si no en todas las situaciones, sí en muchas de ellas.

Por su parte, BOZZI (A.)²³² señala que debe distinguirse de la renuncia el ejercicio o no uso de un derecho subjetivo del que se era titular. En esta hipótesis, incluso cuando el sujeto asuma el comportamiento omisivo con el fin de determinar la salida del derecho del propio patrimonio, ello sólo denotaría la voluntad de no hacer valer el derecho, pero no aquella otra (positiva) de renunciarlo, y señala que el efecto típico de la pérdida del derecho puede subseguir al no ejercicio por razones que pueden también prescindir de la voluntad del titular de perder el derecho.

4.1.3.- Sobre la irrevocabilidad general de la renuncia de derechos subjetivos (no fundamentales):

En general, la doctrina italiana es claramente partidaria de la irrevocabilidad general de las renunciaciones a los derechos subjetivos.

Así, para MACCIOCE²³³, la irrevocabilidad de la renuncia está estrechamente ligada a la naturaleza unilateral y no recepticia de la declaración en que consiste, en cuanto los efectos de la renuncia (esencialmente limitados a la producción de efectos directos en el patrimonio de renunciante, y sólo indirectamente y de forma puramente refleja en el de los terceros) no son en absoluto dependientes de la notificación o comunicación de la declaración a los terceros interesados. Se trata de aplicar al negocio de renuncia las mismas pautas del resto de negocios jurídicos, donde no se puede anular por propia determinación del declarante los efectos de la declaración de voluntad.

No existe por otro lado ninguna norma jurídica que ampare, respecto de las renunciaciones unilaterales, la revocabilidad mientras no haya llegado a conocimiento de los terceros afectados. Los autores que han defendido esta posición en Italia, concretamente se cita a STOLFI²³⁴, lo hacen apoyándose en el art. 525 CC italiano, que como sabemos admite excepcionalmente, y con condiciones, la revocación de la renuncia a la herencia. Sin embargo, esta norma es considerada por la mayoría de la doctrina como una anomalía en el sistema sucesorio italiano, por lo que no estaría justificada su extensión a otras hipótesis de renuncia de derechos subjetivos, siendo conocido además que la misma no existe en el Código civil español (art. 997 CC).

²³² BOZZI, A., Voz “Rinunzia (Diritto Pubblico e Privato)”, *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Torino, 1968, pag. 1148.

²³³ MACCIOCE, *ob. cit.*, pag. 939 ss..

²³⁴ STOLFI, “In tema di revocabilità della rinunzia”, *Foro italiano*, 1933, I, pag. 758 ss.

4.1.4.- Sobre la posibilidad de renuncia anticipada a derechos futuros o a expectativas de derechos:

En Italia, a pesar de la falta de regulación específica del renuncia de derechos, la doctrina italiana ha expresado su parecer sobre lo que deba entenderse como “renuncia de derechos”, hasta el punto de considerar mayoritariamente, con más o menos matices, sólo como verdaderas renunciaciones las referidas a derechos *actuales*, excluyendo como tales las renunciaciones a derechos futuros o expectativas de derechos.

Existe por tanto en Italia una corriente doctrinal importante que considera que esos actos o declaraciones de voluntad consistentes en no querer un derecho o facultad que pudiera corresponderles en el futuro, o al que pudiera ser llamado el renunciante, no constituyen propiamente renunciaciones (de derechos). Sólo sería renuncia la que concierne a un derecho ya existente en el patrimonio del renunciante, no siendo tal la de un derecho futuro, de modo que sería inválida esa renuncia.

Así, pueden citarse, entre otros, a LA TORRE²³⁵. También la opinión de BOZZI (A.)²³⁶, quien plantea la inidoneidad de que constituya objeto de renuncia aquellos derechos que no existan actualmente en el patrimonio del renunciante. Al efecto, considera necesario distinguir entre: (I) Hipótesis en que el derecho subjetivo no está inmediatamente conectado a un determinado sujeto, sino simplemente puesto a su disposición, en cuyo caso entiende que no puede ser renunciado ese derecho diferido (pone el ejemplo de la delación hereditaria misma); (II) Expectativas de derecho que no sean expectativas de mero hecho o de esperanza o previsiones genéricas de adquisición, en cuyo caso sí podrían ser objeto de renuncia; y (III) Los derechos futuros, cuando no entren en las categorías señaladas de derechos diferidos o de expectativas de derecho, en cuyo caso tampoco podrían ser objeto de renuncia. A la postre, BOZZI considera que no pueden constituir punto de referencia de renunciaciones aquellos derechos que no existan al momento de renuncia, ni en el patrimonio del renunciante ni de ningún otro, o que existan pero en patrimonio ajeno, porque considera que las eventuales renunciaciones no están en condiciones de generar efectos extintivos actualmente o en el futuro, y no se verifican en ellas ni siquiera efectos provisionales u obligatorios en vista o en función de la futura adquisición, no disponiendo de legitimación para el acto de renuncia en estas situaciones.

MACIOCE²³⁷ se refiere también a este tema, y opina que hay que distinguir entre dos hipótesis, con solución diversa: renuncia a expectativas y renuncia a derechos futuros. Respecto de expectativas (entendida como situación tutelada en vía conservativa y

²³⁵ LA TORRE, María Enza, *Abbandono e rinuncia liberatoria*, Ed. Dott A. Giuffrè, Milano, 1993, pag. 2, para quien el significado moderno de renuncia concierne a la voluntad negativa que el sujeto manifiesta con referencia a un bien o a un derecho de su pertenencia, o bien a una facultad o una acción por él ejercitable.

²³⁶ BOZZI, A. Voz “Rinunzia (Diritto Pubblico e Privato)” *cit.*, pag. 1141-1142.

²³⁷ MACIOCE, *ob.cit.*, pag. 940-941

cautelar por el ordenamiento en vista de la adquisición del derecho) debe considerarse que pueden ser renunciadas por el sujeto titular. Se trata de una situación jurídica subjetiva que puede definirse como potencial solo si se atiende a la instrumentalidad de su tutela respecto a la adquisición del derecho todavía no nacido; en realidad, aquí está ya presente el requisito de la actualidad, de modo que el sujeto que renuncia a ella lo hace a un derecho actual y no a un derecho futuro.

Respecto de la renunciabilidad de derechos futuros, considera el citado autor que se produce perplejidad. Considera no aplicable ni extensible el criterio del art. 458 y 2937 CC sobre renuncia anticipada a la herencia aún no abierta, por responder a razones particulares. La razón a su juicio podría por el contrario buscarse en la imposibilidad de producirse el efecto abdicativo con referencia a un derecho no existente en el patrimonio de sujeto al momento de la renuncia o bien existente pero en el patrimonio de otro. Ese efecto debería ser impedido por la carencia de los presupuestos indispensables para el cumplimiento del acto, que consisten en la capacidad de renunciar, en la disponibilidad del derecho y en la legitimación para poner en marcha la renuncia (pag. 941). Sin embargo, asume que buena parte de la doctrina admite esa renunciabilidad, al no haber obstáculos de carácter lógico, en cuanto a específicas prohibiciones en las particulares posiciones jurídicas consideradas, tal como por lo demás reconoce la propia jurisprudencia italiana, que se inclina por la posición afirmativa.

BOZZI (L.) considera que la disponibilidad y renuncia sobre derechos futuros no puede estar excluida desde el plano normativo, al no existir norma que lo prohíba, ni ser generalizables las limitaciones de los arts. 458 y 2937 CC, por responder a fines específicos. Matiza esta idea señalando, como hacen otros autores, que estas renunciaciones preventivas pretendan excluir prohibiciones impuestas por normas imperativas, como la renuncia a un resarcimiento futuro. Cita y hace propia la opinión de otros autores, como COPPOLA, que fundamentan la validez de estas renunciaciones anticipadas en el art. 1348 combinado con el genérico art. 1324 del *Codice*, y señala que el efecto de esta declaración de voluntad no sería propiamente la de impedir que el derecho renunciado entre en el propio patrimonio, cuanto el de provocar una verdadera abdicación que tendría lugar en el mismo momento lógico de la adquisición, haciendo que adquisición y pérdida se verifiquen sin solución de continuidad.

Esta idea resulta bastante dudosa, a nuestro juicio, dado que, de ser cierta, implicaría que, aunque fuera en un momento ideal, el derecho entraría en el patrimonio del renunciante, con lo que la “posterior” (aunque sea en el mismo momento) pérdida no impediría a los acreedores del renunciante solicitar la ineficacia de la renuncia, por haberse hecho en perjuicio suyo, en ejercicio de una típica acción revocatoria. Ello además implicaría exigir al renunciante un poder de disposición que puede que no tenga en el momento del nacimiento del derecho, pero sí en la fecha en que renunció anticipadamente. Ya dijimos más arriba que en las renunciaciones anticipadas no se pueden aplicar estas normas, al no existir aún un derecho en el patrimonio del sujeto renunciante, y no poder los acreedores actuales impugnar ese acto, ni poder tampoco los acreedores futuros de ese sujeto ampararse en que el derecho ha entrado idealmente en su patrimonio.

En una línea similar, SCIANCALEPORE²³⁸ estima que la renuncia de un derecho futuro implica un acto dispositivo con relación a la titularidad de un derecho inexistente en el momento de la abdicación, por lo que considera que la renuncia a ese derecho futuro, al tener su incidencia sobre la titularidad, no parece configurable como un acto dispositivo hecho bajo la condición suspensiva de su mismo surgimiento.

En Derecho italiano, como antes se avanzaba, se da la particularidad de que existe una disposición legal, el art. 1324 C.Civile que concede regulación específica a los actos unilaterales de contenido patrimonial disponiendo, salvo disposición diversa de la ley, la traslación a dichos actos unilaterales, entre los cuales se encontrarían las renunciaciones de derechos, de las normas que regulan los contratos, en tanto sean compatibles. Se trata, como ha sido dicho por SCONAMIGLIO²³⁹, de una cierta asunción por el legislador de una noción unitaria del negocio jurídico, aunque con la limitación evidente a los actos unilaterales inter vivos de contenido patrimonial, dada su particular afinidad con los contratos, pero que dejaría fuera a otros actos o renunciaciones unilaterales cuando no tengan ese contenido, sino que sean de orden personal. Respecto de los primeros (los actos unilaterales patrimoniales), se incluiría la renuncia de derechos de contenido patrimonial. Respecto de los segundos, además del testamento (actos mortis causa, y no inter vivos de contenido patrimonial), el autor sitúa exclusivamente los actos de derecho de familia, que son diversos por su estructura, contenido y función, y a ellos se les podrían aplicar algunas reglas contractuales, pero vía analógica, y no por aplicación directa, como hace el art. 1324 CC para los de contenido patrimonial, pudiendo tener cabida las exigencias de capacidad o las normas sobre vicios o simulación propias de los contratos.

Es llamativo que no se aluda por el citado comentarista a posibles renunciaciones unilaterales en el ámbito de los derechos fundamentales o derechos de la personalidad, donde seguramente la disciplina legal contractual podría no tener fácil aplicación.

Es posible que este precepto legal haya influido en la opinión doctrinal tradicional contraria a las renunciaciones anticipadas de derechos o renunciaciones a expectativas jurídicas o derechos futuros, al no existir una disciplina legal concreta, ni suponer el citado artículo 1324 CC una referencia adecuada para disciplinar jurídicamente este tipo de actos, que no serían equiparables a las renunciaciones a derechos (patrimoniales) actuales, que sí tendrían fácil cabida en el ámbito del referido art. 1324 CC.

En cuanto al régimen jurídico de la renuncia anticipada a derechos futuros o expectativas de derecho, lo cierto es que, a pesar de admitirse la validez de las renunciaciones a derechos futuros, aunque sin calificarlos propiamente como actos de “renuncia”, no se ha preocupado la doctrina italiana de señalar el régimen jurídico de este tipo de actos. No obstante, dado que la renuncia es considerada un acto dispositivo de bienes del propio

²³⁸ SCIANCALEPORE, *ob.cit.*, pag. 164 (nota 179).

²³⁹ SCONAMIGLIO, *Commentario del Codice Civile a cura di A.Scialoja e G. Branca. Libro quarto: Obbligazioni art. 1321-1352. Contratti in generale*, Zanichelli Editore, Bologna-Roma, 1970, pag. 52 ss.,

patrimonio, es probable que no sea preciso el poder de disposición para realizar renunciaciones anticipadas a derechos futuros, salvo en materia hereditaria, donde existe una normativa específica.

4.2.- La renuncia y los actos dispositivos sobre derechos de la personalidad en el derecho italiano:

La postura tradicional de que los derechos de la personalidad son irrenunciables, indisponibles e intransferibles e imprescriptibles, fue defendida desde sus inicios por los autores, y que ha seguido manteniéndose por la doctrina hasta fecha relativamente reciente, primordialmente por su relación con la indisponibilidad de los mismos

Sin embargo, es posible encontrar cada vez más opiniones que matizan esa doctrina clásica, en unos u otros sentidos.

Así, ya en la doctrina clásica, DE CUPIS²⁴⁰, uno de los creadores de la doctrina sobre DP, tras defender la intransmisibilidad e indisponibilidad de los DP, mantenía también la irrenunciabilidad de los mismos, y afirma que *la renuncia es una manifestación más del poder de disposición, por lo que, siendo indisponibles e intransferibles a terceros los referidos derechos, debe suceder lo mismo con la facultad de renunciarlos*. No obstante, admite el autor citado que *un derecho puede ser indisponible pero sí renunciable*: por tanto, admite que poder de disponer y poder de renunciar no siempre concurren correlativamente en el mismo derecho, siendo posible que su titular aun cuando no pueda transferir, sí que pueda provocar la extinción mediante renuncia abdicativa. Señala además DE CUPIS que *la irrenunciabilidad de los derechos privados en general tiene un carácter aún más excepcional que la de su intransmisibilidad*. A continuación señala el autor que los llamados “derechos familiares” por su naturaleza tienen impedida la posibilidad de su renuncia por su coligamiento con el deber ínsito en ellos²⁴¹.

En Italia, BOCHINI y QUADRI²⁴² se refieren igualmente a este asunto, tras destacar la indisponibilidad e irrenunciabilidad de los derechos de la personalidad, y admiten la tendencia a no considerar excesivamente rígida la idea de la indisponibilidad admitiendo

²⁴⁰ DE CUPIS, A., *I diritti della personalità*. en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por A. Cicu y F. Messineo, Ed. Giuffrè editore, Milano, 1982, pag. 91 ss..

²⁴¹ A pesar de ello, acaba manteniendo DE CUPIS la irrenunciabilidad de los DP en virtud de su carácter de “*esencialidad*”, entendiendo que la personalidad jurídica quedaría vaciada de contenido si se admitieran actos de renuncia al derecho, debiendo permanecer en la esfera del sujeto durante toda su vida, a pesar de su contraria voluntad, la cual no podrá tener eficacia jurídica. No obstante, el autor, en nota a pie de página, cita a NEGRO, y su tesis de que *el fundamento de la irrenunciabilidad debe ser otro del de la indisponibilidad*, al basarse más bien en *una exigencia de orden moral* correlativa a la elevadísima importancia de estos bienes, lo que lo diferencia de la indisponibilidad, que se basa en que el derecho, por su propia naturaleza, no puede mutar de sujeto titular.

²⁴² BOCHINI y QUADRI, *Diritto Privato*, ed. Giapichelli, 2016, pag. 185

la posibilidad de voluntarias limitaciones parciales y renunciaciones al ejercicio de tales derechos.

También GALGANO²⁴³, en Italia, tras afirmar que estos derechos son inviolables tanto por el Estado como en las relaciones entre particulares, señala el carácter absoluto de los derechos de la personalidad, lo que llevaría a la indisponibilidad de los mismos, y dentro de ésta a la inalienabilidad y la irrenunciabilidad. No obstante, respecto de esta última afirma que, en algunos derechos, como el de la propia imagen, son posibles actos de disposición sobre algunos aspectos. Luego se refiere al derecho al propio cuerpo, y admite lo que impropiaamente serían “actos de disposición” sobre el mismo, como transfusiones de sangre o trasplantes de riñón, pero en los que propiamente no se obliga al que consiente, quien puede siempre revocar el consentimiento prestado.

Más recientemente, VALLE²⁴⁴, tras examinar las posibilidades de “contractualizar” los derechos de la personalidad, afirma que la disposición de estos derechos se viene extendiendo con el tiempo en las sociedades actuales, matizando que esa disposición, tradicionalmente excluida y reputada como ilícita, no impide la cesión de “atributos de la personalidad” a terceros, siempre según modalidad determinada y tiempo definido; ofreciéndose asimismo a la persona ocasiones para renunciar o limitar el goce de los propios derechos de la personalidad.

En contra de aplicar a los DF la distinción entre titularidad y ejercicio, y la admisión de la renunciabilidad o disponibilidad puntual del derecho, cabe señalar a BALDASSARRE²⁴⁵, para quien las características de la irrenunciabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad conllevan una neutralización de la titularidad de los derechos inviolables o, si se prefiere, la afirmación de una recíproca indiferencia entre la titularidad y ejercicio de los citados derechos a través de una suerte de “reserva de indisponibilidad” de tales derechos, y considera que el ejercicio de un derecho de esta naturaleza comporta que el titular pueda disponer, positivamente o negativamente, del bien en que consiste la específica libertad en cuestión en el modo que quiera, sin que ello pueda influir sobre la titularidad del mismo derecho.

GALGANO enseña que el consentimiento a la utilización por otro, por ejemplo, del propio nombre, en cuanto acto inherente al ejercicio de un derecho de la personalidad, no puede constituir el válido objeto de un vínculo contractual, revocable por parte de su titular, con derecho puntual a favor de la otra parte a la indemnización del daño eventualmente derivado de la revocación²⁴⁶.

²⁴³ GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. Primo, 3ª edic., Ed. CEDAM. Padova, 2015, pags. 176-178.

²⁴⁴ VALLE, L., *Il contratto e la Realizzazione del Diritti della Pesona*, Ed. Giappichelli, 2020, pag. 174-175.

²⁴⁵ BALDASSARRE, A., *Diritti della persona e valori costituzionali*. Ed. G. Giappichelli, Torino, 1997, pag., 84-85

²⁴⁶ GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, I, Padova, 2009, pag. 159 ss..

RICCI²⁴⁷, sin embargo, es de otra opinión, al considerar que sí es posible ese vínculo contractual. Parte de que es preferible plantearse la posible “disponibilidad” del sujeto sobre su nombre o su imagen, más que su “renunciabilidad”, que estaría incluida dentro de la más amplia “disponibilidad”. Analiza y critica la doctrina tradicional que se basaría, a su juicio, en la idea del carácter personalísimo de estos derechos, como base para justificar su indisponibilidad y la natural revocabilidad del acto realizado, admitiendo sólo la renuncia a específicas formas o modalidades de ejercicio de estos derechos; de estas consideraciones es de donde se suele derivar la idea de la revocabilidad natural del consentimiento prestado (y por tanto la inviabilidad de los negocios o contratos sobre tales elementos o derechos), que es la idea que ha cuajado en la jurisprudencia italiana, que defiende tales ideas y considera que la responsabilidad que puede derivarse del incumplimiento de esos consentimientos es una responsabilidad extracontractual, y nunca contractual, por considerar que no ha habido contrato válido entre las partes.

Esa tesis más tradicional, asumida por la jurisprudencia italiana, considera que los actos realizados por el titular del derecho al ceder su imagen, se tratarían de actos unilaterales de renuncia a específicas formas o modalidades de ejercicio del DP, actos de renuncia que no comportan transferencia del derecho, de por sí intransferible, y que dan vía a una situación de “tolerancia” del titular frente a la actuación ajena. Así Cass. 17 febrero 2004 y 19 noviembre 2008. En la primera se dice literalmente que el consentimiento a la cesión de la imagen, si bien puede eventualmente aparecer insertado en un contrato, resulta distinto y autónomo del mismo (lo que es relevante a los fines de su revocabilidad); sería un negocio unilateral cuyo objeto no sería el derecho mismo a la imagen, sino actos de ejercicio del mismo, y no de disposición, y que la estipulación de una compensación no constituye un elemento del negocio autorizativo en cuestión²⁴⁸.

Considera por el contrario RICCI que no es disponible el derecho mismo, sino sus “componentes” (incluso considera que no es preciso ni siquiera aludir a los “componentes”: habla de tutela del bien “nombre” o “imagen”, y tutela “del valor del bien” o de los componentes del derecho). Si el objeto de lo contratado fuera el derecho mismo, no habría más remedio que compartir la tesis tradicional, al considerar el contrato nulo por imposibilidad jurídica, o por ser contraria a la ley y el orden público.

Incide la autora citada en que, además de la tutela de estos derechos por la vía del art. 2043 CC italiano (responsabilidad civil), como tutela *a posteriori* tras una lesión de los mismos, existe una tutela *a priori*, de control efectivo de la persona sobre los componentes de la personalidad, lo que lleva a plantear la posibilidad del sujeto de disponer de la propia personalidad. A esta pregunta responde señalando la cada vez más frecuente difusión de situaciones en las que la persona dispone del propio nombre y de la

²⁴⁷ RICCI, Annarita, *Il diritto alla reputazione nel quadro dei diritti della personalità*, Giappichelli editore, Torino, 2015, pag. 55 ss.

²⁴⁸ Vid. RICCI, *ob.cit.*, pag. 63.

propia imagen. Y que la revocabilidad *ad nutum* del consentimiento prestado constituiría un principio privado de respaldo (legal) concreto.

A estos efectos, RICCI viene a comparar la regulación del derecho constitucional a la integridad, respecto del cual el art. 3 Constitución italiana expresamente excluye la admisibilidad de actos de disposición (sobre el propio cuerpo), con el derecho al nombre y la imagen, que no tienen en la Constitución una norma específica al respecto. Remite igualmente a la Convención de Oviedo, en la que está prevista la revocabilidad del consentimiento para los actos sobre el propio cuerpo, pero no dice nada sobre otros componentes de la personalidad. Los únicos límites que pone la autora son los generales de la ley y la moral; y añade la referencia a la dignidad (que limitaría a terceros y al propio titular) (pag. 76 ss.). Más adelante se refiere a la Sentencia de 2004, en la que se establece la validez del consentimiento limitado al beneficiario o beneficiarios concretos y al objeto concretamente concedido²⁴⁹.

También se refiere la autora citada a la idea clásica de la revocabilidad del consentimiento y defiende la aplicabilidad de las reglas contractuales generales, y su irrevocabilidad. Pone el ejemplo de los contratos de esponsorización y algunas sentencias italianas citadas (las cuales es dudoso que digan lo que se pretende que dicen), y llega a admitir ninguna particularidad en materia de revocación (la diferencia la ciñe a los límites a la hora de contratar y su posible ilicitud, según lo pactado).

Las tesis de RICCI, y de los autores que defienden esta posición, sobre todo en relación al derecho a la propia imagen, son merecedoras de algunas críticas y objeciones, y son difícilmente trasladables al Derecho español. En concreto, esto último lo es respecto de la afirmación de que no hay una norma general sobre revocabilidad en Derecho italiano, cuando resulta que en Derecho español no sucede así, en cuanto hay una multiplicidad de normas en los distintos ámbitos de la persona (intimidad y propia imagen, extracción de órganos, técnicas de reproducción asistida) que establecen la natural revocabilidad del consentimiento prestado.

Por otro lado, la autora se centra en el “retrato” y remite su regulación al campo de la normativa sobre propiedad intelectual y los derechos de autor, donde tiene cabida su negociabilidad, lo que seguramente no es la referencia adecuada para derechos fundamentales. Del mismo modo, la distinción entre los “componentes” del derecho y el derecho mismo, resulta artificiosa, al no delimitarse técnicamente lo que sean “componentes”. Por otro lado, si son de verdad disponibles estos valores de la personalidad, y hacerlo a través de verdaderos contratos, no se explica qué sucede con el poder de disposición y con la situación de un sujeto carente del mismo (o con limitaciones) y si se vería afectado por ese acto dispositivo. Seguramente, por corresponder a lo más íntimo del sujeto, además de tratarse de un derecho constitucional básico, ese poder dispositivo no debe someterse a restricciones, máxime si se hace en aras de tutelar intereses (patrimoniales) de terceros, que serían siempre inferiores o subordinados al interés del titular del DP o DF. Y en consecuencia, no debería haber

²⁴⁹ RICCI, *ob.cit.*, pag. 65 a 79.

restricciones a la facultad de revocar el consentimiento, incluso el dado en el seno de un contrato con tercero, salvo en cuanto al resarcimiento del daño derivado de la revocación, al cual debería hacer frente el titular del derecho cuando haya resultado extemporáneo o caprichoso.

Del mismo modo, CATERINA da cuenta del debate existente en ese país acerca de la posibilidad de configurar como contratos las autorizaciones o consentimientos concedidos por el titular del derecho a terceros, planteándose si no podría tratarse de un contrato donde existiese una facultad revocatoria, tal como sucede en otros tipos contractuales. Frente a ello, el autor reconoce que el planteamiento de la jurisprudencia italiana va en una línea clara de denegar la existencia de verdadero vínculo contractual, por tratarse de derechos de naturaleza indisponible, concibiendo el acto como negocio puramente unilateral, donde es de esencia la libre o casi totalmente libre revocabilidad de la autorización o renuncia, al margen de la posible resarcibilidad de los daños al sujeto autorizado cuando se produzca esa revocación²⁵⁰.

4.3.- Los derechos fundamentales en Italia: límites y posibilidades de renuncia a los mismos:

Es la propia doctrina civilista italiana la primera que se preocupa, aunque quizás no con mucha intensidad, de la renuncia en el ámbito de los derechos fundamentales.

Así, SCIANCALEPORE²⁵¹, quizás con no demasiada convicción, señala que merece un discurso particular la renuncia a un derecho fundamental, allí donde está consentida en la medida en que no afecte a derechos desde el punto de vista sustantivo, y pone al efecto el ejemplo de la renuncia a la acción en juicio para la defensa de los propios intereses. Respecto de la irrenunciabilidad de tales derechos, el autor pone curiosamente como ejemplo de imposibilidad de renuncia a tales derechos fundamentales el del Derecho español, a partir del límite del “orden público” recogido en el art. 6.2 Código español, cuando ya hemos visto anteriormente la dificultad de que tal expresión lleve en España a la irrenunciabilidad de los DF.

Ya en la doctrina constitucionalista, aun cuando pueda ser relativamente habitual afirmar la indisponibilidad e irrenunciabilidad de los derechos fundamentales, en cuanto ligados a la personalidad de cada uno, autores como CURRERI²⁵², al desarrollar la naturaleza

²⁵⁰ CATERINA, R., *Le persone fisiche*, Ed. Giappichelli, 2016, pag. 169 ss.

²⁵¹ SCIANCALEPORE, *ob.cit.*, pag. 317

²⁵² CURRERI, S., *Lezioni sui diritti fondamentali*, Collana di Diritto, pag. 32. En otro momento (pag. 34) destaca cómo los derechos fundamentales obedecen al principio de la máxima expansión, en el sentido de que se debe obtener la máxima potencialidad interpretativa al objeto de lograr una mayor tutela de la personalidad de cada uno, proponiendo una interpretación extensiva de las disposiciones constitucionales.

jurídica y los caracteres de los derechos fundamentales, señalan que estos son inviolables, además de indisponibles e inalienables, en cuanto ligados a la personalidad de cada uno, pero no recogen como característica específica la de la irrenunciabilidad.

En relación a la relación entre inviolabilidad de los derechos fundamentales y posible indisponibilidad de los mismos, MORO²⁵³ ha señalado que el carácter de indisponible de estos derechos resulta impreciso como característica típica de los mismos, al haber algunos de ellos que son susceptibles de actos de disposición cuando menos parcial, como sucede con la libertad o la integridad física. Señala también que con la expresión de actos negociales de disposición se considera que su titular puede renunciar a la tutela jurídica pública por una reglamentación privada de los propios intereses, siempre que no resulte violado el criterio genérico de la dignidad de la persona humana²⁵⁴. Finalmente el autor acaba por admitir que la calificación de derechos indisponibles y de aquellos otros disponibles muta frecuentemente, testimoniando la incertidumbre de una frontera precisa entre las dos categorías²⁵⁵.

En esta misma línea, STRADELLA²⁵⁶, al tratar de identificar lo que sea “fundamental” de un derecho, reconoce la variabilidad del concepto según cada ordenamiento jurídico, y lo caracteriza a partir de su colocación constitucional, las modalidades de su tutela o la previsión de su inmodificabilidad, mientras que nada dice acerca de su presunta irrenunciabilidad o indisponibilidad.

4.3.1.- El contenido de los derechos fundamentales: no ejercicio y renuncia parcial como posibles contenidos de los derechos fundamentales:

En relación al contenido de los derechos fundamentales, como base para el examen de la facultad de renuncia parcial o puntual a los mismos, ha dicho POLITI²⁵⁷ que el análisis

²⁵³ MORO, P. *I diritti indisponibili*, Giappichelli editore, 2002. pag. 4-5.

²⁵⁴ Sin duda el autor está pensando en términos de renuncia convencional o pactada, más que en una renuncia unilateral.

²⁵⁵ MORO, *ob.cit.*, pag. 54.

²⁵⁶ STRADELLA, E., “Primi spunti per una definizione della “fondamentalità” del diritti nel diritto comparato”, en la obra *Cos'è un diritto fondamentale (a cura de V. Baldini)*, Ed. Scientifica, napoli, 2017, pag. 79-81.

²⁵⁷ POLITI, F., *Libertà costituzionali e diritti fondamentali : Casi e materiali. Un itinerario giurisprudenziale*, G. Giappichelli, 2016, pag. 1.

histórico de los conceptos “libertades constitucionales” “derechos fundamentales” o “derechos inviolables” demuestra que el alcance sustancial de cada una de tales formulaciones ha registrado en el tiempo notables cambios y también tensiones y torsiones, siguiendo rutas múltiples y a veces incluso antitéticas.

Esto implica la dificultad de llegar a conclusiones unitarias, en especial en temas como el aquí tratado de la renuncia en el ámbito de los derechos fundamentales.

Por otro lado, todo derecho fundamental presenta una vertiente negativa, no necesariamente relacionada con la renuncia parcial o puntual al derecho, que forma parte integrante de su esencia. Así es habitual en doctrina afirmarlo. Por ejemplo, RESCIGNO, al referirse a la libertad de asociación, reconoce que todo titular de este derecho “...*como todas las libertades, comporta la libertad de hacer y aquella de no hacer, en el caso específico, bien la libertad de asociarse o la libertad de no adherirse (y quizás la ilicitud de cualquier acto que obligue a cualquiera a asociarse contra su voluntad)*”²⁵⁸.

Aun cuando no se está diciendo de este modo que estemos ante una renuncia puntual al derecho, sino del lado negativo inherente a muchos derechos fundamentales (derecho al matrimonio, a asociarse, a reunirse...), es indudable que lo que se está queriendo decir es que se integra dentro de las facultades inherentes al derecho fundamental la de optar por no ejercitarlo ante una posibilidad de hacerlo, o de no hacerlo ante una vulneración o intromisión actual o inminente por parte de terceros, lo que sin duda nos conduce a la admisibilidad de la renuncia expresa o tácita al ejercicio puntual del derecho.

Algún sector de la doctrina constitucionalista ha admitido la posibilidad de distinguir entre titularidad y ejercicio de los DF.

En esta línea parece estar GUASTINI, quien defiende que la universalidad de los derechos fundamentales se refiere a la titularidad de los derechos, mientras que la indisponibilidad de los derechos fundamentales concierne al ejercicio de los mismos, siendo necesario que una norma disponga expresamente esa indisponibilidad²⁵⁹.

En relación al contenido de los DF, y por contraposición a ideas previas de GUASTINI, PINO²⁶⁰ señala que, a la hora de calibrar la prevalencia entre dos DF (o entre un DF y un principio constitucional básico) en conflicto, debe tenerse en cuenta que “la disciplina de un derecho constitucional comprende varias “ondas” de derechos, facultades, obligaciones a cargo de terceros, garantías que deberán asegurar la satisfacción del interés

²⁵⁸ RESCIGNO, G.U., *Corso di Diritto pubblico*, ED. Zanichelli, 2021, pag. 612.

²⁵⁹ GUASTINI, R., “Tre problema di definizione”, en *Diritti fondamentali (Luigi Ferrajoli)*, Ed. Laterza, Bari, 2001, pag. 48.

²⁶⁰ PINO, G., “Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problema”, en *Ragion pratica*, Fascicolo 1, giugno 2007, pag. 254.

o del valor que justifica ese DF”. De este modo, al desglosar los posibles contenidos de un derecho fundamental, da a entender, visto en perspectiva negativa, algo que creemos importante, y es que el reconocimiento constitucional de un DF *no conlleva una obligación para su titular de ejercitar ese derecho*, sino sólo el nacimiento de posibles obligaciones pero sólo de terceros frente al titular, no de éste frente a terceros, por lo que quedaría excluida de todo debate sobre “bilanciamento” la posibilidad de imponer al titular la obligación de ejercitarlo, quedando la puerta abierta en todo momento a la renuncia unilateral o no ejercicio del referido derecho fundamental.

De hecho el mismo autor reconoce a continuación que todo DF se desglosa en una serie prácticamente infinita de “derechos implícitos” (DF1, DF2, DF3, ...), pudiendo a su juicio hacer viable la pérdida de alguno de estos, en caso de “bilanciamento” con otro DF en contraste, sin que ello suponga la total desaparición del derecho fundamental mismo frente al otro derecho en disputa. Se abre así, a nuestro juicio, la puerta a que sea viable por parte del titular de ese concreto DF, no sólo la pérdida, sino también la renuncia unilateral a alguno de esos “derechos implícitos” o “subderechos” singulares de que habla el autor, sin que se produzca la pérdida por renuncia al DF considerado en su globalidad.

Por supuesto, el principio o idea de “dignidad” ha estado en el centro del debate doctrinal y jurisprudencial sobre el alcance de los DF, y sobre las posibilidades de que tal principio pueda servir, o no, para ampliar el elenco de los posibles DF susceptibles de ser reconocidos legalmente o en la práctica judicial, o para limitar el ámbito de los ya existentes. En este sentido, POLITI, a pesar de que la dignidad no esté presente expresamente en el art. 2 Const. italiana, sí la considera implícita en el “principio personalista” allí reconocido, habla de la dimensión subjetiva y la objetiva del concepto dignidad, y advierte cómo el principio de dignidad está siendo a veces utilizado como criterio argumentativo de justificación de límites al gozo de libertades y derechos, y en algunos pronunciamientos jurisprudenciales se ha unido la dignidad al principio de tutela del orden público para justificar limitaciones del ámbito de elección de los derechos fundamentales. Ante tal riesgo, acaba sosteniendo, citando a ESPOSITO, que la proclamación ex art. 3 Cost. de la igual dignidad social de los ciudadanos “pretende .. que la sociedad y cada uno de sus miembros no se erija nunca en juez de la dignidad ajena y no exprese valoraciones negativas sobre su persona²⁶¹”.

Estas consideraciones son de gran valor para el debate aquí planteado sobre el contenido de los derechos fundamentales, en su vertiente negativa o de inactividad o renuncia, en cuanto viene a rechazar planteamientos objetivadores de la dignidad, y su posible uso como límite internos de los DF, remitiendo a una idea de dignidad donde ningún sujeto pueda juzgar sobre el respeto o no de la dignidad en relación a otro u otros sujetos.

²⁶¹ POLITI, F., *Libertà costituzionali e diritti fondamentali ...cit.*, pag. 5 ss. y pag. 17.

4.3.2.- Sobre los límites de los derechos fundamentales en la doctrina constitucionalista, y su traslación a los supuestos de renuncia a su ejercicio:

En relación a los límites a los derechos fundamentales, DI CARLO²⁶², a partir de la doble naturaleza de dichos derechos como “principios” y como “reglas”, desde la primera perspectiva, señala que no se puede admitir un modelo puro de “principios”, dado que en ellos los derechos estarían libres de límites y de cláusulas de reserva, y afirma que tanto de la Constitución como de la jurisprudencia constitucional se deduce que no existen DF que no estén sujetos a límites. Pero esta afirmación la hace para referirse a los límites de los DF cuando se hallen en presencia de principios o de derechos contrapuestos. En esos casos es cuando se hace precisa la necesidad de “bilanciamento” o contraste entre esos hipotéticos derechos fundamentales contrapuestos.

Estas consideraciones tienen, a nuestro juicio, relevancia en el tema estudiado, por cuanto parece difícilmente imaginable, salvo situaciones muy excepcionales, que cuando el titular de un DF renuncie unilateralmente, o deje de ejercitar su derecho en presencia de una hipotética vulneración del mismo, sea actual, o sea inminente, se plantee un problema de “límites” del referido derecho, habida cuenta que no habrá en tales casos una contraposición de dos derechos fundamentales que precisen esa labor de equilibrar y concretar el alcance del uno y del otro.

En esta dirección, CURRERI, al analizar con detalle los posibles límites a los derechos fundamentales, y tras asumir que estos derechos no son ilimitados, incide de manera especial en el límite básico en que consiste el no dañar los derechos de otros, así como en la necesidad de que los distintos derechos sean “*bilanciati*” o contrastados entre sí, para determinar sus posibles limitaciones. Junto a estos, hace hincapié el autor en el límite derivado de los intereses generales indicados en la Constitución, tal como la dignidad de la persona, la sanidad, la seguridad pública o las buenas costumbres, afirmando a continuación que los límites marcados en la Constitución a los derechos fundamentales son taxativos, estando precluida al legislador la introducción de otros²⁶³. Como se puede comprobar, el autor no incluye como límite de dichos derechos la posible tutela del titular frente a su propia decisión unilateral de renunciar o no ejercitar el derecho fundamental correspondiente, ni siquiera por razón de protección de la propia dignidad.

Del mismo modo, OLIVETTI²⁶⁴, al tratar de los límites a los derechos fundamentales, incide también en que los mismos han existido desde su origen, y están orientados a proteger los derechos de otras personas o el interés general, el cual se traduce en la moral y el orden constitucional. En referencia ahora a los tipos de límites a estos derechos,

²⁶² DI CARLO, L. *Diritti fondamentali tra teoria del discorso e prospettive istituzionalistiche*, Ed. Giuffrè, 2010, pag. 89-90.

²⁶³ CURRERI, *Lezioni ...cit.*, pag. 97 ss.

²⁶⁴ OLIVETTI, M., *Diritti fondamentali, cit.*, pag. 125-127.

distingue entre los generales, aplicables a todos los derechos, y los especiales, y señala que la Constitución italiana no prevé un límite general expreso para todos los derechos.

Esta postura es relevante para nuestro estudio, por cuanto se viene a denegar que la irrenunciabilidad constituya un freno o límite de cualquier derecho fundamental. Finalmente, al examinar el límite referido al orden público, el autor lo entiende en sentido material, como afectación o posible puesta en peligro de la ordenada convivencia civil: es evidente que tampoco aquí entraría la posibilidad de actos unilaterales de renuncia o de no ejercicio de un derecho fundamental por su titular.

4.3.3.- Renuncia a los derechos fundamentales y contenido esencial. Revocabilidad de la renuncia y contenido esencial:

Acerca de la relevancia del “contenido esencial” de los derechos fundamentales, previsto en el art. 52.1 de la Constitución italiana, la doctrina italiana se manifiesta en diversos sentidos, ninguno de los cuales lleva a considerar que la “irrenunciabilidad” de todos y cada uno de los DF forme parte de ese límite infranqueable que implica ese “contenido esencial”²⁶⁵.

Así, BUTURINI ha señalado que el contenido esencial de los derechos fundamentales es el confín insuperable que un ordenamiento marca *a las actividades legislativas y jurisdiccionales* limitadoras del contenido de estos derechos²⁶⁶. De este modo, coloca el debate sobre el contenido esencial en el ámbito de la actividad legislativa y judicial, y por lo tanto fuera del campo de los actos y negocios jurídicos entre particulares; y con más motivo por tanto fuera de los negocios unilaterales de renuncia.

El mismo autor, al examinar las distintas concepciones o teorías de lo que sea el contenido esencial de los DF, pone el acento, a la hora de referirse a este concepto, al “ámbito incompresible de la esfera *activa* del ejercicio del derecho”. Esto es, remite a la hora de legislar a la imposibilidad de fijar restricciones al ejercicio del derecho en su vertiente activa o positiva, dejando de lado la vertiente negativa o de no ejercicio, que quedaría al margen del concepto de contenido esencial. Por lo tanto, no existe conexión entre contenido esencial y renunciabilidad o irrenunciabilidad de los derechos fundamentales.

²⁶⁵ Incluso autores alemanes como KAUFMANN, a., “*Del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali*”, Ed. Giappichelli, 2015, pag. 128 ss., consideran que la búsqueda de lo que sea “contenido esencial” de los derechos fundamentales carece de sentido, cuando a lo sumo lo que debería a su juicio hacerse es delimitar lo que no es “sustancia” en este tipo de derechos. Desde su perspectiva personalista de los derechos, entiende en todo caso que un derecho no puede ser pensado sin relación a los otros derechos o los otros sujetos de derecho, de modo que lo esencial de una libertad o derecho fundamental no se debe determinar de forma independiente de la situación del sujeto, no es algo estático, sino algo dinámicamente determinado que depende sobre todo del comportamiento.

²⁶⁶ BUTTURINI, D., *La tutela dei diritti fondamentali nell’ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pag. 174.

Por otro lado, también se analiza doctrinalmente el contenido esencial de los DF desde la perspectiva de su relación o conexión con otros derechos fundamentales. Así, la concepción del contenido esencial, sea cual sea la que se tenga, a la postre obliga a valorar de nuevo el mismo *en una situación de conflicto del DF con otro DF, o con otro bien constitucionalmente protegido*, lo que supone de hecho excluir de su campo la problemática de la renuncia unilateral a los DF.

En esta dirección, BALDASSARRE²⁶⁷ considera que el “contenido esencial” puede ser considerado un concepto relativo, que se expresa en el sentido de que un derecho fundamental no puede ser restringido sino en base a valores primarios y a través de límites que, respecto a la tutela de estos valores, son necesarios, indispensables y no excesivos.

Como puede comprobarse, de nuevo la renunciabilidad de los derechos fundamentales constituye un asunto bastante alejado de lo que es el debate acerca del contenido esencial, por lo que en Italia, no existe tampoco, igual que en España, fundamento para apoyar una irrenunciabilidad de los DF en el dato del posible contenido esencial de estos derechos.

Especiales son las aportaciones de MESSINEO, en monografía dedicada al contenido esencial, quien sostiene que, en una primera acepción, dicha expresión se identifica con un espacio de libertad de los titulares de los derechos, intangible para el Estado, en la cual además juega un importante papel el valor de la dignidad humana entendida como valor objetivo, que puede ser impuesta a los particulares incluso contra la propia auto-representación; en cambio, en una segunda acepción, se trata de una serie de técnicas utilizadas para administrar la relación entre poderes, fuentes y ordenamientos diversos²⁶⁸. En desarrollo de la primera de las acepciones, insiste MESSINEO²⁶⁹ en que el contenido esencial expresa una instancia mínima de protección de la democracia contra formas opresivas de ejercicio del poder, una norma de clausura que expresa la centralidad de la persona en las relaciones entre gobernantes y gobernados, como condición ineludible para la realización de la dignidad humana, razón por la cual debe sostenerse la excepcionalidad de las limitaciones constitucionalmente admitidas.

Entrando en las relaciones entre contenido esencial y tutela de la dignidad, MESSINEO señala que la noción de esencialidad está atravesada por la tensión finalista propia de todo ordenamiento entre principio personalista y principio democrático. Se pregunta hasta qué punto el desarrollo de la personalidad puede ser libremente gobernado por el individuo, a través de libres elecciones vitales, y hasta qué punto el Estado puede elaborar una concepción prescriptiva de la dignidad humana a la cual deba conformarse y adaptarse los sujetos singulares, señalando que la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional da muestras de aplicar, según los casos, una y otra concepción de la dignidad. A la postre,

²⁶⁷ BALDASSARRE. A., *Diritti della persona e valori costituzionali... cit.*, pag. 96-97.

²⁶⁸ MESSINEO, D., *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Giappichelli Editore, pag. 1-10.

²⁶⁹ MESSINEO, *ob.cit.*, pag. 20-23.

el autor, a pesar de las críticas doctrinales que señalan que estas restricciones se basan en criterios moralistas y paternalistas que atacan la diversidad social en aras de una moralidad única o común, realmente inexistente en nuestras sociedades democráticas, defiende una concepción amplia aunque transida por posibles límites a la autonomía privada, derivadas del principio de dignidad, y procedentes del exterior al sujeto, con el fin de tutelar un valor objetivo o un bien colectivo. En particular, señala cómo la autorización de determinadas conductas de los sujetos en ejercicio de su poder de autodeterminación, puede producir determinados efectos indeseables sobre otros sujetos pertenecientes a la misma categoría (por ej. mujeres, enanos, prostitutas...), que llevarían hipotéticamente a la opinión pública a considerar esas conductas como síntomas de escaso respeto de la persona frente a sí misma²⁷⁰.

La crítica a la postura de este autor, y en general a quienes sostienen la existencia de límites a la autodeterminación de los sujetos titulares de derechos fundamentales, resulta bastante evidente. No existen en las Constituciones restricciones concretas relacionadas con el principio de dignidad, salvo aquellas expresamente establecidas en el texto constitucional, por lo que no cabe deducir de ellas la existencia de una serie de deberes de solidaridad social que permitan las referidas restricciones, ya que eso supondría elevar estos deberes a un rango jerárquicamente superior a la regulación constitucional misma del respectivo derecho²⁷¹. Por otro lado, lo que plantea el autor es la preeminencia, no ya de los derechos constitucionales de otros sujetos de la misma o diferente categoría, sino la anteposición al derecho del sujeto garantizado constitucionalmente de consideraciones sobre intereses muy difusos, que a la postre remiten a la opinión pública o en general a la moral social imperante. En última instancia, no hay referencias específicas a que entre esas limitaciones derivadas del principio de dignidad se halle la posible irrenunciabilidad parcial o puntual de los correspondientes derechos fundamentales, dentro de las opciones básicas de todo titular de ejercitar o de no ejercitar –y por tanto, renunciar- el derecho, en un caso y unas circunstancias dadas.

A la postre, el debate sobre el alcance de la renuncia en acto unilateral o en actos bilaterales, guarda directa relación con el llamado “*paternalismo jurídico*”, y por tanto con la mayor o menor propensión de la Constitución y sus reglas a tutelar a los sujetos titulares frente a decisiones actuales de los mismos (v.gr., de renuncia al ejercicio de su derecho frente a una intromisión o vulneración actual o futura del mismo) que hipotéticamente pudieran ser perjudiciales para sus intereses, haciendo nulas o ineficaces total o parcialmente esas decisiones.

²⁷⁰ MESSINEO, *ob.cit.*, pag. 159 a 197.

²⁷¹ Sobre la multiplicidad de posibles sentidos e interpretaciones de la “dignidad humana” en los textos constitucionales y en la doctrina jurisprudencial, vid. también BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Ed. Scientifica, Napoli, 2015, pag. 119 ss.

A este respecto, MANIACI²⁷² ha dedicado un importante estudio a la cuestión del paternalismo jurídico desde la óptica constitucional, y ha defendido con criterio en general razonable una visión antipaternalista, en el sentido de negar la coerción estatal contra la decisión de un individuo adulto, en tanto esté basada en una adecuada reflexión y se halle libre de coacciones externas, aun cuando pueda resultar para el mismo perjuicios físicos, psicofísicos o económicos, señalando como límite básico a esa decisión el posible perjuicio de terceros. Por tanto, no habiendo tal perjuicio, y en tanto la voluntad se haya conformado libremente, lo que sólo se podrá poner en cuestión cuando haya graves disturbios de la personalidad o se trate de sujetos impedidos mentalmente, el acto deberá considerarse válido y eficaz. El autor se ocupa a continuación de desmenuzar cuándo se puede producir una “coacción” que pueda resultar relevante jurídicamente (sin llegar a considerarse como vicio de la voluntad), y llega a sostener esa validez incluso en el ámbito de los contratos suscritos por particulares, aun cuando los mismos pudieran resultar perjudiciales a corto o a largo plazo para sus intereses. No obstante, asume el autor que en el concreto ámbito de los contratos, puede haber limitaciones legales a la libertad contractual por razón de paternalismo o de autoprotección del sujeto que ha prestado su consentimiento al acuerdo celebrado, incidiendo las mismas de manera especial en la necesidad de tutelar preferentemente los intereses de terceros (la otra parte contratante o terceros lesionados por esa decisión), antes que en la tutela del propio declarante.

4.3.4.- La doctrina general sobre la *Drittwirkung* y su posible relevancia para las decisiones unilaterales en el ejercicio (o no ejercicio) de los derechos fundamentales:

Sobre la doctrina de la *Drittwirkung* y su posible relevancia en el campo de las renunciaciones parciales o puntuales a los derechos fundamentales, autores como DI CARLO²⁷³ inciden en la idea de que el problema de la eficacia de los DF en las relaciones entre particulares se presenta “*en el contexto de una economía polarizada en torno a la presencia de macrosujetos económicos privados*”.

Esta idea, que puede ser aceptada por buena parte de los estudiosos de este tema²⁷⁴, y al margen de otras posibles consideraciones, lleva inevitablemente a centrar la problemática

²⁷² MANIACI, G., *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli editore, 2012, pag. 1-46.

²⁷³ DI CARLO, *Diritti fondamentali ... cit.*, pag. 160-165.

²⁷⁴ En materia de *Drittwirkung*, es especialmente significativa la aportación clásica en Alemania de NIPPERDEY, “Diritti fondamentali e diritto privato”, en *Diritti fondamentali e diritto privato nell'ordinamento sociale civile (AA.VV.)*, trad. De Pasquale Femia, Ed. Scientifica, Napoli, 2018, pag. 63 ss., quien incide en que fue la producción en masa de sociedad industrial la que provocó el surgimiento de grupos o grandes empresas la que obligó a una extensión de la protección de los derechos fundamentales al ámbito de las relaciones privadas. El citado autor señala más adelante (pag. 65-66), en clara referencia

de la *Drittwirkung* en las relaciones o conflictos *entre dos sujetos*, uno normalmente un ciudadano de a pie, y otro, un *macrosujeto* con poder de establecer frente al primero condiciones contractuales o negociales desequilibradas, lesivas o inaceptables social o moralmente. En consecuencia, resultan muy lejanas a estas situaciones aquellas otras en las que un sujeto, por propia iniciativa y de forma aislada, adopta una decisión de no ejercitar un derecho fundamental, o renunciar de forma expresa a su ejercicio puntual. En estos casos, parece muy improbable, salvo un mandato constitucional expreso, imponer restricciones al propio titular renunciante, en aras de una hipotética tutela de su derecho frente a su propia decisión, libremente adoptada.

Cuestión distinta es que la superioridad jerárquica de los DF pueda afectar en mayor o menor medida a la legislación subconstitucional, singularmente a la normativa civilística y sus correspondientes consecuencias en la interpretación y aplicación de la misma, como señala DI CARLO. Ello será una consecuencia del carácter normativo de las Constituciones, pero no creemos que llegue hasta el punto de limitar la validez y eficacia de los actos de renuncia unilateral.

En la base de los conflictos generados por la posible eficacia de los DF en las relaciones particulares, subyace siempre una disputa *entre dos sujetos*, amparado cada uno de ellos en un derecho fundamental, o en un principio constitucional básico²⁷⁵. Parece evidente que esto no es trasladable a actos de renunciaciones, con independencia de que esos actos puedan producir consecuencias jurídicas en la esfera de otros u otros sujetos, las cuales, como se vio más arriba al tratar de la renuncia en general, siempre resultarán consecuencias indirectas o reflejas, que no justificarán nunca o prácticamente nunca una intervención del Estado en defensa y protección de estos últimos, por encima de la decisión del sujeto renunciante.

Por su parte, PINO²⁷⁶ señala que la eficacia horizontal de las normas constitucionales puede presentarse en varios modos: por ejemplo, invocando un principio constitucional al objeto de colmar una laguna, o bien orientando al intérprete hacia una interpretación en sentido constitucionalmente conforme con las disposiciones legislativas de significado dudoso.

En la línea de aplicar la doctrina de la *Drittwirkung* al ámbito de los contratos fundamentalmente, se halla NAVARRETTA²⁷⁷, quien defiende una *Drittwirkung* directa

a las relaciones contractuales, que pueden ser contrarios a la Constitución los negocios jurídicos en los que el particular renuncia a su derecho fundamental o limita su posición jurídica fundamental, en tanto se haya visto afectada su posición de igualdad, existiendo una mera igualdad ficticia, casos en los que la libertad de autolimitación encontraría su límite en la necesidad de contrastarla con con otro bien jurídico protegido por la Constitución como valor superior.

²⁷⁵ DI CARLO, *ob.cit.*, pag. 168-171.

²⁷⁶ PINO, *ob.cit.*, pag. 228.

²⁷⁷ NAVARRETTA, E., *Costituzione, Europa e Diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Giappichelli Editore, 2018, pag. 19-21.

pero no inmediata sobre el contrato, aunque más adelante²⁷⁸ se refiere a la autonomía privada en el ámbito constitucional y la circunscribe a tres ámbitos, uno de ellos el que denomina autonomía o función *autorizativa*, diferenciada de la dispositiva y de la contractual, donde parece –sin expresarlo así abiertamente– aludir a la posibilidad de actos unilaterales, entre los cuales hipotéticamente estarían los actos de renuncia. En este ámbito “autorizativo” se da entrada a los actos relativos a la persona y las relaciones familiares, derivados especialmente de la evolución tecnológica y los cambios sociales, actos relacionados con los tratamientos sanitarios y las disposiciones anticipadas, entre otros, y considera que es el campo donde se produce una mayor retirada del poder estatal, sin que en ellos sea posible un *bilanciamento* por el legislador respecto de otros posibles intereses en juego, lo que lleva a dejarlo todo prácticamente en manos de del sujeto interesado, titular del correspondiente derecho.

Ya en el ámbito estrictamente contractual, y sin referirse a actos unilaterales como las renunciaciones, MAURIN se plantea el alcance de los derechos fundamentales como límite a la contratación, y destaca la doble vertiente de los mismos como fundamento de los actos de autonomía privada y a la vez como criterio de orden público limitativo de esa misma autonomía, en especial para reequilibrar relaciones contractuales desequilibradas, donde existe una parte débil que merece protección. Alude igualmente a la dignidad como posible freno a la autonomía, señalando su relevancia en el ámbito concreto de la prestación del consentimiento y la renuncia de una persona a la propia integridad corporal, al ser esta un derecho del hombre, de modo la protección derivada de los derechos fundamentales se ha de hacer no sólo desde consideraciones puramente subjetivas, sino también en función de criterios más objetivos²⁷⁹.

Sucede sin embargo que no se percibe con facilidad en estos concretos supuestos de consentimientos a la propia integridad la razón de tutela en tanto no existe un sujeto débil que precise de una especial protección, cuando se trata de actos que responden normalmente a un ejercicio libre y reflexivo (unilateral) de entregar elementos corporales en beneficio de otro u otros, lo cual, por cierto, el propio autor admite en otro momento de su exposición, por la vía de considerarlos como operaciones a título gratuito (donación de órganos). Conviene tener en cuenta que en el Derecho español, como luego se comprueba, este tipo de actos dispositivos o de renuncia están admitidos, dentro de ciertas condiciones, y en todo caso supeditados a una posible revocación por si titular mientras sea posible la misma.

4.3.5.- El ámbito de la posible renunciabilidad de los derechos fundamentales. Las condiciones y límites de la renunciabilidad (puntual y limitada) a los mismos:

²⁷⁸ NAVARRETTA, *ob.cit.*, pag. 183 ss.

²⁷⁹ MAURIN, L., “La conciliazione ragionata tra diritti fondamentali e il contratto privato”, en *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali (A cura di Guido alpa e Giuseppe Conte)*, pag. 279 ss.

Como punto de partida, entendemos que lo que queda totalmente vetado al legislador ordinario es la imposición de la *total* irrenunciabilidad del titular a cualquier posible manifestación que pudiera derivarse de un DF en su desarrollo en la vida práctica del sujeto titular del mismo.

En cambio, en ningún caso un titular de un DF debe tener prohibido por ley la facultad de decidir no ejercitar el derecho, antes de o en el momento mismo en que se produzca su (puntual) vulneración. Eso supondría imponerle **la obligación** (constitucional y legal) de ejercitar el derecho en sentido positivo, lo que no parece de recibo tratándose de ámbitos de libertad como los propios de cada derecho fundamental.

A esta cuestión se ha referido con detenimiento JORI²⁸⁰, quien pone múltiples ejemplos en los que resulta muy dudosa la idea de indisponibilidad de los DF defendida por FERRAJOLI, tales como el no ejercicio o renuncia a hacer valer judicialmente el propio derecho, el ejercicio de actividades dañosas como el boxeo, o la renuncia del propio derecho a la salud, situaciones en las que no cuadra bien la tradicional indisponibilidad de los DF. En este último supuesto, destaca que esa renuncia o rechazo a soportar los tratamientos médicos ofrecidos, implicaría como efecto eliminar la obligación de curar de quien tenía tal deber, lo que no sucedería en el caso de existir un total e irremisible indisponibilidad del derecho fundamental (a la integridad, a la salud).

La conexión entre indisponibilidad de los derechos fundamentales y la imposibilidad de pactos (de renuncia o de otro tipo) la encontramos en FERRAJOLI²⁸¹, quien diferenciando los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales, atribuye a los primeros la condición de indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos (*no habla expresamente de que sean irrenunciables*), pone siempre como ejemplos de indisponibilidad los posibles actos de venta de la propia libertad personal, la venta del derecho de voto, o incluso la de la propia autonomía contractual.

Por último, y pensando ahora en las consecuencias prácticas de la regla expresa o implícita de irrenunciabilidad de los derechos fundamentales, un autor italiano como JORI²⁸², examinando el alcance de la tradicional indisponibilidad de estos derechos, aparte de matizar las diferencias entre actos de disposición y actos de renuncia, nos da la pauta del alcance de aquélla, dado que considera que con ello se viene a establecer la imposibilidad de que, habiendo renunciado, ningún tercero pueda ejercitar una pretensión relativa a ella. Eso es lo que a su juicio implicaría la indisponibilidad de estos derechos. Por lo tanto, no es que el acto de renuncia sea ineficaz, que lo sería a los efectos específicamente perseguidos, sino que, por un lado, *no sería obligatorio* para su titular ejercitar (positivamente) el derecho, y por otro, *que nadie*, ningún tercero ajeno al titular,

²⁸⁰ JORI, “Aporie e problemi nella teoría dei diritti fondamentali”, en *Diritti fondamentali* (Luigi Ferrajoli), Ed. Laterza, Bari, 2001, pag. 90-91.

²⁸¹ FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Ed. Laterza, Bari, pag.15.

²⁸² JORI, “Aporie e problema...” *cit.*, pag. 89-90.

podría esgrimir la renuncia frente al renunciante, en tanto éste quiera defender su derecho. Ello nos lleva, obviamente, a la *conexión directa entre irrenunciabilidad y revocabilidad* del acto de renuncia o de autorización del tercero para entrometerse en la esfera ajena.

A este respecto, FERRAJOLI²⁸³ viene a criticar a su vez la crítica de JORI a su posición, señalando que es posible la renuncia de hecho o cualquier no ejercicio de un derecho, pero no un acto formal del que se derive una obligación para su titular, por ejemplo, de suicidarse (en la renuncia a la vida) o de renunciar a la asistencia sanitaria. Ello le lleva a distinguir entre titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales, que como ya vimos más arriba no da respuesta adecuada al problema.

4.4.- La renuncia a derechos fundamentales concretos en el Derecho italiano: el ejemplo de la renuncia al derecho a la vida y el tratamiento de la eutanasia en Italia:

Es sabido que en Italia, a diferencia del reciente derecho español, carece una específica normativa reguladora y autorizante de la práctica de la eutanasia, en situaciones más menos excepcionales o extremas.

A pesar de ello, existe una reciente sentencia del Tribunal Constitucional italiano que ha dejado, a juicio de algunos, una puerta abierta a la legalización o despenalización de la eutanasia. Se trata de la Sentencia de 25 de septiembre de 2019, que ha dado lugar a una viva polémica sobre su alcance y repercusiones sobre el derecho a la vida, a las que ahora nos referimos.

Como consideración general sobre el fenómeno, FANOTO²⁸⁴ ha señalado que el derecho a la vida, en cuanto derecho de la personalidad, ha sido definido casi unánimemente como indisponible, inalienable, irrenunciable e imprescriptible, afirmando además que su naturaleza primordial no es relevante sólo para el sujeto individual, como derecho fundamental por antonomasia, sino también para el Estado, cuya exigencia de conservación repercute en toda la colectividad social entendida como pueblo. Esta última consideración trae a colación la cuestión recurrente de si la manifestación de voluntad seria e inequívoca, efectuada en condiciones de seguridad y madurez suficiente, por el titular de dar por concluida su vida, puede ser obstaculizada legalmente en aras de un hipotético interés público superior.

A este respecto, VISCONTI²⁸⁵, en relación a los criterios utilizados por el TEDH para resolver las disputas sobre el tema planteadas ante la Corte, afirma que la reglamentación

²⁸³ FERRAJOLI, *ob.cit.*, pag. 140-141.

²⁸⁴ FANOTO, L.; “Il diritto alla vita”, en *Diritti umani. Protezione internazionale e ordinamenti nazionali, a cura di Luca Mezzetti e Caterina Drigo*, Pacini Giuridica, 2021, pag. 4.

²⁸⁵ VISCONTI, A.C., “Biodiritto”, en *Diritti umani. Protezione internazionale e ordinamenti nazionali cit*, pag. 45.

de la asistencia al suicidio presupone un delicado equilibrio entre la obligación positiva para los Estados derivada del art. 8 CEDH de adoptar las medidas necesarias para garantizar que el suicidio se produzca de modo seguro y lo menos doloroso posible, en el respeto al principio de autodeterminación, y la obligación positiva del art. 2 CEDH de asegurar que la decisión de poner término a la propia vida se tome por su autor con plena consciencia. Afirma además, dentro de las oscilaciones del TEDH sobre la eutanasia y la ayuda al suicidio en los distintos países, que la Corte europea reconoce que el derecho de decidir de qué modo y en qué momento morir entra en el derecho al respeto de la vida privada, subrayando que el objeto de la cuestión es si, en el sentido del art. 8 CEDH, el Estado está gravado por la obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para consentir un suicidio decente.

Por otro lado, en Italia no se encuentran autores que se hayan planteado examinar la eutanasia desde la perspectiva del ejercicio negativo o renuncia al derecho fundamental a la vida.

Así, en primer lugar, PINO ha planteado el problema de la eutanasia como disputa o conflicto en el que un mismo sujeto es *titular de dos posibles derechos* (el derecho a la vida y el derecho a la autodeterminación sanitaria de la misma persona). Sin duda lo hace a partir de la antes citada sentencia del TC italiano²⁸⁶.

Se trata a nuestro juicio de un enfoque bastante dudoso técnicamente el de enfrentar a dos presuntos derechos *del mismo sujeto*, y resulta seguramente un conflicto creado de forma artificial, ya que la decisión del sujeto será la que sea, y en caso de elegir acabar con su vida, esa decisión, plasmada en una concreta voluntad, prevalecerá por encima de cualquier motivo de tutela del otro derecho presuntamente en liza, del que también sería titular. Lo que en el fondo se viene a plantear desde esta perspectiva no es otra cosa que la defensa del “derecho a la vida” como un derecho al margen del sujeto y de la voluntad del sujeto, esto es, como una suerte de bien o principio “objetivado”, que no guardaría relación con el titular, sino que estaría por encima de él, como cuestión de orden público o de interés general, lo cual precisa una demostración con base en el texto constitucional, pero que parece poco probable.

En relación al derecho a la vida y la eutanasia en Italia, REY MARTINEZ, en reciente trabajo sobre el suicidio asistido en ese país²⁸⁷, informa de las últimas resoluciones judiciales en la materia dictadas por los órganos jurisdiccionales italianos, y su desarrollo

²⁸⁶ En concreto, PINO, *ob.cit.*, pag. 254, afirma:

“Una seconda ipotesi è data dalla concorrenza di interessi individuali non omogenei (conflitti inter-rights), come ad esempio la libertà di espressione e la tutela della riservatezza, il diritto di sciopero e la libertà di circolazione, e così via. Si noti che in questa ipotesi di conflitto possono trovarsi contrapposti non solo – come sembrerebbe normale – più soggetti titolari di diritti diversi, ma anche uno stesso soggetto titolare di due diritti in conflitto (ad esempio nel caso dell’eutanasia, si può pensare che vengano in conflitto il diritto alla vita e il diritto alla autodeterminazione sanitaria della stessa persona)”.

²⁸⁷ REY MARTINEZ, F., “El suicidio asistido en Italia: ¿un nuevo derecho?”, *TRC N° 46*, 2020, pag. 457-483.

normativo. En concreto, analiza en profundidad la antes referida sentencia n.º 242 (2019), de 25 de septiembre, del Tribunal Constitucional italiano, y el desarrollo normativo ligado a dicha resolución, representado por la *Ordinanza* n.º 207 (2018), de 24 de octubre, que ha venido a revisar y matizar la tradicional disciplina penal italiana de la prohibición.

La jurisprudencia del TC italiano, nos dice REY MARTÍNEZ en relación con las decisiones del enfermo sobre el final de su propia vida, se ha hecho eco de un cambio de paradigma en la relación médico/paciente que ha supuesto el principio de autonomía y, correlativamente con ello, el principio de consentimiento informado, con la facultad que otorga a sus titulares de decidir sobre los propios tratamientos sanitarios y su rechazo e interrupción, incluso los de soporte vital. En este sentido, alude el autor, citando la sentencia del TC italiano, a la medicina paliativa, la cual, aunque suponga un acortamiento de la vida (por ejemplo, en el caso de las sedaciones terminales en caso de síntomas refractarios), ha pasado a considerarse un derecho del paciente, el derecho a no sufrir dolor. Se señala además que el castigo penal de la instigación y de la ayuda al suicidio, presente en numerosos ordenamientos contemporáneos, protege el derecho a la vida sobre todo de las personas más débiles y vulnerables, frente a una elección tan extrema e irreparable como es el suicidio y frente a interferencias externas de todo género, en cuanto estas personas (las personas enfermas, deprimidas, psicológicamente frágiles, ancianos o en soledad) merecen tutela específica por cuanto pueden ser fácilmente inducidos a poner fin prematuramente a su vida, motivo por el que el legislador penal no puede inhibirse para vetar conductas de ayuda al suicidio en nombre de una concepción abstracta de la autonomía individual.

A tal efecto, las condiciones señaladas por la referida sentencia del TC italiano para poder otorgarle la posibilidad de decidir ese acortamiento de su vida, serían aquellas situaciones en la que una persona (a) padece una patología irreversible, (b) fuente de sufrimientos físicos o psicológicos que encuentra absolutamente intolerables, (c) que vive gracias a tratamientos de soporte vital, (d) pero que es capaz de adoptar decisiones conscientes y libres. Se trata, en este caso, de una “hipótesis en la cual la asistencia a terceros para poner fin a su vida puede presentarse al enfermo como la única vía de salida para sustraerse”, dentro del respeto al propio concepto de dignidad personal, a un mantenimiento artificial de la vida, no querido y que él tiene derecho a rehusar según el art. 32, párrafo 2 Constitución italiana (según el cual «Nadie puede ser obligado a recibir un determinado tratamiento sanitario si no es por disposición legal»).

Con estas condiciones, sigue diciendo REY MARTÍNEZ, la decisión de dejarse morir puede ser ya tomada por el enfermo según la legislación vigente (art. 32.2 CI y Ley n.º 219 de 22 de diciembre de 2017 en materia de consentimiento informado y disposiciones anticipadas de tratamiento), por medio de la petición de interrupción del tratamiento de soporte vital y del contextual sometimiento a una sedación profunda continua. La citada Ley 219 de 2017 (art. 1. 5) reconoce a toda persona con capacidad de obrar el derecho a rehusar o interrumpir cualquier tratamiento sanitario, incluso necesario para la supervivencia, comprendiendo la hidratación y la alimentación artificiales. En este caso, para evitar el sufrimiento del paciente, el médico puede prescribir la sedación paliativa

profunda, que concluye en un debilitamiento de las funciones orgánicas del paciente y en su muerte (no necesariamente rápida), debiendo el médico respetar la voluntad expresa del paciente de rehusar o renunciar al tratamiento (art 1. 6).

Para el TC italiano, en estos casos, el deber absoluto de ayuda al suicidio termina por limitar la libertad de autodeterminación del enfermo en la elección de las terapias, incluidas las destinadas a eliminar sus sufrimientos, sin que tal limitación proteja otros intereses constitucionales, con la consiguiente lesión del principio de dignidad humana y de igualdad (art. 3 CI). Pero desde su perspectiva, esta inconstitucionalidad no puede ser resuelta por la Corte, sino por el legislador penal, quien debe regular quién puede (sea personal sanitario o no), gratuitamente o por precio, ayudar a los pacientes que lo pidan, controlando (a través de diversas posibilidades) *ex ante* la capacidad de autodeterminación del enfermo, el carácter libre e informado de su elección, la irreversibilidad de la dolencia que padece o la posibilidad de objeción de conciencia del personal médico público, entre otros extremos. Por eso, el TC italiano declara inconstitucional el art. 580 CP sólo en el sentido indicado, por no incluir en la norma penal una excepción a la regla general —válida y vigente— de prohibir absolutamente la ayuda al suicidio ajeno.

A la postre, las decisiones de la Corte Constitucional italiana, aunque *parecen* abrir la posibilidad de la ayuda al suicidio, incluso bajo condiciones estrictas, y, por tanto, de la eutanasia activa directa, totalmente prohibida hasta el momento por el ordenamiento italiano, en realidad, lo único que hacen, correctamente, según REY MARTÍNEZ, es ampliar el ámbito de la limitación de esfuerzo terapéutico para enfermos terminales, permitiendo el suicidio asistido como una alternativa válida a la sedación terminal. La clave de lectura de las decisiones de la Corte, a su juicio, se halla en *la exigencia, para poder legitimar la ayuda al suicidio, de que el paciente dependa (permanente o recurrentemente) de dispositivos o tratamientos de soporte vital*. Una exigencia, por supuesto, desconocida en los ordenamientos donde sí se permite la ayuda al suicidio en algunos casos.

Según el autor, la Corte italiana se niega a reconocer en términos absolutos un derecho constitucional a morir con dignidad, pero, seguramente buscando cierto equilibrio, y de modo más coherente con el fallo que alcanza en este caso, también se niega a aceptar que el derecho a la vida exija una prohibición total de ayuda a morir, esto es, que las personas «no puedan ser perdonadas» de su derecho a vivir. Esto crearía, según la Sentencia, *un «deber de vivir» más que un «derecho a la vida»*, y negaría la validez del consentimiento para rechazar o retirar los tratamientos de soporte vital. La Sentencia conecta este nuevo derecho a recibir asistencia médica a morir con el derecho del paciente a tomar las decisiones con autonomía. Se trataría de una facultad más de este derecho a «decidir sobre el propio destino» que habilita a las personas adultas a dirigir el curso de sus cuidados médicos y que subyace al concepto de «consentimiento informado»²⁸⁸.

²⁸⁸ REY MARTINEZ, *ob.cit.*, pag. 67.

Ya respecto de la repercusión de esta reciente sentencia del TC italiano en la doctrina de ese país, POLITI²⁸⁹ ha estudiado el “derecho a la salud” reconocido constitucionalmente, y ha dicho que en tal derecho se comprende la libertad de elección de los cuidados propios, dentro de la cual se halla la libertad de elección del médico, de la estructura sanitaria (pública o privada), del lugar del tratamiento y del tipo de prestación, concluyendo por incluirse también el perfil negativo del derecho a la salud como derecho a rechazar el tratamiento. En esta dirección afirma que el derecho a la salud debe ser entendido como libertad negativa o derecho a rechazar tratamientos médicos, con base en el art. 32.2 Constitución (que establece: “*Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana*”). Esta remisión a la ley guardaría relación con la necesidad de asegurar, frente a la voluntad contraria de la persona individual, tratamientos sanitarios obligatorios a nivel de la población general. Parece dar a entender el autor que, fuera de estos casos, el derecho a la salud, conectado con el respeto a la dignidad del paciente, autorizarían decisiones del sujeto orientadas a dejar de recibir tratamientos médicos que podrían acabar inexorablemente con su vida en un plazo corto de tiempo, en la medida en que ello no repercute en la salud ajena.

Por su parte, COLAIANNI²⁹⁰ viene a criticar en buena medida la decisión de la Corte Constitucional, al poner en duda que *el denominado derecho a la autodeterminación sanitaria de la persona*, como suerte de *nuevo derecho fundamental* deducible de distintos preceptos constitucionales y legales, pueda ser contrastado con el derecho a la vida, y que exista un vacío normativo, dado que considera que se trata de un esquema similar al seguido respecto del aborto de mujer consciente, y viene a equiparar de hecho los casos de exclusión de un tratamiento médico paliativo con los de ayuda de tercero para acabar con la vida, en teoría excluidos de ese “derecho” y situados bajo el paraguas del derecho a la vida, al tratarse en ambos casos de conductas *activas* por parte del personal sanitario. Entra igualmente el autor en la idea de dignidad, y en las concepciones *subjetiva* (la que parece recoger el Tribunal al resolver sobre la constitucionalidad de la Ordenanza de 2017, y que permitiría ir más allá y autorizar la intervención para hacer cesar los tratamientos médicos en situaciones extremas), y la *objetiva*, que llevaría seguramente a planteamientos contrarios negadores. A la postre asume el cambio de concepción del Tribunal hacia una versión subjetivista de la dignidad, que ve acrecido su valor y relevancia frente a un anterior paternalismo jurídico. Reconoce no obstante que ese respeto a la dignidad que se trasluce en el principio de autonomía decisional debe ser maximizado y no disminuido ni limitado en las democracias actuales, en tanto no lleve a la provocación activa de la muerte del paciente.

²⁸⁹ POLITI, *ob.cit.*, pag. 189 a 193.

²⁹⁰ COLAIANNI, N., “La causa di giustificazione dell’aiuto al suicidio (*rectius*: dell’assistenza nel morire)”, *Eutanasia e fine vita, Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Fascicolo 3, dicembre 2019, pag. 594 ss.

En esta dirección, VISCONTI²⁹¹ señala que la Corte constitucional italiana subraya con su resolución que el art. 580 C.penal, declarado inconstitucional parcialmente, no encaja en aquellas “situaciones inimaginables” en la época en que fue redactado, pero sí ha sido traído bajo su esfera de aplicación por los desarrollos de la ciencia médica y la tecnología, de modo que era a su juicio lógico reclamar una adaptación a la realidad social, en línea con el derecho de rechazar la asistencia sanitaria sancionado en el art. 32.2 de la Constitución italiana.

4.5.- Breve referencia a la renuncia de derechos fundamentales en Derecho alemán:

Es significativo que en Alemania es donde con más frecuencia se ha tratado la cuestión de la renunciabilidad o irrenunciabilidad de los derechos fundamentales. Desde hace bastantes años existen diversos trabajos doctrinales referidos a esta materia a los cuales nos vamos a referir de forma somera a continuación.

Como consideración general, y aunque existen opiniones contrarias a la licitud de la renuncia a los derechos fundamentales, la doctrina constitucionalista alemana se muestra en general proclive a admitir la renuncia de los derechos fundamentales, quizás dentro de ciertas restricciones.

Así, en primer lugar, suele señalarse que el hecho de que el art. 1 de la Ley Fundamental de Bonn establezca el carácter de “inalienables” a los derechos humanos o derechos fundamentales reconocidos en la Constitución alemana, no implica la prohibición de renuncia de tales derechos²⁹².

Del mismo modo, es lugar común en la doctrina afirmar que, salvo disposición constitucional que disponga otra cosa, *todo sujeto tiene la posibilidad general de renunciar* al derecho fundamental, en tanto que *ello representa una modalidad de uso en ejercicio de la propia libertad*, es decir, la renuncia o no ejercicio se considera que constituye una forma más de uso de estos derechos. Algunos autores, además, equiparan a los supuestos de no uso del derecho, aquellos en que se ha producido de manera especial la vulneración del derecho pero se ha decidido no ejercitar los medios de defensa pertinentes²⁹³.

También es usual señalar que la inalienabilidad de los derechos fundamentales no incluye la renunciabilidad, y que los particulares pueden renunciar a tales derechos, en sus

²⁹¹ VISCONTI, *ob.cit.*, pag. 48.

²⁹² Así, BLECKMANN, “Probleme des Grundrechtsverzichts”, *Juristen Zeitung*, 1988, pag. 58.

²⁹³ Así, PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, 3ª edición revisada, ed. Schwerpunkte, Heidelberg, 1987, pag. 40, Rn 160.

diversas manifestaciones concretas, en tanto no queden afectados los derechos en su en su globalidad o en su contenido esencial²⁹⁴.

Se argumenta al respecto que los derechos fundamentales son de uso privado porque su función sirve al individuo para perseguir sus intereses sociales, y como parte del desarrollo de la personalidad y su protección, al margen de su valor social, que sería secundario, y debe ser posible en principio renunciar a tales derechos, dado que también es posible percibir los derechos fundamentales negativamente.

Existe otro grupo de autores que defienden una concepción más matizada y relativizada, y sostienen que la posibilidad de una renuncia a los derechos fundamentales debe evaluarse sobre la base del derecho fundamental específico y la función protectora en la que se basa, de modo que no se tenga en cuenta la libertad que supone, frente al estado, el reconocimiento de un derecho fundamental, en cuyo caso la renuncia sería un forma más de uso de derecho, sino también la consideración de estos derechos como principios básicos del total ordenamiento jurídico²⁹⁵. Sin embargo, se trata de una opinión muy dudosa la de diferenciar entre unos y otros derechos fundamentales, cuando todos ellos se basan en la búsqueda del propio desarrollo personal y se rigen por el mismo principio de dignidad de la persona, para llegar de ese modo a la conclusión de excluir la renuncia de aquellos derechos referidos a un bien supraindividual, cuando no hay una norma concreta en la Constitución que permita identificar a aquellos que tienen ese fin general o supraindividual.

También se ha dicho, en correlación con lo anterior, que se debe imponer algunas limitaciones a esa facultad renunciadora, siendo frecuente afirmar que existe un orden de valores que el sujeto titular no puede sobrepasar a través de la renuncia, por no ser disponibles para el individuo.

Esta idea resulta compleja en su aplicación a un caso concreto, por cuanto no se acaba de señalar dónde estaría el límite impuesto por esos valores presuntamente superiores a la propia libertad renunciadora. De hecho, es frecuente que este tipo de alegaciones se haga para referirse sobre todo a pactos entre dos o más sujetos donde se contenga una renuncia parcial o puntual a un DF, a cambio de determinada prestación o de un empleo, lo que evoca una idea de impedir estipulaciones en condiciones de inferioridad que lleven a la renuncia. Sin embargo, resulta dudoso que se refieran a renunciaciones unilaterales libremente decididas por el sujeto titular del DF, en ejercicio de la opción (negativa) de no utilizarlo. Para ello sería preciso acreditar que existen unos valores o principios que se hallen hipotéticamente por encima del propio derecho fundamental renunciado total o puntualmente, lo cual parece poco probable.

Junto a ello, es también habitual afirmar en la doctrina alemana que la renuncia, para ser válida, no debería ser nunca una renuncia de alcance general, sino que debe ser

²⁹⁴ Así, BLECKMANN, *ob.cit.*, pag. 58. También HUFEN, f., *Staatrecht II. Grundrechte*, 4ª edic. 2014, & 42.

²⁹⁵ Así, PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, cit., pag. 39-41, Rn 158 ss.

suficientemente concreta, para que el renunciante sea consciente de las consecuencias de su acto, y evitar consecuencias indeseables por una excesiva extensión del alcance del acto de renuncia. En este sentido HUMMEL²⁹⁶ afirma que, en casos de renuncia total al derecho fundamental, la intensidad de la renuncia sería demasiado grande, en cuanto una renuncia irrestricta a un derecho fundamental supondría un enorme riesgo de abuso.

Es también llamativa la cierta frecuencia con que la doctrina alemana distingue la renuncia del no uso efectivo del derecho fundamental. Por ejemplo, SCHMIDT-HOLTMANN²⁹⁷ pone el ejemplo de la libertad de reunión, que tiene como vertiente negativa la negativa del titular del derecho a participar en reuniones.

A nuestro juicio, se trata de una perspectiva seguramente inadecuada de enfocar la cuestión de la renuncia. En casos como el señalado, de lo que se trata es de que el reconocimiento de determinados DF (no todos) conlleva la opción negativa de no ejercitar el derecho (por ej., el derecho de participación en elecciones, conlleva el derecho o facultad de no votar; lo mismo que el derecho de asociación implica la facultad de no asociarse). Sin embargo, esto no sería propiamente un acto de renuncia, sino de ejercicio realmente positivo de un DF, el cual ofrece dos vertientes diferenciadas y tuteladas explícitamente. Habría renuncia cuando, ante una posible vulneración, actual o futura del derecho, el sujeto titular decide no accionarlo, en vía judicial o extrajudicial, pero no habría propiamente renuncia cuando el sujeto decide elegir, entre dos opciones posibles, no ejercitar el derecho.

En cuanto a los efectos de la renuncia, HUMMEL señala que si se ha renunciado al derecho fundamental, la consecuencia será que no podrá considerarse al efecto una vulneración de tales derechos por parte del Estado, dado que, a su juicio, lo que ya no existe porque se ha prescindido de él no puede ser objeto de una ulterior intervención estatal.

Se incide también por la doctrina alemana en que, para efectuar un acto de renuncia expresa a ejercitar un DF, se necesita una declaración de voluntad al efecto así como capacidad de disponer del DF en general y en esa situación concreta²⁹⁸.

Nos encontramos ahora ante otra de las cuestiones dudosas. A nuestro juicio, para utilizar en una situación concreta un DF no se precisa un específico poder de disposición, como puede suceder respecto de derechos subjetivos no constitucionales, sobre todo los de orden patrimonial. Cuando se dice que se precisa esa capacidad, en realidad se está remitiendo únicamente a los supuestos de menores de edad o sujetos con importante discapacidad mental o física, ya que, para el resto de ciudadanos, sería intolerable que una norma legal pudieran imponer restricciones a su capacidad de decidir sobre el ejercicio (o no) de un derecho fundamental, con base en razones de orden económico,

²⁹⁶ HUMMEL, T., *Dogmatik* (material docente en internet).

²⁹⁷ SCHMIDT-HOLTMANN, *Wichtige Abgrenzungsfragen* (material docente en internet), pag. 1 ss.

²⁹⁸ Así, lo expresa SCHMIDT-HOLTMANN, *Wichtige Abgrenzungsfragen cit.*

como la citada de falta de poder de disposición, o de orden sancionador o de otro tipo (salvo en su caso algún tipo penal de condena a inhabilitación para cargos públicos, a lo sumo).

CAPÍTULO 5: EXAMEN PARTICULARIZADO DE LA RENUNCIA EL ÁMBITO DE LOS CONCRETOS DERECHOS FUNDAMENTALES. (I) EL DERECHO A LA VIDA. EL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL Y SU RENUNCIA.

INDICE:

5.1.- Introducción. La renuncia a los derechos fundamentales: consideraciones generales. 5.2.- El modelo de la renuncia total al derecho fundamental. Sobre la posibilidad de la renuncia al derecho a la vida (art. 15 CE) y la regulación de la eutanasia en España. Sobre la posible renuncia a la libertad personal (art. 17 CE): 5.2.1.- La renuncia al derecho a la vida y la regulación de la eutanasia: 5.2.1.1.- Introducción. La renuncia a los derechos fundamentales: consideraciones generales. 5.2.1.2.- El derecho a la vida del art. 15 CE y su posible renuncia. La consideración de este derecho como derecho de libertad equiparable en sus opciones básicas al resto de derechos fundamentales. 5.2.1.3.- El reflejo de la anterior doctrina en la nueva Ley Orgánica 3/2021, sobre Eutanasia en España. 5.2.1.4.- Conclusión. **5.3.- El derecho a la libertad personal y su renuncia.**

5.1.- Introducción. La renuncia a los derechos fundamentales: consideraciones generales:

Examinados los posicionamientos doctrinales y los argumentos dados a la posibilidad en abstracto de renunciar puntualmente, o de forma parcial o total, a los derechos fundamentales, y vista nuestra conclusión sobre la licitud general de dichos actos cuando se trata de renunciaciones unilaterales, al margen de posibles pactos o acuerdos con terceros, procede ahora examinar de forma singularizada los distintos DF, para descender a sus particularidades y conocer acerca de las posibilidades de renuncia a los mismos.

Al respecto, se examinarán, cuando las haya, las normativas específicas que han tratado o desarrollado estos DF, para contrastar las conclusiones antes expuestas con esas regulaciones legales, sacando las pertinentes conclusiones.

A tal fin, distinguiremos tres tipos o modelos de derechos fundamentales en cuanto a su posible renuncia. Por un lado, el modelo de renuncia total a un derecho fundamental, lo que nos llevará a dos DF básicos, el derecho a la vida y el derecho a la libertad personal. En segundo lugar, el modelo de renuncia puntual en el ejercicio de algunos derechos fundamentales, entre los que sin duda resalta el representado por los derechos a la intimidad y la propia imagen (en parte también el derecho al honor). Por último, dedicaremos el último apartado al tercer grupo posible, el de aquellos derechos fundamentales en los que podría tener cabida la renuncia parcial al derecho, como sería el del derecho a la integridad física.

5.2.- El modelo de la renuncia total al derecho fundamental. Sobre la posibilidad de la renuncia al derecho a la vida (art. 15 CE) y la regulación de la eutanasia en España. Sobre la posible renuncia a la libertad personal (art. 17 CE).

En el presente apartado nos planteamos la cuestión de la renuncia en el ámbito del derecho a la vida del art. 15 CE y su desarrollo por la reciente normativa contenida en la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. Se trata de ver la eutanasia desde una perspectiva como ésta de la renuncia, que resulta novedosa en relación a todo lo que hasta la fecha se ha publicado sobre la misma, donde todo parece girar alrededor de ese presunto nuevo “derecho” a recibir asistencia para morir, en unas concretas y extraordinarias situaciones reguladas en la citada Ley.

Nuestro planteamiento parte de una perspectiva previa a la reciente ley, tomando por base el reconocimiento constitucional del derecho a la vida y la integridad física y moral del artículo 15 CE, y examinando más en detalle su consideración como derecho fundamental, y las posibilidades que ese reconocimiento ofrece a su titular, en los momentos vitales en que puede estar en peligro su subsistencia. Ello obliga a su vez a traer a colación las cuestiones tan generales ya analizadas en el capítulo anterior, como la delimitación del contenido básico de todo derecho fundamental reconocido en la Constitución, con las facultades inherentes al mismo, o la de los límites a los derechos fundamentales, así como en el asunto de la naturaleza del derecho constitucional a la vida como derecho excluido hipotéticamente de su calificación como derecho de libertad. Todo ello a partir de la consideración de la posible existencia, implícita en el reconocimiento constitucional del derecho, de una facultad de optar por el no ejercicio del derecho en un momento dado, que lo asimilaría a una renuncia, total o parcial, al derecho mismo.

Hay que recordar que es una materia poco estudiada en la doctrina la de si el titular de un derecho fundamental de los reconocidos en la Constitución tiene entre sus facultades, de forma inherente al derecho mismo, la facultad de decidir no ejercitarlo, frente a una vulneración o intromisión actual o futura en su ejercicio. En este sentido, merece reflexión, en relación a los derechos fundamentales, *la cuestión del contenido de tales derechos, y la determinación de las facultades derivadas del mismo*, más exactamente, de las posibilidades de que disponen sus titulares para elegir las distintas posibles opciones que en todo momento se le ofrecen, ya sea cuando se produce la vulneración del derecho por parte de tercero, o ya incluso cuando el titular del DF se anticipa a esa futura vulneración y decide prever alguna de las diferentes opciones posibles, para el caso en que sobrevenga ese evento.

A este respecto, conviene recordar las palabras de DIEZ-PICAZO²⁹⁹, para quien el libre desarrollo de la personalidad implica sostener que *cada persona puede y debe trazar por*

²⁹⁹ DIEZ-PICAZO, *Sistema ... cit.*, pag. 69 y 70.

sí misma su propio proyecto vital, sin que el Estado deba interferirse salvo para salvaguardar los derechos similares de los demás. Ello significa que prácticamente todos los DF suponen la concesión de una mínima y esencial esfera de libertad que consiste en que no se puede obligar a un individuo a que ejercite un DF, lo que incluye por tanto la garantía iusfundamental a la libertad negativa consistente en la decisión de no realizar un comportamiento de entre aquellos objeto del DF, así como la imposibilidad de imponerle, salvo disposición constitucional en contrario, la satisfacción de un fin que condicione su elección, ni directa ni indirectamente.

Como puede imaginarse, la anterior reflexión tiene o puede tener una relevancia muy considerable en el tema aquí analizado sobre los DF en general y el derecho a la vida en particular, en cuanto a dar entrada a la renuncia al derecho.

Por lo tanto, como ya se vio más arriba, *desde la perspectiva del contenido de los DF*, habría que pensar que entre sus manifestaciones de libertad no positiva, sino negativa, *se deben incluir sin demasiado esfuerzo las distintas posibilidades de renuncia al DF*, ya sea *una renuncia puntual a su ejercicio actual*, una renuncia puntual a su ejercicio futuro, en unas determinadas condiciones previamente fijadas por el propio titular del derecho, o *incluso una renuncia en general a su ejercicio en una situación dada*, como posibles supuestos o manifestaciones del contenido básico de facultades de cualquier DF.

Esto que se sostiene presenta *manifestaciones relevantes en el campo del derecho a la integridad*, con la normativa sobre extracción de órganos de personas vivas, o de donación de material genético en materia de reproducción asistida, por poner dos ejemplos claros y vigentes en España desde hace años, y nunca cuestionados en cuanto a la posible inconstitucionalidad de las leyes que los regulan, a las que nos referiremos más abajo.

Indudablemente, el derecho a la vida es, como ha sido reiteradamente dicho desde la doctrina constitucionalista y penalista, la base de todos los demás derechos, por lo que *la renuncia en ese ámbito podría tener un tratamiento singular y diferenciado*. Pero para ello sería preciso que *la propia norma constitucional estableciese un tratamiento singularizado de este derecho, y del haz de facultades básicas que lo integran, en sentido positivo pero también negativo*, de modo que apareciesen posibles restricciones a dichas facultades, lo que sabemos no sucede en nuestro texto constitucional.

En este sentido, la misma doctrina estudiosa del derecho a la vida como derecho fundamental o como derecho de la personalidad, llama la atención acerca de *las conductas negadoras de ese derecho*, en particular respecto de *la libre elección del suicidio*, que sin duda no cuadran bien con la teórica preeminencia del derecho a la vida y el deber de tutela y protección plena de la misma por parte de los poderes públicos. Dicho de otro modo, esa doctrina, incluso la que niega la existencia de un derecho a morir o de un derecho a una muerte digna, con el alcance que en cada caso se otorga por los distintos autores, *acaba por aceptar la imposibilidad por parte del Estado y los poderes públicos de inmiscuirse en cualquier decisión del sujeto acerca de su vida y su integridad, y sobre su libre decisión de renunciar a ella y poner fin a la misma, de forma voluntaria y sin intervención de tercero*. Aunque no lo consideran una manifestación propiamente dicha

(en sentido negativo) del derecho a la vida, esto es, como acto de renuncia a la misma, *asumen y admiten la imposibilidad de declarar la antijuridicidad de esa conducta*, por supuesto, en tanto no afecte a los DF de terceros, o no suponga involucrar a un tercero en el proceso de ejecución de esa decisión. Todo ello a salvo siempre las posibles intervenciones estatales cuando el titular del derecho se encuentre en situación de no poder tomar decisiones por sí mismo.

Si se piensa bien, ello es una prueba incuestionable de que no se pueden hacer afirmaciones tajantes sobre el derecho a la vida, al menos desde la perspectiva de la facultad de todo sujeto titular de un derecho fundamental de que, llegado un determinado punto o momento, pueda optar por no ejercitar -esto es, renunciar- al derecho o a sus concretas manifestaciones.

La conclusión que cabe extraer de esta introducción es que *nadie ha negado que, dentro del contenido posible de la mayoría de los DF, puede incardinarse la facultad de no ejercicio (actual o incluso futuro) del concreto derecho*, en cuanto *se trataría de una típica manifestación de las posibilidades de elección que se le ofrecen al titular, válida a todos los efectos como expresión de la libertad que todo sujeto posee de ejercitar su derecho en la forma que estime oportuna*. Esto supone acoger la licitud general de la renuncia, entendida normalmente como decisión de no ejercitar o no defender los propios intereses, en sus distintas posibles manifestaciones, con admisión incluso de la renuncia total o abandono del derecho mismo, en aquellos derechos en los que la libertad de elegir entre ejercitar o no ejercitar el derecho, se traduzca, en caso de esto último, en la pérdida del derecho mismo (de la vida misma).

Lo dicho anteriormente exige, para ser confirmado, analizar la problemática cuestión de **los límites a los distintos DF**, en su traslación al derecho a la vida.

En general, no podemos perder de vista que los límites de cada derecho fundamental vienen marcados por el correspondiente precepto constitucional, siendo lo cierto que no es posible encontrar en la regulación de los DF en la Constitución ni una sola norma de “tutela paternalista”, en el sentido de acoger un específico mecanismo de tutela del titular del DF *frente a sí mismo*, esto es, frente a sus propias decisiones libres y unilateralmente tomadas (sin la presencia de terceros que puedan ejercer formas de coacción externa en la toma de la decisión), ni siquiera en el caso que su opción fuese la negativa, de no ejercitar su derecho, o de renunciar total o parcialmente al mismo.

Esta falta de mecanismos “paternalistas” en la CE constituye un dato muy importante a la hora de pronunciarnos sobre si, por razón de tutela de la dignidad del sujeto titular, debe quedar excluida la renuncia unilateral en sus distintas modalidades del ámbito de libre actuación del titular de un DF.

Por otro lado, como ya se vio más arriba en el capítulo anterior, las anteriores conclusiones sobre el contenido y los límites de los DF, y la fundamentación para la admisión de las renunciaciones de los referidos derechos, deben ser completadas con la cuestión de **los posibles límites de la renuncia misma**.

A nuestro juicio, cualquier acto de renuncia parcial o puntual a un DF estará siempre mediatizada por *su natural e insobornable revocabilidad*, en cuanto que todo sujeto, en cuanto titular de un DF, *debe poder en cualquier momento, y en la medida en que todavía sea posible y eficaz, volverse atrás y reconsiderar su decisión y revocar su acto de renuncia, mediante el ejercicio, ahora en sentido positivo, del derecho mismo.*

Esta idea de la libre revocabilidad está presente en la regulación positiva de las distintas leyes desarrolladoras de algunos DF. Por ejemplo, en materia de derecho a la intimidad o la propia imagen. O incluso en el ámbito del derecho a la integridad física, en desarrollo de la normativa legal sobre extracción de órganos de personas vivas con fines altruistas, o de donación o cesión de material genético en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida, o en general en el ámbito sanitario, cuando se trate de operaciones quirúrgicas que afecten a órganos, fluidos y demás componentes del cuerpo humano. En todas las leyes reguladoras de estas figuras está prevista, con mayor o menor acierto, la facultad de reconsiderar la decisión antes de procederse a la extracción, o incluso después, respecto del material genético proporcionado.

Como ya se sostuvo más arriba, esa *revocabilidad plena de los actos de autorización o renuncia a los derechos deriva sin duda de su consideración de derechos fundamentales.*

Así, al ser un DF, no resulta admisible que se pueda renunciar a ejercicios parciales, puntuales o temporales del mismo, sin que exista a la vez la facultad actual para su titular de deshacer su decisión. La razón de fondo es que, *de lo contrario, quedaría afectada la esencia misma del derecho como DF, en cuanto vigente en la persona de su titular durante toda su vida*, lo que debe llevar a *disponer en todo momento de la facultad de cambiar sus decisiones, para atender al mejor desarrollo de su personalidad*, que es la base de toda la regulación constitucional de los DF.

Así pues, la libre revocabilidad de la renuncia permite a su titular disponer del mejor instrumento posible de defensa frente a sí mismo, y por tanto frente a una decisión irreflexiva o dañina para el propio sujeto como consecuencia de la renuncia parcial o puntual a su derecho. A estos efectos, su titular seguramente no necesita de otros instrumentos más fuertes, como sería un mandato legal expreso de irrenunciabilidad del derecho mismo.

5.2.1.- El derecho a la vida del art. 15 CE y su posible renuncia. La consideración de este derecho como derecho de libertad equiparable en sus opciones básicas al resto de derechos fundamentales:

Todo lo sostenido anteriormente nos lleva a examinar la catalogación del derecho a la vida, y su específica naturaleza jurídica como tal DF, y si el mismo responde a una singularidad diferenciadora del resto del DF, hasta el punto de hacer inviable la conducta voluntaria consistente en renunciar a la misma.

Ha sido clásico el debate acerca de la naturaleza del derecho constitucional a la vida del art. 15 CE sobre si se trata de un derecho de libertad, de modo que el titular disponga de una facultad o derecho a dar por concluida su vida mediante el suicidio, y el Estado y los terceros tengan un deber de abstención por cualquier conducta del titular de privarse de la propia vida³⁰⁰, o si por el contrario no lo es, en cuyo caso los poderes públicos están *obligados* a proteger la vida, en cualquier circunstancia³⁰¹.

Al respecto, DIEZ-PICAZO GIMENEZ, asumiendo el contenido de la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, referida a la alimentación forzosa de presos en huelga de hambre, entiende³⁰² que “...*el derecho a la vida no es un derecho de libertad, de manera que el art. 15 CE no confiere a los individuos una facultad de disposición sobre su propia vida*”. A pesar de lo anterior, el autor citado matiza su posición y sostiene que “*no hay que olvidar que la autodeterminación personal, aun no siendo un derecho fundamental, tiene cobertura constitucional en la cláusula de libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE*”. Y añade que “*acaso sería invocable el derecho a la intimidad (art. 18 CE), en la medida en que quepa configurar la propia muerte como un asunto esencialmente personal y privado*”.

Por su parte, BRAGE CAMAZANO³⁰³ sostiene que el derecho a la vida, no es sólo el soporte existencial y un *prius* lógico para cualquier otro DF, sino que no es absoluto, y está a pesar de todo sujeto a limitaciones³⁰⁴.

Más matizadamente, BUSTOS PUECHE³⁰⁵ mantiene, frente a la tesis clásica, que los hechos cotidianos parecen desmentir la tradicional idea de la irrenunciabilidad del

³⁰⁰ Vid. VILLAVARDE MENÉNDEZ, *ob.cit.*, pag. 110-111.

³⁰¹ Esto último es defendido, por ejemplo, por ENCABO, *Derechos de la personalidad*, ed. Marcial Pons, 2012, pag. 56, quien niega que haya un derecho de libertad, según el TC, de modo que no estamos ante un DF en el sentido de que no están los poderes públicos obligados a protegerlo; habla el autor del deber difuso del Estado de proteger la vida humana en cualquier circunstancia, aunque admite que tenemos derecho de dejar el cuerpo cuando sea oportuno.

También ALFARO AGUILA-REAL.J., “Autonomía de la voluntad y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, año 1993 vol 1, pag. 101 considera la necesidad de proteger al yo futuro frente al yo presente, como justificación de las políticas paternalistas que impiden actos irreversibles, como la disposición sobre la propia vida o de ciertos órganos irremplazables.

³⁰² DIEZ-PICAZO, *Sistema ... cit.*, pag. 225.

³⁰³ BRAGE CAMAZANO, *Los límites a los derechos fundamentales*, ed. Dykinson, 2004, pag. 42-43.

³⁰⁴ Tampoco entiende el autor que sea absoluto y sin límite el derecho a la integridad física (a pesar de la tesis de Torres del Moral de que es un derecho que no colisiona con ningún otro DF o bien jurídicamente protegido). El autor defiende que el derecho a la integridad física tiene limitaciones en cualquier sociedad democrática (legítima defensa, uso de la fuerza, razones sanitarias, como vacunaciones obligatorias, exámenes médicos obligatorios, especialmente en casos de epidemia, o pruebas obligatorias de alcoholemia).

³⁰⁵ BUSTOS PUECHE, *ob.cit.*, pag. 86.

derecho a la vida. Dice en concreto: “No creo que el derecho a la vida sea irrenunciable: lo que se quiere decir es que nadie podría invocar en su favor una renuncia anterior de ese derecho por su titular. Pero renunciable, claro que es, hasta el punto de que no se acierta a comprender, suficientemente, qué poder puede tener el Estado para impedir esa renuncia a un sujeto adulto que deliberada y conscientemente quiere renunciar a su derecho a la vida³⁰⁶”.

A nuestro juicio, parece bastante razonable, y sobre todo bastante acorde con la realidad social actual, aunque no exenta de alguna crítica, la postura genérica mantenida por OLIVA BLÁZQUEZ³⁰⁷ sobre el derecho a la vida y el derecho a la muerte digna.

Para este autor, este último derecho es una manifestación del principio constitucional de dignidad, como la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás, siendo, según el TC (STC 53/1985) el “germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes”. (STC 120/1990. 244/2007). Cita también la STC 194/1994, conforme a la cual los DF no son más que “proyecciones de núcleos esenciales de la dignidad de la persona”. Sobre esta base, existe la aspiración de vivir dignamente, que constituye núcleo fundamental de los derechos de cualquier persona. OLIVA cita la Recomendación 1418 (1999) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de la que se deducen principios relevantes en materia de muerte digna: el respeto a la autonomía de voluntad, en cuanto la persona puede participar de forma activa en todas las decisiones que afecten al proceso de su muerte (a través de consentimiento informado, rechazo de tratamiento y testamento vital); el derecho a recibir cuidados paliativos integrales; y el rechazo a intervenciones o medidas de soporte vital para mantener la vida de forma ilimitada (artificialmente). Cita igualmente la doctrina del TC sobre el DF a la vida, y critica que la vida sea un derecho absoluto e ilimitable.

No obstante, el citado autor no configura esa decisión sobre la propia vida en términos de renuncia, y a pesar de todo, y con base en que el TC no se ha pronunciado propiamente sobre este tema (sí sobre otros temas colaterales), *considera que la CE permite que se lleve a cabo un acto de disposición de la propia vida* (cuando decida rechazar la intervención propuesta por el centro médico en el que se encuentre, y tras un proceso de

Es cierto no obstante que, a continuación, el autor afirma que esto nada tiene que ver con la eutanasia... en que la pretensión no es de matarse sino de que otro le mate”. Pone a continuación los ejemplos de las huelgas de hambre y las Sentencias del TC sobre la negativa a transfusiones de sangre (dice que nadie puede disponer de los derechos de la personalidad de otro, en el caso, el padre respecto de su hijo menor; pero lo admite respecto del adulto), y remite al auto del TS de 22 de diciembre de 1983 y auto del TC de 20 junio 1984.

³⁰⁶ No obstante, más adelante (pag. 94-95) se muestra muy crítico con el testamento vital y sus consecuencias jurídicas, y considera que es ineficaz, ya que nadie conoce de antemano lo que es la agonía. Dice luego que los que defienden la eutanasia confunden lo que es el derecho a morir con el derecho a ser matado; lo primero, no entra en si existe o no ese derecho. “En todo caso -dice-, si alguien quiere y puede quitársela vida, lo hará con derecho o sin él”.

³⁰⁷ OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Derecho a la vida”, en *Tratado de Derecho de la persona física* (Dtra. M.C. Gete-Alonso y Calera), Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pag. 740 ss.

información y decisión seguro). Señala que *la privación de la propia vida es un acto que la ley no prohíbe, es un acto de autodeterminación proyectada sobre la propia vida que incumbe sólo al individuo* (aunque dice que podría ser dudoso un derecho a morir que demande la ayuda de los poderes públicos).

La tesis de OLIVA, con base en la doctrina del TEDH, es que el art. 15 CE comprende el derecho a disponer de la vida como “*derecho a oponerse a la prolongación artificial de la vida*”. Su conclusión³⁰⁸ es que nada obsta a la posible constitucionalidad de la legalización de la eutanasia, en cuanto a día de hoy no hay pronunciamientos del TC que impidan esa posibilidad. Se basa para ello en los principios de dignidad y libre desarrollo, así como en el principio general de la autonomía individual y en el derecho a la intimidad. También puede finalmente derivar esa posibilidad del valor “libertad” del art. 1.1 CE.

A nuestro juicio, sin embargo, la idea de dignidad como fundamento de la eutanasia y en general del derecho a renunciar a la vida misma, resulta bastante problemática ya que ha dado lugar a posturas enfrentadas desde perspectivas ideológicas diametralmente opuestas, en cuanto incluso los defensores de la vida a ultranza llegan a justificar también en el citado principio de dignidad la negativa o rechazo legal a la eutanasia³⁰⁹.

Es cierto sin duda, como dice PAREJO GUZMÁN³¹⁰, que la dignidad es un principio informador y la raíz de todos los derechos básicos del hombre y constituye el filtro interpretativo, integrador y valorativo tanto para la actuación de los poderes públicos como para la actuación de los individuos.

Sin embargo, a nuestro juicio, *la dignidad en sí misma no sirve para fundamentar adecuadamente la facultad de acabar con la propia vida: es más bien la existencia del DF mismo reconocido constitucionalmente, y la facultad inherente a todo DF de optar entre ejercitar positivamente ese derecho o decidir no ejercerlo o dejarlo expirar*, lo que fundamenta la licitud y la conformidad con la Constitución de la eutanasia y de cualquier otra manifestación de la voluntad del sujeto de morir.

Es en ese ámbito concreto, esto es, cuando se ejercita libremente la opción negativa de la renuncia o el no ejercicio del derecho a vivir, donde sí tendrá su juego el principio de dignidad, al ser allí donde se expresaría de forma mucho más concreta y efectiva, y donde serviría para impedir cualquier obstrucción por parte de los poderes públicos o de particulares a la voluntad de llevar a término esa decisión.

El derecho del art. 15 CE, ha dicho PAREJO GUZMÁN³¹¹, goza de todos los privilegios y mecanismos reforzados de garantía frente al Estado y los poderes públicos, a quienes

³⁰⁸ OLIVA, *ob.cit.*, pag. 773

³⁰⁹ Por todos, vid. al respecto, SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M., *La eutanasia*, Tribuna Siglo XXI, 2007, pag. 211 ss.

³¹⁰ PAREJO GUZMÁN, *La eutanasia ¿un derecho?*, Ed. Aranzdi, Cizur menor, 2005, pag. 49-50.

³¹¹ PAREJO GUZMÁN, *ob.cit.*, pag. 53.

corresponde *una doble obligación* de respeto y protección en el sentido de obligación negativa de no hacer o no agredir la vida humana, y una obligación positiva de actuar en defensa de la vida individual *frente a los ataques de terceros*.

Esto último resulta interesante, ya que significa que el Estado *no tiene obligación de intervenir cuando sea el propio sujeto el que decide, libremente* y de forma consciente, dejar de vivir, esto es, renunciar a su vida, de modo que no le alcanza al Estado y los poderes públicos intervenir en este ámbito. De ahí no sólo la corrección jurídica de la decisión unilateral de suicidio, tradicionalmente admitida a nivel doctrinal y desde cualquier perspectiva ideológica, sino también la de *cualquier otra manifestación que suponga dejar de ejercitar erga omnes la facultad de seguir viviendo*. Incluso aunque, ya en una segunda fase, necesite de la intervención de terceros para hacer efectiva la decisión del titular del derecho.

Desde esta perspectiva, *no es tampoco preciso entrar en el debate de si el derecho a la vida es o no un derecho absoluto*. Incluso aunque lo fuera, ello no impediría el ejercicio de la facultad negativa del derecho mismo mediante la decisión de renuncia. En el derecho a la vida, esa renuncia se puede traducir -si no es revocada esa decisión entre el momento de la decisión y el de su ejecución material- en la pérdida del derecho mismo, pero ello no chocaría contra el posible carácter absoluto de dicho derecho, por cuanto *entraría de forma natural e inevitable dentro de las opciones típicas de todo DF* el que su titular opte por ejercitar o por renunciar a su ejercicio, *ya sea de forma puntual*, como sucede con cualquier otro DF, *ya sea de forma única y definitiva, como sucedería con el derecho del art. 15 CE*.

Tampoco se trata a nuestro juicio de entrar en el debate sobre si existe o no un “*derecho a la muerte*”, como una suerte de reverso de la facultad de proteger la propia vida, tal como se planteó el TC en un supuesto muy concreto como el de la huelga de hambre de los terroristas encarcelados del GRAPO (STC 120/1990), y que ya se ha señalado respecto de algunos otros DF (derecho a no asociarse, derecho a no casarse).

Para nosotros, es mucho más sencillo y directo *reconocer que todo DF, y el derecho a la vida no es ajeno a ello* (porque de lo contrario se habría señalado específicamente en el texto constitucional), *tiene dos vertientes básicas o dos lados inescindibles, inseparables e inexorables, el lado activo o positivo y el negativo o de no ejercicio o uso del derecho*. Y en este último caso, *tratándose del derecho a la vida, sólo se puede traducir en el abandono y por tanto en la renuncia al derecho mismo*, al no ser factible aquí la renuncia parcial o puntual al derecho, y no existir en el precepto constitucional ninguna restricción a esa posible decisión unilateral del sujeto titular³¹².

³¹² No hace falta tampoco distinguir, como hace DÍEZ RIPOLLÉS, entre la *renuncia al derecho mismo* y la *renuncia a su ejercicio*, de modo que lo que se prohibiría constitucionalmente sería el traspaso a terceros de la facultad de decidir sobre la vida del titular del derecho, siendo por el contrario posible la eutanasia como la renuncia al ejercicio del derecho mediante la encomienda a tercero de la ejecución de la propia decisión previa de renuncia a la vida. DÍEZ RIPOLLÉS, J.,L., “Eutanasia y Derecho”, en *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada* (D.Ripollés J.L. y Muñoz Sánchez, J. Coord). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

En esta línea, se ha expresado MILLAIRE en el Derecho canadiense, quien afirma sin ambages que cada vez que una persona demanda al estado una ayuda para morir, no está ejerciendo un “derecho a la muerte” o un “derecho de morir con dignidad”, sino que esa persona *está renunciando a su derecho a la vida*, ya que de otro modo se impediría al Estado participar de su muerte, y estará ejercitando sus derechos a la autonomía, a la seguridad, e incluso a la vida³¹³.

También en esta misma dirección, la experiencia holandesa es muy clarificadora: se la ha criticado por haber ampliado de hecho las situaciones en las que se puede un sujeto acoger a la posibilidad de la eutanasia³¹⁴. En realidad, dicha experiencia constituye la demostración empírica de la dificultad de deslindar supuestos cuando un sujeto ha decidido libremente renunciar a su vida, y la prueba de la enorme dificultad que le supone en la práctica a una autoridad pública rechazar la decisión de renuncia a la vida expresada en tiempo y forma por el sujeto afectado.

*A partir de aquí, los problemas que deben solucionarse son los de la intervención de terceros, en aquellos casos en que el sujeto que decide la renuncia a su derecho a la vida no puede por sí solo ejecutar esa decisión, sino que necesita la presencia de otra persona. Y en caso de ser viable esta intervención, los de las condiciones y exigencias que deben concurrir para asegurar la decisión, tratando de evitar de rebote una posible conducta antijurídica del sujeto que presta la ayuda o apoyo a la decisión de acabar con la propia vida, que pudiera derivar incluso en una conducta tipificada penalmente*³¹⁵.

Pero debe tenerse en cuenta algo importante: a partir de aquí, ya nos hallamos fuera de la órbita de la tutela o garantía de los DF. En este punto, de lo que se trata es de facilitar por parte del Estado o Administraciones públicas los medios precisos para dar debida ejecución a la decisión del titular afectado de renunciar a la vida.

Si se piensa con detenimiento, el precepto constitucional no constituye en sí mismo, ni en su vertiente positiva o negativa, un freno a la eficacia de la decisión de no ejercitar el derecho y renunciar a vivir.

Seguramente, de esta forma lo que se hace por el autor es buscar una terminología eufemística, carente además de base alguna en la propia Constitución, la cual nunca distingue entre titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales. Todo para intentar evitar lo que sin duda debería ser dicho con claridad, esto es, que se puede directamente renunciar al derecho por ser una de las dos opciones básicas de todo derecho fundamental, pero sin que ello tenga por qué suponer inexorablemente dejar en manos del tercero el propio derecho, al existir siempre *una decisión previa de su titular de no querer ejercitar ni defender frente a terceros su derecho a la vida, seguida de una petición de apoyo o ayuda por parte de tercero*.

³¹³ MILLAIRE, *ob.cit.*, pag. 999-1000.

³¹⁴ Sobre esa experiencia holandesa, vid. REY MARTÍNEZ, F., *Eutanasia y derechos fundamentales*, Ed. Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pag. 46 ss..

³¹⁵ PAREJO GUZMAN, *ob.cit.*, pag. 55-56 ha plantado si no hay una suerte de renuncia a favor de terceros en la eutanasia, como una forma de dejar en manos de estos la disposición sobre la vida del sujeto, a lo que ha respondido en sentido negativo.

Constituye una opción sumamente natural, y admisible desde cualquier perspectiva, que la persona mayor de edad y con madurez suficiente pueda elegir por sí misma su destino, precisamente porque siempre tiene abierta la vía de no querer vivir, en cualquier momento y circunstancia, sin que el Estado tenga posibilidad de impedirlo. Esto es justamente lo que hace que, desde una perspectiva social, la gran mayoría de la sociedad se muestre partidaria de la eutanasia: *todos vemos como algo perfectamente normal poder decidir nuestro destino vital*, incluso aunque sea en la situación extrema de renunciar a la propia vida³¹⁶.

Lo que en realidad subyace al debate doctrinal sobre la eutanasia y a la regulación legal de la misma, es primordialmente, y en el fondo, *cómo se debe proteger al tercero que vaya a verse en tesitura de tener que intervenir en la decisión previamente tomada por el titular del derecho de renunciarlo*, cuando éste no puede por sí solo acabar con su vida, o no dispone de los medios para lograrlo, y siempre que el legislador decida que puede hacerlo. Es decir, *se trataría de cómo organizar el proceso para que quien intervenga en apoyo del que ha decidido renunciar no se vea afectado por una imputación penal o por una posible responsabilidad civil*.

En esta dirección, creemos que constituye un debate bastante estéril el planteado a estos efectos por la doctrina que ha estudiado la nueva Ley, acerca del presunto nuevo “derecho” otorgado por dicha Ley, y si se enmarca o no dentro del ámbito protector del art.15 CE. Este así llamado derecho supone *una decisión de pura política legislativa*, perfectamente legítima del Poder legislativo, de reconocer al sujeto la posibilidad de conseguir el apoyo del aparato estatal en ejecución de esa decisión personalísima de no ejercitar el derecho y renunciarlo.

A partir de ahí, este “derecho” y su regulación legal son más bien la expresión o determinación de cómo conseguir que no sea antijurídica en ningún caso la actuación del tercero en apoyo de aquel sujeto que ha decidido renunciar a la vida. Y como complemento, es también el debate sobre las posibles condiciones o circunstancias que es preciso que concurren para evitar esa imputación del tercero, asegurando que la voluntad del sujeto titular del derecho al solicitar esa ayuda o apoyo ha resultado cierta, firme, definitiva, y no ha resultado ulteriormente revocada.

En todo caso, este hipotético derecho, de haberlo como derecho subjetivo, lo cual es dudoso, puesto que sería entonces una suerte de derecho de la personalidad nuevo, lo será como *derecho de origen netamente legal, desconectado en realidad del precepto constitucional del art. 15 CE, al que en modo alguno desarrollaría*, fuera del hecho de

³¹⁶ Al margen, obviamente, de las posibles consecuencias negativas que pudiera tener para el resto de familiares, para los que en ocasiones podría llegar a resultar una suerte de estigma a nivel social. Pero es evidente que estos no disponen de un derecho o facultad de impedirlo por ese motivo, al no tener a su favor ningún otro DF susceptible de ser protegido y aplicado, y tratarse en realidad de lo que llamaremos un riesgo general de la vida, que le puede acontecer a cualquiera respecto de un familiar con esas inclinaciones.

que, en el origen de todo el proceso, lo que existe es una decisión libre y consciente del titular de no ejercitar su derecho fundamental renunciando al mismo.

Por lo tanto, se trataría de *un derecho o facultad susceptible de ser libremente configurado por el legislador ordinario, con más o menos alcance, sin límites derivados del mandato constitucional*, en el cual la preocupación principal será la de asegurarse de la prestación de un consentimiento perfectamente libre y consciente, suficientemente informado de las consecuencias de su decisión, así como la posibilidad de revocar la decisión durante todo el tiempo de duración del proceso.

Es más, *justamente por eso, es decir, por tratarse de un derecho de origen legal, puede ser configurado por cada ordenamiento jurídico de forma diferente, con mayor o menor delimitación de los sujetos que pueden intervenir, sin que ello exija que sean en todo caso médicos facultativos*. Eso será posible siempre en la medida en que se adopten los pasos oportunamente señalados para, asegurando previamente el consentimiento del sujeto renunciante, garantizar la juridicidad de la conducta del tercero que interviene, sea quien sea éste. No hay en este aspecto una base o fundamento constitucional que obligue al legislador a que se actúe por los poderes públicos o particulares implicados *a través de concretos sujetos*, por lo que debería ser posible e imaginable que lo pudieran realizar incluso particulares o allegados, como sujetos ejecutantes de una previa decisión adoptada a nivel médico y ético, por los especialistas designados legalmente.

Pero es que *tampoco deberían afectar* a la esencia de la facultad renuncia a la vida, desde su perspectiva estrictamente constitucional, el que el titular renunciante *no se halle en su plenitud de facultades mentales a la hora de tomar su decisión*.

De hecho, parece difícil que, en la mayor parte de casos en que un sujeto decide terminar con su vida mediante el recurso a terceros, el mismo se encuentre en perfecto estado de equilibrio mental, sino que lo habitual será que tenga una situación de grave desesperación y consiguientemente esté alterado en sus facultades. Pero no por ello debe ser rechazado el recurso a la eutanasia. Insistimos en que de lo que se trata es primordialmente de dejar a cubierto al tercero que interviene, soslayando cualquier problema de antijuridicidad en su conducta. Téngase en cuenta además que, tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, sobre reforma legal para el apoyo de personas con discapacidad, se ha abierto muchísimo la puerta a que personas con algún tipo de deficiencia psíquica o física sean equiparables plenamente a las personas sin discapacidad a la hora de tomar decisiones personalísimas como ésta de acabar con la propia vida.

En este sentido, y como complemento de lo anterior, en relación ahora a los testamentos vitales, no debería exigirse la prueba de un estado actual de plena consciencia y voluntariedad, para dar acceso a los instrumentos precisos para acabar con la propia vida y para poder contar con terceros para ese fin. Por lo tanto, mientras se haya otorgado dicho testamento vital en las condiciones de garantía que en cada caso sean establecidas legalmente, y esa voluntad no haya sido revocada con posterioridad, se debería poder

acceder a la ayuda de terceros para dar cumplimiento a lo querido y señalado por el sujeto titular en el respectivo documento³¹⁷.

De todo lo dicho hasta ahora, cabe deducir que *el acto de renuncia* a la vida que puede implicar la decisión de no seguir viviendo y de acabar con ella por los propios medios y sin asistencia de nadie, *es una manifestación básica del derecho constitucional a la vida, en su vertiente negativa y perfectamente lícita de no ejercitarlo*. No sólo no es antijurídica la decisión adoptada al respecto, y la ejecución subsiguiente a ella, sino que *es seguramente antijurídica y contraria al reconocimiento del derecho fundamental del art. 15 CE cualquier interferencia estatal o de particulares que pretenda obstaculizarla*.

Como se ha avanzado, la cuestión jurídica más compleja se presenta cuando el sujeto titular no tiene capacidad material para ejecutar por sí mismo su decisión o acto de renuncia. Aquí lo que debe suceder es que, a la decisión formal o informal de renunciar, absolutamente libre, ha de seguirle una serie de actuaciones que dependerán en parte del sujeto titular pero que por afectar también a terceros, debe asegurar a éstos la conformidad con la ley de su actuación.

A estos efectos, es completamente razonable que se cumplan una serie de cautelas o salvaguardas.

La primera sin duda es la de garantizar la libre revocabilidad a través de los medios oportunos, que puedan llegar a conocimiento de esos terceros. Efectivamente, la revocabilidad de la decisión, mientras no se haya dada ejecución a la misma, debe ser igualmente libre, y ésta constituye de nuevo una manifestación de cualquier derecho fundamental, también del derecho a la vida. Ahora se trataría de ejercitar el DF en su vertiente positiva, de reconocimiento de la facultad de reconsiderar la decisión, e incluso de conseguir del Estado la garantía de que puede cambiar de opinión, si es que hubiera algún posible impedimento o freno a esa revocación, que en el ámbito del derecho a la vida resulta difícil de imaginar³¹⁸.

Por otro lado, para el adecuado ejercicio de la facultad de decidir no ejercitar o renunciar el derecho a la vida, cuando van a intervenir terceros, especialmente facultativos, es preciso adicionalmente garantizar que el consentimiento inherente a esa decisión haya sido adecuadamente formado, y no tratarse de una interpretación *subjetiva* de quien va a ayudar al renunciante. Por eso las distintas leyes sobre eutanasia se preocupan -algunas

³¹⁷ Esto tiene relevancia, por cuanto, de este modo, se hace inútil e injustificada la exigencia, por parte de algunas CCAA, de reiterar el consentimiento dado en un testamento vital previo a la entrada en vigor de la LO 4/2021: Es suficiente con que el sujeto disponga de la facultad de revocar el consentimiento.

³¹⁸ En este sentido, ni siquiera se podría pensar en la posible compensación por daños económicos causados al centro público o privado que pudiera haber iniciado su intervención en el proceso de eutanasia, como hipotético freno a la libre revocación.

quizás en exceso- de asegurar que se ha obtenido toda la información necesaria para tomar la decisión, al ser una decisión que ya no tendría vuelta atrás, en principio³¹⁹.

5.2.2.- El reflejo de la anterior doctrina en la nueva Ley Orgánica 3/2021, sobre Eutanasia en España:

El debate anterior permite situar mejor el examen de la reciente Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, y valorarlo adecuadamente desde el punto de vista constitucional.

La aprobación por el Congreso de los Diputados de esta Ley de regulación de la eutanasia plantea la cuestión del derecho constitucional a la vida, y por tanto, también a nuestro juicio la posibilidad de concebir la eutanasia, tal como aparece regulada en el texto, como una serie de supuestos puntuales *-no exhaustivos-* de renuncia al citado derecho.

Debemos ahora descender a la terminología utilizada. La Ley insiste en crear un nuevo “derecho” a favor de quienes se encuentren en alguna de las situaciones señaladas por la misma, derecho que sería una suerte de derecho a la eutanasia o derecho a elegir la propia muerte, mediante la ayuda más o menos relevante de terceros.

Sin embargo, a nuestro juicio, como antes se ha avanzado, se trata más bien de reconocer legalmente la facultad del sujeto afectado de recurrir al aparato estatal cuando no pueda actuar por sí solo, y a la vez de regular una serie de condiciones que actuarán como causas legales para la exclusión de la antijuridicidad en la conducta de los terceros intervinientes.

Y desde luego, no se trataría de un derecho que pudiera guardar conexión directa con el precepto constitucional del art. 15 CE ni con su desarrollo legal, sino que se trataría de una facultad que el legislador, por una decisión de política legislativa, ha resuelto conceder a los ciudadanos que se hallen en unas determinadas condiciones³²⁰. En este sentido, entendemos que *el legislador tiene ahora, y en el futuro, un importante margen de “disponibilidad” en este caso*, para decidir si acepta o no una norma que permita alguna forma de eutanasia, en la línea de lo que *mutatis mutandi* ya hizo en su día, por ejemplo, con respecto a los matrimonios de personas de mismo sexo, en cuanto que la CE no los prohíbe, siendo una decisión del legislador el establecerlos o no, siendo ambas opciones legítimas constitucionalmente.

³¹⁹ En esta dirección, quizás puede resultar un tanto inútil la previsión de múltiples consentimientos de distintos facultativos o Comisiones, como se prevén en algunas leyes sobre eutanasia, entre ellas la española. No se olvide que esa inutilidad se manifiesta en que normalmente va a existir de forma permanente una facultad revocatoria de la decisión, por parte del titular afectado, durante todo el proceso hasta su ejecución final, y en que habrá los canales adecuados para que esa facultad llegue a conocimiento de los terceros implicados.

³²⁰ Esto es justamente lo que afirma el Preámbulo de la Ley al decir: “...*Y es, precisamente, obligación del legislador atender a las demandas y valores de la sociedad, preservando y respetando sus derechos y adecuando para ello las normas que ordenan y organizan nuestra convivencia*”.

Ello abre la puerta a posibles modificaciones legales futuras, para hacer más flexible y amplia la intervención de terceros, y acaso más numerosos los supuestos en que podría ser aplicada.

Sobre el tema, la doctrina que ha analizado la nueva Ley ha discutido mucho acerca de la naturaleza de este hipotético nuevo derecho, y su entronque constitucional³²¹. Para

³²¹ Por ejemplo, RAMON FERNANDEZ, F., “El derecho a la vida y el derecho a decidir sobre la vida: una perspectiva desde la actual regulación de la eutanasia en la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo”, en *Diario La Ley*, N° 9857, 25 mayo 2021, considera que en el art. 15 CE no se contempla ni un derecho a la muerte ni un derecho a decidir sobre la vida o derecho a la autogestión de la vida o de la muerte. Descendiendo a la ley, la autora considera que no hay un derecho de carácter genérico a la eutanasia, de modo que sólo se admite en los casos señalados en la ley.

Para CORERA IZU, M. “Eutanasia: comentarios a su ley Orgánica”, *Diario La Ley*, N° 9847, 11 mayo 2021, habla de un “nuevo derecho individual” de eutanasia, y reconoce que las Sentencias del TC declaran un indudable derecho a la vida, no un deber, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, y del que aquella puede disponer.

Por su parte, GAMAZO CARRASCO, M.B., “Ley Orgánica 3/2021 de 24 de marzo reguladora de la eutanasia”, en *Diario La Ley*, N° 9847, 11 mayo 2021, señala que la ley pretende conjugar los derechos fundamentales a la vida e integridad física, por un lado, y bienes constitucionalmente protegidos como la libertad, dignidad o autonomía de la voluntad, por otro, y se refiere a un “derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir,” como prestación incluida en la cartera común de servicios del sistema nacional de salud.

En una línea similar, ORTÍZ FERNÁNDEZ, M., “La legalización de la eutanasia activa directa en España: la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia”, en *Diario La Ley*, N° 9830, 15 abril 2021, quien considera que estamos en realidad ante un derecho de configuración legal, aunque íntimamente conectado con los derechos constitucionales a la vida y la integridad y los principios de dignidad y libertad, pero teniendo el primero y los segundos un campo de intervención diferentes. Afirma que no puede existir un derecho a morir, y aunque admite que una persona puede decidir poner fin a su existencia, tal comportamiento no puede venir amparado en nuestro derecho. El derecho constitucional a la vida obliga a los poderes públicos a adoptar una actitud activa para contribuir a la efectividad de tal derecho. Muy interesante es la opinión de RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. “Consecuencias y consideraciones sobre el presunto carácter orgánico de la Ley de la Eutanasia”, en *Diario La Ley*, N° 9830, 15 abril 2021, quien se centra las dudas sobre lo acertado del carácter de ley “orgánica” de la Ley 3/2021, y afirma que ese nuevo “derecho a la prestación de ayuda a morir”, no integraría el contenido esencial del derecho regulado en el art. 15 CE, sino que *pasaría a formar parte del denominado “contenido adicional” de ese derecho fundamental*, por lo que podría conocerse de las disputas sobre la aplicación de la nueva ley a través del procedimiento preferente y sumario ante la jurisdicción contenciosa y del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Acaba criticando esta vertiente de la Ley, al entender que no estaríamos finalmente ante un estricto “desarrollo” de derecho fundamental alguno. A nuestro juicio, por el contrario, si se percibe la facultad regulada en la nueva ley, al menos *“prima facie”* como un ejercicio negativo del derecho a la vida, esto es, como una suerte de renuncia al mismo, entonces sí estaría justificado su tratamiento como Ley Orgánica y por tanto la consecuencia inherente a ello respecto a su defensa por el procedimiento sumario de tutela de derechos fundamentales y por la vía del recurso de amparo, aunque el desarrollo posterior a esa fase inicial de decisión, no tendría ya conexión con el derecho constitucional a la vida.

Por su parte, NICOLÁS JIMÉNEZ, P., “Toma de decisiones al final de la vida: situación actual y perspectivas de futuro en el derecho español”, en *Diario La Ley*, N° 9756, 7 diciembre 2020, entiende que la nueva Ley procede a configurar un nuevo derecho individual, no como plasmación del “agere licere”, entendido como prestación de ayuda para morir con inclusión en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

En contra de esto último, PEREZ GALLEGO, R., “Eutanasia: la pendiente resbaladiza”, en *Diario La Ley*, N° 9623, 29 abril 2020, para el cual el TC no admite dentro del art. 15 CE un derecho a la propia muerte, sin perjuicio de reconocer que la persona puede fácticamente disponer sobre su propia muerte como manifestación del “agere licere”, en cuanto la ley no castiga la propia muerte, pero no permite un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir.

nosotros, como ya se ha reiterado, precisamente por venir afectado el derecho constitucionalmente reconocido a la vida, *la decisión relativa a su extinción, debe ser calificada propiamente como renuncia al derecho mismo.*

Dicho de otro modo, entendemos que, al menos *en su fase inicial*, el titular del derecho fundamental *no estará ejercitando propiamente un nuevo derecho, sino el mismo derecho constitucional a la propia vida, sólo que en su vertiente negativa*, esto es, en su concreta manifestación, perfectamente libre y reconocida constitucionalmente, de no ejercerlo positiva o activamente, sino de no querer seguir viviendo. Cuando el sujeto decide quitarse la vida, por hallarse en las situaciones radicales previstas en la norma, lo que hace “*prima facie*” es decidir no ejercer su derecho a la vida.

A partir de ahí, las correspondientes ratificaciones o confirmaciones de esa voluntad buscan asegurar que no se cometen errores en la expresión o exteriorización de esa voluntad de renuncia, como medio de impedir la antijuridicidad de la conducta de los terceros implicados, y de evitarles posibles responsabilidades patrimoniales o incluso penales. Una vez cumplidas esas condiciones, el sujeto renunciante estará ya facultado para acceder a ese nuevo derecho concedido frente a la Administración. Ese derecho sería un derecho de origen o base no estrictamente constitucional, sino *puramente legal*, y *desconectado como decimos del DF a la vida*, consistente en obtener de la Administración sanitaria pública (o de la privada) los instrumentos necesarios para llevar a ejecución esa decisión de renunciar a la propia vida, en caso de necesitarlos. Se trataría por tanto, y a partir de ese momento, y no antes, de un derecho de origen legal a obtener la colaboración de los profesionales sanitarios. A lo sumo, de haber una conexión con el art. 15 CE, la sería en el sentido de permitir avalar la legitimidad de ese nuevo e hipotético derecho a partir del derecho constitucional allí reconocido.

Es significativa a este respecto la afirmación de REY MARTINEZ³²² según la cual ninguno de los escasos ordenamientos donde se ha reconocido la validez de la eutanasia, con unas u otras condiciones, se ha planteado la cuestión explícitamente desde la perspectiva constitucional (aun cuando el autor acabe señalando que sí que tiene entronque constitucional). La razón es muy probablemente la expuesta, esto es, que ese derecho es reconocido legalmente como una decisión libre de política legislativa.

Esto se puede comprobar examinando uno de los dos posibles casos previstos en la Ley 3/2021, a saber, el supuesto en que el titular afectado no necesita ayuda externa, dado su estado físico, sino sólo que se le proporcione por el personal sanitario el componente químico o farmacológico preciso para que el sujeto mismo se lo inyecte o administre, al no poder acceder a él, por ser de tráfico jurídico restringido. Aquí es bien evidente lo que decimos acerca de la renuncia a la propia vida, por cuanto sólo se precisará del personal sanitario un apoyo puntual que el sujeto no está posibilitado para hacer por sí mismo,

De “derecho” sin más, y sin explicitarlo, habla MAGRO SERVET, v., “Tabla de plazos y acciones en la actuación médica ante la eutanasia (Ley orgánica 2/2021, de 24 de marzo)”, en *Diario La Ley*, Nº 9857, 25 mayo 2021.

³²² REY MARTÍNEZ, *ob.cit.*, pag. 81-82

dada su falta de conocimientos médicos o farmacológicos, o su imposibilidad de acceso libre a los mismos, dependiendo a partir de ese momento del facultativo para culminar el proceso.

- La Ley habla en su Preámbulo de la compatibilización entre derechos fundamentales (vida, integridad) y bienes constitucionalmente protegidos como dignidad, libertad y autonomía privada. Entendemos que no hacía falta este esfuerzo del legislador por justificar que el derecho constitucional a la vida debe ceder o cohonestarse con la dignidad de la persona, la libertad de la misma, la libertad de conciencia y la intimidad. Era suficiente con decir que *el derecho a la vida, como cualquier otro derecho constitucional, es susceptible de renuncia por su titular, en ejercicio del mismo, ya que todo derecho de este tipo presenta una vertiente activa (ejercicio o exigencia de respeto frente al estado y frente a los demás ciudadanos) y una vertiente pasiva o renunciadora de su ejercicio*. La particularidad es que, en el caso del derecho a la vida, esa posibilidad de renuncia *pasa precisamente por su destrucción o desaparición del sujeto titular, por decisión del mismo*. Aquí no hay otra alternativa a su no ejercicio o renuncia; a diferencia del resto de los derechos subjetivos, fundamentales o no fundamentales, donde la renuncia como sabemos es o puede ser siempre puntual, determinada, matizada en su alcance y más o menos prolongada en el tiempo.

La Constitución, como antes se vio, no pone obstáculos a la renuncia de los derechos fundamentales. Tampoco la pone respecto del derecho a la vida, pues nada se dice explícita ni implícitamente en la norma constitucional acerca de un deber de Estado de impedir a un sujeto tomar la decisión de renunciar a su derecho a la vida y acabar consigo mismo.

La cuestión es importante desde el punto de vista de la constitucionalidad de la Ley. Seguramente, frente al recurso de inconstitucionalidad que ya se ha presentado, se genere el debate sobre la base jurídica del nuevo derecho a morir o derecho a la eutanasia, en los casos concretos señalados en la ley, y surja la duda sobre su posible fundamento o no en los principios, siempre un tanto etéreos, de dignidad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad. Desde la perspectiva aquí defendida, quizás es más sencillo y mejor fundado examinar la Ley desde el prisma de la renuncia al derecho fundamental, como vertiente negativa de ejercicio de un derecho constitucional que no tiene en principio límites para su titular.

Esto es importante, además, *en su aplicación práctica ante los Tribunales*, porque no prejuzga la posibilidades de declarar acordes con la Constitución *otros posibles casos dudosos*, no estrictamente regulados en la Ley 3/2021 en los que el titular del derecho decida dar por acabada su vida (sin o con ayuda o apoyo de los poderes públicos, o de particulares). En ellos, cuando se presenten, *no debería descartarse el recurso a la analogía*, si no fuese uno de los supuestos concretos regulados en la ley, pero sin embargo guardara “identidad de razón” con ellos, y además se hubieran cubierto satisfactoriamente

las garantías en la toma de la decisión y en los pasos dados hasta la ejecución definitiva de la misma con la ayuda o apoyo de tercero³²³.

Del mismo modo, este planteamiento no prejuzga una futura modificación o reforma de la Ley 3/2021 en cuanto a acoger nuevos y adicionales supuestos o situaciones no incluidos en el citado cuerpo legal, o la intervención de nuevos sujetos, incluso familiares o allegados en el caso de no existir facultativo dispuesto a dar el último paso, en la medida en que responda a la aspiración legítima del sujeto de acabar con su vida por las mismas o diferentes motivaciones a las que sirven de base a la nueva normativa.

La Ley habla enfáticamente de un “derecho a solicitar la prestación de ayuda para morir”, que se concibe como un derecho dirigido o ejercitable frente al personal sanitario o centro sanitario. Sin embargo, creemos que se otorga un *nomen* específico a lo que en realidad subyace a la decisión de ejercitar ese derecho, que no es otra cosa que una decisión de renuncia previa al derecho a la propia vida.

Cuestión distinta es que, para lograr esa ayuda, generalmente material y también económica, del Estado y las Administraciones públicas, sea preciso cumplir una serie de exigencias.

Así, y en primer lugar, para llegar a esa decisión primera y previa de renunciar al derecho a la vida, se debe garantizar la libertad de decisión, evitando cualquier tipo de presiones externas, para asegurar una decisión meditada sobre algo que va a resultar irreversible. Para ello, deben cumplirse una serie de fases, sin duda excesivamente complejas, como las de Información previa, Primera decisión o solicitud, Segunda decisión o solicitud (con 15 días de separación) y posterior consentimiento informado previo a recibir la prestación. (dentro de un proceso deliberativo con el profesional sanitario), mediante documento por escrito, fechado y firmado por el paciente, en presencia de un profesional, que lo rubricará.

Es evidente, a la vista de lo señalado más arriba, que *la ley es excesivamente prolija en sus exigencias, enormemente lenta e inadecuadamente garantista, si se piensa en el sujeto titular que quiere renunciar a seguir viviendo*. A éste le basta con tomar su decisión y que la misma le quede absolutamente clara a quien va a prestar la ayuda necesaria, disponiendo –como así ocurre- de la facultad de revocar y deshacer esa decisión, si cambia de opinión o tiene dudas sobrevenidamente.

En esta dirección, REY MARTINEZ, en reciente trabajo sobre el suicidio asistido en Italia³²⁴, pone en directa conexión –dentro del Derecho español- la autorregulación que las leyes vigentes sobre autonomía del paciente a la hora de aceptar o rechazar tratamiento asistenciales o de cuidados paliativos, que a la postre conducen a la muerte de forma más

³²³ Sobre los casos a los que se extiende la Ley Orgánica y algunas otras posibles situaciones, vid. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M-P., “Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia”, *Actualidad Civil*, nº 7-8. Julio-agosto 2021, pag. 4-5.

³²⁴ REY MARTINEZ, F., “El suicidio asistido en Italia: ¿un nuevo derecho?”, *Teoría y realidad Constitucional*, núm. 46, 2020, pag. 457-483.

rápida que con los tratamientos médicos al uso, y la eutanasia, en el sentido de señalar que no existen apenas diferencias entre unas y otras situaciones, por lo que no debe haber obstáculos ni constitucionales ni legales para una regulación específica.

De ahí se puede colegir, a nuestro juicio, una necesidad de un tratamiento legal más simplificado del que otorga la Ley 3/2021 a la eutanasia, prescindiendo de algunos de los múltiples trámites y reiteraciones del consentimiento, precisamente para equiparar el supuesto legal al del consentimiento o rechazo a otros tratamientos médicos que acaban más o menos rápido con la vida de la persona, del cual se diferencia en bien poco.

Por el lado del tercero que va a prestar la ayuda o apoyo, es lógico que, para evitar la posible antijuridicidad de su conducta, se quiera asegurar al máximo de que no se cometan errores o se actúe con precipitación. Pero para esto último debería ser suficiente con que intervengan en la decisión y la ejecución más de un facultativo, tomando una decisión en un lapso relativamente corto y no dilatado de tiempo, con o sin la presencia de una comisión, como hace la ley.

Por otro lado, existe como sabemos la previsión de que haya un documento de instrucciones previas, para el caso de que se dé una incapacidad de hecho para decidir en un futuro, en cuyo caso podrían eludirse muchas de las anteriores fases. Ello demuestra de hecho lo innecesario de muchas de ellas, por lo que es razonable que en el futuro se introduzcan modificaciones legales para flexibilizar esas exigencias en los casos en que no exista ese testamento vital con instrucciones previas.

- Por otro lado, como vimos arriba sucede con la renuncia a otros derechos fundamentales, se prevé razonablemente en la ley, como no podía ser de otro modo (mucho más en un derecho como éste, cuya renuncia resultará irreversible), la posibilidad de revocar su solicitud en cualquier momento del procedimiento (art. 6.3) o pedir un aplazamiento (se habla también de decaer en su solicitud).

5.2.3.- Conclusión.

En conclusión, puede comprobarse cómo la Ley 3/2021 responde al esquema genérico del *modus operandi* típico en cuanto a la renuncia al ejercicio de un derecho fundamental, en donde el legislador ordinario se preocupa, por un lado, de permitir el recurso a la vertiente negativa de concreto derecho, y a partir de ahí, se ocupa de garantizar que la decisión de ejercicio negativo del derecho se haga reflexivamente y sin presiones, en aras sobre todo de la tutela de los terceros que van a intervenir en el proceso; y por otro lado, se preocupa de garantizar también la posibilidad de revocación de esa voluntad durante todo el proceso, y antes de culminar el mismo.

Ello viene a desmontar, cuando menos en parte, la idea tradicional de un sector de la doctrina, apoyado quizás por alguna sentencia del Tribunal Constitucional que trata colateralmente el tema, de negar al derecho a la vida la condición de derecho de libertad. Indudablemente, *su titular goza cuando menos de la libertad de elección entre ejercitar*

y proteger su derecho, o de renunciarlo, en tanto se garantice que lo hace con pleno conocimiento de las consecuencias y sin coacciones.

Quizás en un futuro no muy lejano, toda esta polémica quede superada cuando existan mecanismos o instrumentos tecnológicos, algunos ya incluso imaginables³²⁵, que, sin necesidad de la intervención de terceros, permitan al titular del derecho fundamental a la vida tomar su decisión de renunciar a ella, y ejecutarla por sí mismo. Eso será la prueba evidente de la necesidad de cambiar de mentalidad en cuanto al contenido, facultades y límites del derecho reconocido en el art. 15 CE, y de reconocer a su titular el ámbito de libertad que a día de hoy, tras la Ley Orgánica 3/2021, sólo se le concede puntualmente y con bastantes limitaciones.

5.2.4.- Apéndice: la reciente Providencia del Tribunal Constitucional de agosto de 2022 sobre la pugna entre el derecho a decidir la extinción de la propia vida y otros derechos fundamentales (el derecho a la tutela judicial efectiva):

Las anteriores conclusiones encuentran un cierto respaldo en la reciente Providencia dictada por el Tribunal Constitucional, de fecha agosto de 2022, donde se ha planteado el conflicto jurídico entre el derecho a la vida en su vertiente negativa de decidir la extinción mediante la eutanasia (art. 15 CE), y otro derecho fundamental como en este caso sería el de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Los hechos de base han sido la pretensión de recurso a la eutanasia por quien estaba siendo juzgado en proceso penal por presuntos delitos de lesiones cometidos contra varias personas, sujeto que salió gravemente lesionado de esos hechos, y que por hallarse en situación de tetraplejia y con fuertes dolores, solicitó asistencia para terminar con su vida en aplicación de la normativa reciente sobre eutanasia. Las víctimas de este sujeto se opusieron y alegaron que permitir la eutanasia acabaría con sus expectativas de un juicio con condena, por lo que entendían que las autorizaciones para la práctica eutanásica vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva, y solicitaban a tal efecto la paralización de dicha práctica hasta que se dictase sentencia sobre el fondo.

Con gran rapidez, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a través de una Providencia, denegando la pretensión de las víctimas, y amparando el derecho del sujeto que había solicitado acabar con su propia vida.

La resolución dictada es muy interesante, porque viene a demostrar que la realidad supera a lo que cualquier investigador o pensador pudiera imaginar, en cuanto era a priori difícilmente imaginable que se pudiera plantear en estas situaciones un pulso o disputa

³²⁵ De hecho, los medios de comunicación se han hecho recientemente eco de la aprobación en Suiza de una máquina (denominada “Sarco”) con la que se puede hacer viable que quien quiera quitarse la vida, lo pueda hacer por sí mismo, en tanto tengan determinadas condiciones que se lo permitan, pudiendo bastar incluso con un simple pestaño.

entre dos derechos fundamentales. Pues bien, vemos que, al menos en teoría, es posible que se produzca; otra cosa es que tenga adecuada justificación.

El contenido de la resolución es relevante, en primer lugar, en cuanto a la cuestión de fondo, ya que, frente a la posible vulneración del derecho a la vida del art. 15 CE, aducida por los recurrentes ante el TC, éste viene señalar que ese derecho corresponde en exclusiva a su titular (es decir, a quien ha solicitado ayuda para poner fin a su vida), sin que ni los terceros ni el Estado mismo tengan nada que hacer, decir, ni intervenir en ese ámbito, siendo una decisión personal del sujeto. De ese modo, respalda implícitamente que la decisión de terminar con la vida proviene del propio art. 15 CE y derecho a la vida reconocido exclusivamente a su titular, en su vertiente negativa de decidir darla por concluida. Es decir, no se trata de un derecho de origen legal, separado e independiente de la regulación constitucional del derecho a la vida, sino que entronca con él, por lo que se trataría de una faceta inherente al mismo, que no puede ser otra que la facultad libre de decidir no ejercitarlo y renunciar a él.

Por otro lado, la resolución dictada, con criterio acertado a nuestro juicio, explicita algo que también nos parece relevante, y es que no es posible parangonar y poner frente a frente el derecho a la (no) vida con cualquier otro derecho fundamental, dado que estaríamos ante dos planos diferentes, no susceptibles de enfrentarse. El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cumple su función asegurando a los ciudadanos un proceso judicial justo que concluya con una resolución judicial motivada y razonable.

Este derecho no puede llegar a afectar, ni siquiera indirectamente, al otro derecho fundamental como el derecho a la vida, en su vertiente negativa. Así, ni constitucionalmente el art. 15 tiene como límite la posible afectación del derecho del art. 24 CE (ni ningún otro derecho fundamental), ni tampoco en la Ley 3/2021 aparece restricción de ninguna clase al ejercicio del derecho a solicitar ayuda para la eutanasia, por razón de estarse tramitando un procedimiento judicial paralelo.

En realidad, lo que subyace al planteamiento del recurso ante el TC por las víctimas del presunto delincuente no es otra cosa que un posible ejercicio abusivo y contrario a la buena fe (art. 7.1 y 2 CC) de ese nuevo derecho reconocido legalmente a la práctica de la eutanasia, y en suma, del derecho a la propia vida en esa vertiente negativa de la que hablamos. Pues bien, como ya se expuso más arriba en capítulos anteriores, la buena fe y el abuso del derecho no constituyen límites genéricos al uso o ejercicio de los derechos fundamentales, por lo que de nuevo por este motivo ha sido correcta y acertada la resolución dictada por el Tribunal Constitucional español.

5.3.- El derecho a la libertad personal y su renuncia:

Merece la pena hacer a continuación una puntual referencia al derecho a la libertad reconocido en el art. 17 CE, y su posible renuncia.

Es llamativo que la doctrina constitucionalista ponga habitualmente, junto al derecho a la vida, el ejemplo del derecho a la libertad personal como supuesto prototípico de la irrenunciabilidad de derechos constitucionales, y por tanto de la improcedencia de la renuncia en estos ámbitos. Ya vimos que eso no es así respecto del derecho a la vida, donde cabe la renuncia. Pues bien, lo mismo debemos mantener ahora respecto del derecho a la libertad, por similares razones, aunque con alguna matización.

Sobre el concepto constitucional de libertad y su importancia, se ha dicho³²⁶ que la libertad personal no sólo es el derecho fundamental básico, sino también el DF matriz de todos los demás, que son proyecciones de aquélla, siendo en realidad ese derecho el resultante de la sustracción de la libertad genérica de todos esos otros derechos reconocidos en la Constitución, de modo que se produce con él la consagración o reconocimiento de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presentan, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias. Esta amplitud de concepción del referido derecho lleva considerar que *los límites al mismo deben ser excepcionales*, debiendo respetarse con gran amplitud el contenido esencial de tal derecho³²⁷.

En Italia, MEZZETTI ha señalado³²⁸, en relación al art. 5 & 1 de la CEDU, que la noción de privación de la libertad se manifiesta con un perfil *objetivo*, concerniente a la segregación de una persona al interior de un espacio restringido durante un lapso de tiempo de duración no irrelevante, y con otro *subjetivo*, caracterizado por la ausencia de consentimiento del interesado en la segregación misma.

Parece por tanto completamente razonable, dada la configuración del derecho a la libertad personal y la necesidad de respetar al máximo la libre decisión del individuo sobre sus distintas opciones vitales, *que tenga cabida en tal derecho la vertiente negativa del mismo, en el sentido de acoger todas las posibilidades imaginables de autolimitación de la libertad*, en cuanto al contenido y facultades afectadas y en cuanto a la posible duración temporal, incluso aunque ello pueda suponer la previsión de pérdida del derecho mismo de forma prolongada en el tiempo³²⁹.

³²⁶ GARCIA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal (detención, privación y restricción de libertad)*, Ed. Tirant lo Blanch Universidad de Valencia, 1995, pag. 36 ss.

³²⁷ GARCIA MORILLO, *ob.cit.*, pag. 62 ss.

³²⁸ MEZZETTI, L., “Il diritto alla libertà e sicurezza personale. Habeas corpus”, en *DIRITTI UMANI. Protezione internazionale e ordinamenti nazionali. a cura di Luca Mezzetti e Caterina Drigo*, Pacini Giuridica, 2021, pag. 362.

³²⁹ Ha dicho recientemente el Tribunal Constitucional, de forma gráfica, en la STC núm. 148 de 14 julio, sobre el primer estado de Alarma con ocasión de la epidemia por COVID-19, lo siguiente, en relación al derecho a la libertad personal del art. 17 CE:

“Los límites a la libertad de circulación que establece el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 no infringen el artículo 17.1, pues no afectan al derecho a la libertad personal que dicho precepto preserva. **La libertad**

Así, BANACLOCHE PALAO³³⁰, ha señalado, citando a SANCHEZ AGESTA, que la libertad significa, entre otras cosas, libertad de elección *entre hacer o no hacer*, o entre varios haceres posibles, y más adelante, destaca que en el art. 17 CE, además de una declaración genérica del derecho a la libertad que corresponde a toda persona, se contiene un aspecto muy concreto de esa libertad, el derecho que tiene un individuo a impedir toda injerencia *no deseada* en el devenir físico de su existencia. De ese modo, la norma constitucional estará remitiendo lógicamente, entre otras posibles opciones vitales, a *la decisión voluntaria y deseada de no querer ejercitar el derecho y de renunciar a la libertad misma*, como *opción perfectamente lícita*, en la que los poderes públicos no deben inmiscuirse (salvo situaciones excepcionales y extraordinarias).

Al respecto, BALDASARRE, tras rechazar la distinción entre titularidad y ejercicio, y la admisión de la renunciabilidad o disponibilidad puntual del derecho³³¹, y de afirmar que el ejercicio de un derecho constitucional comporta que el titular pueda disponer, *positivamente o negativamente*, del bien en que consiste la específica libertad en cuestión en el modo que quiera, se dedica a exponer la posibilidad de *renuncia al propio domicilio* de la persona que previamente lo tenía, por haber decidido vivir fuera de él, en la calle. El citado autor manifiesta que todo sujeto es, justamente por esa facultad de elección positiva y negativa, libre de ejercitar negativamente su libertad de domicilio, sin que ello suponga una renuncia definitiva al derecho o una cesión de la titularidad de su derecho, al considerar que siempre es posible reconsiderar esa decisión, en ejercicio de lo que llama la *“libertad de decisión sobre la propia libertad”*.

El ejemplo es puntual y no permite exponer en toda su extensión el alcance de la libertad del sujeto titular del derecho a la propia libertad (de movimientos o de domicilio). Veamos algunos casos más extremos.

Por ejemplo, es posible en este sentido pensar en situaciones algo más radicales, tales como la de decidir renunciar a la propia libertad de movimientos, como pudiera suceder *a través del ingreso en una orden religiosa o filosófica que conlleve la clausura del sujeto en un espacio cerrado y delimitado*, por razón de reflexión y con base en el autoconvencimiento de que ello es lo mejor para el sujeto. Lo mismo podría decirse de aquellos casos de *experimentos científicos o psicológicos que supongan autoconfinarse*

garantizada por este precepto es “la de quien orienta, en el marco de normas generales, la propia acción” (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 4) **y solo puede hablarse de su privación, en el sentido del artículo 17.1, cuando “de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita”** (STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 4). *No es este el caso del precepto controvertido; el art. 7 restringe la licitud de los desplazamientos a determinados supuestos, fuera de los cuales la persona no queda privada de esta libertad que la demanda invoca, como subraya -lógicamente, en otro contexto- el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su citada Decisión de 20 de mayo de 2021 (Terhes c. Rumanía, §§ 42 y 43)”*.

³³⁰ BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996, pag. 5-6 y 54.

³³¹ BALDASSARRE. A., *Diritti della persona e valori costituzionali*. Ed. G. Giappichelli, Torino, 1997, pag. 85.

en un espacio cerrado durante un largo período de tiempo, incluso de forma indefinida, con fines científicos. En estos y en otros supuestos similares, el sujeto titular del DF a la libertad decide ejercitar su derecho de forma negativa, esto es, no ejercitarlo y asumir un encierro o confinamiento duradero en el tiempo, o incluso vitalicio.

Es cierto que en prácticamente todos estos casos se da la circunstancia de que el sujeto renunciante lo hace normalmente frente a otro u otros sujetos, o frente a una organización más o menos institucionalizada, o configurada como una persona jurídica, normalmente de base asociativa (asociación, grupo religioso o ideológico, centro sanitario o científico). Eso implica normalmente la generación de un vínculo que unas veces puede ser aparentemente de corte contractual, u otras veces una relación de índole asociativa, con integración del sujeto renunciante en una estructura basada en reglas de funcionamiento y convivencia. *Existe, por tanto, al lado de la conducta de renuncia, una vinculación más amplia por sometimiento a estatutos, reglas o normas internas de funcionamiento.* Sin embargo, ello no empaña la necesaria relevancia y preponderancia del derecho fundamental de todo sujeto a decidir, en cada momento, día a día, y con total libertad, el camino que se va a tomar (de seguir o no dentro de esa estructura, organización o institución).

Cuestión distinta serían las consecuencias jurídicas derivadas de un posible pacto o manifestación, en el momento de aceptar las reglas o condiciones de la secta o grupo, o del acuerdo sobre experimentación del sujeto en un lugar cerrado, en virtud del cual el afectado hubiera “renunciado” a su vez a exigir daños y perjuicios por las repercusiones negativas físicas o psíquicas derivadas de ese primer acto de renuncia a la libertad de movimientos. En principio, podría pensarse en un acuerdo (o “renuncia unilateral” dentro de un acuerdo más amplio) que pudiera ser válido y eficaz desde el punto de vista civil, aun cuando se cambiase de opinión con posterioridad y el sujeto decidiese volver a una vida normal con plena libertad y con ruptura de las condiciones de ese “acuerdo”. En tales casos, esta ruptura sería plenamente eficaz, en ejercicio del propio derecho constitucional del art. 17 CE, con revocación de la previa renuncia al mismo, y también la renuncia a reclamar una reparación “in natura” o de orden económico podría ser igualmente válida y eficaz (en cuanto renuncia a un derecho de orden civil como sería el derivado de la responsabilidad contractual o extracontractual). No obstante, podría ser esta última objeto de anulación por vicio del consentimiento (error o dolo: arts. 1266 y 1267 C.Civil), en la medida en que se acreditase que en el momento de manifestarse la renuncia concurrían los presupuestos legales y jurisprudenciales exigidos al efecto para el error o el dolo.

Volviendo a la cuestión de fondo de la eficacia jurídica de una renuncia más o menos duradera o indefinida en el tiempo a la libertad personal, la doctrina estudiosa del derecho a la libertad del art. 17 CE no se ha ocupado de este asunto con la intensidad que merece.

Parece evidente que toda persona tiene a su alcance renunciar a la libertad de movimientos y decidir su autoconfinamiento más o menos permanente, y que nadie, ni siquiera el Estado, tiene posibilidad de impedir esa decisión.

No hay base constitucional para rechazar esta opción, ni los límites constitucionales al referido DF llegan hasta el punto de impedir u obstaculizar esta decisión, al no existir apoyo alguno en el precepto constitucional regulador (art. 17 CE).

En este sentido, como ha sido dicho³³², la Constitución permite a todo sujeto, con base en dicha norma, configurar un ámbito privado de autonomía que no puede ser traspasado sin expreso consentimiento del titular, o sin habilitación legal, ni por los poderes públicos ni por los particulares, pudiendo configurarse distintas esferas de autonomía personal, resultando inconstitucionales todas aquellas regulaciones, del tipo que sean, que conviertan en ineficaz la función de creación de esferas de autonomía privada; entre las cuales sin duda se halla la de prescindir o no ejercitar el derecho mismo, con decisión de autoconfinamiento o autolimitación de la libertad de movimientos.

El efecto de esta decisión, en ningún momento restringida constitucionalmente, no es otro a la postre que *la renuncia al derecho en toda su extensión*. No es una renuncia puntual o temporal, sino que nace o puede nacer *a priori* con una vocación de permanencia y de perdurabilidad durante la vida del sujeto.

Evidentemente, la diferencia con la renuncia al derecho a la vida es que, en el ámbito concreto, *tiene plena cabida la revocación en cualquier momento de la decisión adoptada, sin que se pueda imponer ningún tipo de cortapisa al ejercicio de esa segunda opción*. Esa revocación no será otra cosa que el ejercicio mismo, ahora en sentido positivo, del derecho fundamental a la libertad de movimientos. Pero mientras dure la renuncia al derecho (y puede durar el resto de la vida del sujeto), la misma será válida y eficaz, y *alcanzará al derecho en su integridad, y no a facetas o manifestaciones puntuales del mismo*.

Del mismo modo, esa decisión supondrá legitimar y evitar la antijuridicidad de la posible conducta de terceros que se relacionen con el renunciante, dentro o fuera de una asociación o de un ente supraindividual donde se haya incardinado ese sujeto.

El ejemplo más radical, y por tanto más dudoso, de renuncia al derecho a la libertad personal sería el del supuesto del sujeto que presta su consentimiento a un así llamado “contrato de esclavitud”, concertado con un tercero.

A este asunto se ha referido, por ejemplo, GARCIA SAN MIGUEL³³³, citando a NOZIK, quien desde la perspectiva del libre desarrollo de la personalidad, se pregunta por la ilicitud de dicho pacto, por contrario a la Constitución, y a pesar de ser fruto de una libre decisión del individuo.

³³² FREIXES SANJUAN T. y REMOTTI CARBONELL, J.C., *El derecho a la libertad personal. Análisis de Constitución, Legislación, Tratados Internacionales y Jurisprudencia (Tribunal Europeo y Tribunal Constitucional)*, Ed. PPU, Barcelona, 1993, pag. 11 a 15.

³³³ GARCÍA SAN MIGUEL, “Sobre el paternalismo”, en *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución* (Coord. L. García San Miguel) Universidad de Alcalá, 1995, pag. 20 y 37 ss..

Desde nuestra perspectiva, el supuesto consiste en un pacto o acuerdo entre dos personas, y no en una renuncia unilateral y libre del sujeto. Habiendo tal acuerdo, el mismo estará seguramente inficionado o viciado de nulidad radical, por tratarse de una renuncia a un DF de tanta trascendencia como la libertad personal, dado que ese consentimiento se habrá obtenido presuntamente a cambio de alguna suerte de hipotética ventaja económica o personal, y por vulnerar, seguramente a la vez, todos los límites contractuales generales señalados en el art. 1255 C.civil (la ley, en cuanto referida a la norma constitucional del art. 17 CE, la moral y el orden público)³³⁴³³⁵.

Pensando ahora en una renuncia unilateral, la cuestión creemos que se torna distinta. Aquí, lo que no puede es negarse la libre facultad del titular del DF de no ejercerlo y de actuar conscientemente como renunciante del derecho, incluso a través de una manifestación que pudiera ser formal (en escritura notarial, por ejemplo) y con publicidad frente a todos los posibles terceros.

Lo que ciertamente no conllevará esa renuncia unilateral es la posibilidad por parte de alguno de estos terceros, presuntos “beneficiarios”, de ejercitar una acción frente al renunciante para exigir el cumplimiento de su compromiso más o menos público. Es evidente que aquéllos no podrían hacer nada para exigir, en contra de la voluntad del renunciante, la “prestación de servicios” inherente a esa “esclavitud”, si la hubiere, al existir en ese momento un libre ejercicio de su facultad de revocar su renuncia³³⁶.

Del mismo modo, y pensando ahora en el compromiso personal asumido por una persona de ingresar en asociación, grupo, congregación u otra figura más o menos institucionalizada que suponga una suerte de deber de mantenimiento en situación de confinamiento o de clausura, aun cuando aquí no hay propiamente un contrato, sino una adscripción a ese ente o asociación, no hay la menor duda de que tampoco cabe la exigencia directa o indirecta de los responsables de la misma, de hacer cumplir al sujeto afectado el compromiso asumido. Tampoco será posible la exigencia de daños o de compensaciones económicas o de otro tipo, por la salida voluntaria del sujeto, aun cuando se hubiese estipulado alguna cláusula contractual al efecto, la cual sería nula de pleno derecho. Todo ello en aras del efectivo cumplimiento del derecho constitucional a la libertad personal, que en todo momento debe quedar garantizado.

³³⁴ En referencia a los pactos o acuerdos del titular del DF por su aceptación para formar parte de sectas donde se produzca la renuncia a la libertad personal, BILBAO UBILLOS, J.M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares... cit.*, pag.798-799 (nota 812), pone incluso en cuestión a ilicitud de esa renuncia, ya que considera que no es fácil determinar cuándo la renuncia a los DF es legítima y cuándo no, a pesar de lo cual defiende que los poderes públicos no pueden tolerar tal grado de degradación y humillación que afecte a la esfera indisponible de la libertad personal.

³³⁵ Algún autor, como ALFARO AGUILA-REAL, *ob.cit.*, pag. 101, habla de que, en estos casos, la decisión de ser esclavo daña a los terceros, siendo ése el motivo por el que se prohibiría este tipo de acuerdos.

³³⁶ Esto es lo que sostiene GARCÍA SAN MIGUEL, “Sobre el paternalismo” *cit.*, , pag. 38-39, en relación incluso al contrato de esclavitud.

CAPÍTULO 6: EXAMEN PARTICULARIZADO DE LA RENUNCIA EN EL ÁMBITO DE LOS CONCRETOS DERECHOS FUNDAMENTALES. (II) LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN Y LA POSIBLE RENUNCIA PUNTUAL A LOS MISMOS. LA PROTECCIÓN DE DATOS Y LA RENUNCIA.

INDICE:

6.1.- Introducción. El modelo legal de la renuncia a actos puntuales de ejercicio de los derechos fundamentales: la regulación del derecho al honor, intimidad y propia imagen, y su posible renuncia. El consentimiento a su intromisión. 6.1.1.- El consentimiento a la intromisión como acto de renuncia puntual y concreta al ejercicio de estos derechos: 6.1.1.- Introducción. Consideraciones generales. 6.1.2.- Sobre la naturaleza jurídica de la relación surgida entre el sujeto que consiente la intromisión y el beneficiario de la misma. Primeras consideraciones. 6.1.3.- Sobre la revocación del consentimiento a la intromisión y su alcance jurídico. 6.1.3.1.- La regulación legal de la facultad de revocar el consentimiento en la Ley orgánica de 5 de mayo de 1982. 6.1.3.2.- Sobre el alcance de la revocación del consentimiento a la intromisión. 6.1.4.- Conclusiones sobre la renuncia a los derechos a la intimidad y propia imagen. Sobre la naturaleza no contractual del consentimiento a la intromisión y la inexistencia de una faceta propiamente patrimonial de estos derechos, diferenciable de la personal. **6.2.- La protección de datos personales y su renuncia**

6.1.- Introducción. El modelo legal de la renuncia a actos puntuales de ejercicio de los derechos fundamentales: la regulación del derecho al honor, intimidad y propia imagen, y su posible renuncia. El consentimiento a su intromisión.

En este capítulo dedicado a la renuncia en algunos de los derechos fundamentales examinados individualmente, nos vamos a referir a otro de los posibles modelos, el de renuncia no al derecho en su totalidad, sino a manifestaciones puntuales del derecho en un concreto ámbito social o relacional del sujeto titular del mismo. Ejemplo de este tipo de actos jurídicos los encontramos específicamente en los derechos a la propia imagen y la intimidad (mucho menos en el del derecho al honor), donde es cada vez más frecuente la celebración de actos unilaterales y (presuntos) negocios bilaterales de contenido económico de autorización a tercero o terceros para la intromisión en la imagen o la intimidad.

Se trata de un ámbito en el que ha existido y sigue existiendo una amplia polémica doctrinal, no tanto sobre la renunciabilidad a tales derechos, sobre la cual también ha habido opiniones diversas, cuanto sobre la posibilidad de hacer objeto específicamente contractual de determinadas manifestaciones o facultades de estos derechos, o del ejercicio de los mismos.

6.1.1.- El consentimiento a la intromisión como acto de renuncia puntual y concreta al ejercicio de estos derechos:

6.1.1.- Introducción. Consideraciones generales.

Son muchas y muy diversas las cuestiones que se suscitan en relación a los derechos al honor, intimidad y propia imagen, especialmente por el hecho de existir desde el año 1982 una regulación legal específica de los mismos tratada en su perspectiva fundamentalmente civil, además de por haber un amplio desarrollo a nivel jurisprudencial, tanto en los Tribunales ordinarios y el Tribunal Supremo, como en el Tribunal Constitucional. Intentaremos limitarnos en lo posible a los temas relacionados con la perspectiva iusconstitucional de los mismos, centrándonos específicamente en el consentimiento a la intromisión y la renuncia puntual al ejercicio de dichos derechos, con una especial incidencia en el derecho a la propia imagen.

La primera y muy importante cuestión que inexorablemente hay que analizar es la relativa a si existe una vertiente patrimonial de estos derechos, sobre todo de la propia imagen y la intimidad, y la posibilidad de negociación y acuerdos sobre los mismos, y la segunda, la cuestión de la naturaleza jurídica de las relaciones entabladas con ocasión de la llamada cesión de la propia imagen o la intimidad.

En cuanto a lo primero, es mayoritaria la posición de quienes no niegan sino admiten la vertiente patrimonial de estos derechos, frente a un ámbito estrictamente personal o de protección constitucional³³⁷. Donde ya no hay acuerdo alguno es a la hora de concretar la naturaleza jurídica de las relaciones constituidas entre el titular del DF y el tercero o terceros interesados en utilizar y en su caso explotar la imagen o la intimidad del primero. No obstante, dejemos pendiente la primera de las cuestiones, sin dejar de omitir nuestras posibles objeciones, y centrémonos en la segunda, esto es, la naturaleza de esa relación entre titular y autorizado.

³³⁷ Así, entre otros, SANTOS MORÓN, *Incapacitados ... cit.*, pag. 177 ss. . También, con gran intensidad, CABEZUELO ARENAS, A.L., *Derecho a la intimidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pag. 139 ss..

En contra, sin embargo, VIDAL MARTINEZ, “Algunas notas jurídicas acerca...” *cit.*, pag.202-203, quien considera que el consentimiento a la captación o publicación de la propia imagen *no implica una renuncia* lo que sería contrario a la naturaleza del derecho, sino una aplicación de la máxima *volenti non fit iniuria* (en definitiva, la cesión de una facultad parcial y bien delimitada de cierto aprovechamiento de la imagen, no en el plano del *ius disponendi*, sino meramente en el del *ius fruendi*). A continuación afirma que el consentimiento al que se refiere el art.2.II y III de la Ley de 5 de mayo de 1982 no es -en el contexto de la citada Ley-un consentimiento *negocial*, quedando intacta la libertad personal a que se refiere el art. 17.1 CE que es también derecho de la personalidad, y la libertad de contratación en los términos que establece el Código Civil”.

6.1.2.- Sobre la naturaleza jurídica de la relación surgida entre el sujeto que consiente la intromisión y el beneficiario de la misma. Primeras consideraciones:

Son muchas y muy variadas las opiniones sobre la naturaleza jurídica de la relación generada entre el titular del derecho a la imagen/intimidad y el tercero interesado en utilizarlos, cuando el primero ha prestado su consentimiento a la intromisión en los términos previstos en el art. 1.3 de la LO de 1982.

Desde nuestra perspectiva, conviene examinar si estamos ante una renuncia puntual, de índole unilateral, o si estamos ante un verdadero vínculo contractual entre las partes.

Por lo pronto, parece mayoritaria la tesis de quienes ven en la prestación de este consentimiento a la intromisión *una forma o mecanismo por el que simplemente se excluye de antemano la antijuridicidad de la actividad del sujeto que se entromete en el uso y disfrute de un DF como los analizados* (intimidad, imagen, incluso honor).

Es más, los defensores de otras opciones siempre admiten que la autorización a la intromisión concedida por el titular del derecho *funciona, cuando menos, como causa de exclusión de la antijuridicidad* de lo realizado posteriormente por el sujeto beneficiario, sea cual sea la naturaleza, contractual o no, del acto o negocio.

De acogerse esta postura, el consentimiento a la intromisión no tendría en ningún caso valor contractual, sino que sería un acto unilateral, que podría ser asimilable en buena medida a la renuncia del titular a ejercitar -en ese caso y en esas circunstancias concretas- el derecho fundamental correspondiente³³⁸. No obstante, este primer planteamiento necesita una confirmación con otros muchos datos.

Por otro lado, respecto del alcance de la autorización, se duda sobre su mayor o menor extensión y eficacia, y sobre si puede tener un alcance muy amplio.

³³⁸ Al respecto, AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pag.205, comentando el art. 2.2 y 3 de la LO de 1982, afirma que el consentimiento a la intromisión para el uso de la imagen no es sólo una cláusula de exclusión de antijuridicidad, sino que su reconocimiento legal está fundamentado en *una renuncia voluntaria* en un supuesto de protección legal. La autora plantea también (pag. 201-204) la distinción entre consentimiento a la intromisión y “actos propios” previos del titular (sobre todo del derecho a la intimidad) afirmando la importancia del silencio o tolerancia habitual del titular a actos previos de intromisión, o negativas a ejercitar acciones, como fundamento para limitar el ejercicio ulterior del derecho por su titular frente a intromisiones posteriores. Se trata esta última de una cuestión mucho más delicada, por cuanto puede suponer la introducción de un límite al ejercicio del derecho fundamental que no tiene base constitucional, y el recurso a una figura típicamente de raigambre civil, como la de los actos propios, que puede no servir para delimitar los derechos fundamentales, aquí el derecho a la intimidad, llegando a afectar al contenido esencial del derecho.

También en esta dirección, DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pag. 133, para quien el consentimiento a la intromisión no es una renuncia al derecho mismo, sino a la facultad de iniciar acciones legales, de tal manera que sería una especie de cláusula de exclusión de la antijuridicidad.

En este sentido, creemos por lo pronto que es muy dudoso, como sostiene alguna autora³³⁹, que el consentimiento a la intromisión pueda prestarse de forma ilimitada o sin límite de tiempo.

A nuestro juicio, ello afectaría seguramente a la esencia del derecho fundamental, que no puede verse condicionado en su uso mediante una suerte de compromiso o autorización ilimitado en el tiempo o en el contenido (aunque, ciertamente, pueda estar este último reducido a un aspecto o actividad concreta, y sin excluir otros posibles ámbitos de ese uso). Baste pensar en el derecho a la propia imagen y la necesidad de que la autorización a la intromisión deba ser siempre muy concreta y delimitada en cuanto a su campo de operatividad, al tiempo o al modo y condiciones de utilización, lo que chocaría con ese hipotético carácter indefinido de la autorización³⁴⁰.

Por lo demás, esa concreción de la autorización debe estar igualmente mediatizada *por el fin perseguido en el momento de concederla*, de modo que no pueda utilizarse para fines diversos de los que dieron lugar a la misma, o tenga al menos alguna conexión con los acontecimientos en el curso de los cuales había sido otorgada³⁴¹. De hacerse esto último, existiría base jurídica para considerar que hubo extralimitación de la autorización, con la consecuencia jurídica de la facultad de exigir indemnización económica por daños y perjuicios, y en general, de cualquier otra forma de reparación del daño causado y de restablecimiento de la situación anterior, por vulneración de las condiciones y fines acordados expresa o implícitamente³⁴².

³³⁹ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pag. 147.

³⁴⁰ En esta dirección, FAYOS GARDÓ, A., *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pag. 398 ss., quien, tras reconocer que cuando el sujeto afectado haya sacado a la luz pública de forma voluntaria los datos de su vida íntima no debe estar protegido, da cuenta de algunas sentencias del Tribunal Supremo, como la de 11 de febrero de 1992, en donde el Alto Tribunal declara la intromisión ilegítima, a pesar de haber una autorización previa para un reportaje, hecha con fines de divulgación social de las consecuencias del alcoholismo, por haberse hecho un segundo reportaje donde se omitieron datos esenciales de la persona, lo que dio lugar a que se acogiera la indemnización económica solicitada. Del mismo modo, el autor aclara que el hecho de tratarse de una persona pública no implica una suerte de renuncia (tácita) a su derecho a la intimidad.

³⁴¹ Así, en Italia, BELLANTONI, D., *Lesione dei diritti della persona. Tutela penale - Tutela civile e Risarcimento del danno*, Ed. CEDAM, Padova, 2000, pag. 205, que informa de la jurisprudencia italiana en este sentido.

³⁴² Sobre la necesidad reforzar los presupuestos para que el consentimiento a la intromisión en la imagen o intimidad no suponga una actuación ilícita, es muy clarificadora la STC núm. 208/2013 de 16 diciembre, donde se examina si el hecho de acudir físicamente a un programa televisivo implica tal consentimiento, la sentencia lo niega y exige lo que podemos considerar un doble consentimiento:

“...En el presente caso el actor en instancia acudió voluntariamente al lugar donde tendría lugar la entrevista con el colaborador del programa “Crónicas marcianas”, de donde la Sentencia impugnada dedujo que consintió libremente a la realización de la misma. Ahora bien, desde la perspectiva del derecho al honor y a la propia imagen, puesta en conexión con lo dispuesto en el art. 49 CE, lo anterior no es suficiente para considerar válido el consentimiento prestado. En primer lugar, porque el art. 2.2 de la Ley

6.1.3.- Sobre la revocación del consentimiento a la intromisión y su alcance jurídico:

Para avanzar en el examen del valor del consentimiento prestado a la intromisión de los derechos a la propia imagen y la intimidad y su posible consideración como acto o negocio unilateral asimilable a una renuncia, parece decisivo conocer el alcance de la previsión legal, contenida en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, reguladora de los citados derechos, según la cual se puede en todo momento revocar el consentimiento prestado a la intromisión de tercero. En la medida en que esta revocación tenga mayor o menor alcance, se puede estar afectando o condicionando la cuestión de fondo, esto es, el valor jurídico del consentimiento prestado y en definitiva la relevancia del principio “pacta sunt servanda” en este ámbito, en aquellos casos en que la renuncia o autorización se incardine en el seno de un presunto acuerdo contractual.

6.1.3.1.- La regulación legal de la facultad de revocar el consentimiento en la Ley orgánica de 5 de mayo de 1982:

Como es sabido, la introducción de la facultad de revocar el consentimiento dado a la intromisión de terceros en dichos derechos fundamentales, está prevista en el art. 2.3 de

Orgánica 1/1982 exige que el consentimiento sea expreso, exigencia que, en un caso como el presente, debe ser de interpretación especialmente rigurosa, habida cuenta del mandato de tutela de las personas con discapacidad en el disfrute de los derechos consagrados en el título I de la Constitución, que se contiene en su art. 49. Por tanto, en este supuesto, no basta con presumir la voluntad por el hecho de realizar la entrevista, sino que era necesario que constara expresamente el consentimiento, constancia que no ha quedado probada, tal y como se señala en el Voto particular emitido al Auto de 10 de enero de 2011, desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones.

Además, existía un segundo aspecto a considerar que fue ignorado por el órgano judicial en la resolución judicial impugnada: la garantía de que el acto voluntario de acudir a la entrevista comportaba la consciencia de lo que estaba haciendo y, ante las muestras evidentes de que dicha consciencia era dudosa —como ha quedado probado en el proceso—, la exigencia de una garantía adicional de los derechos fundamentales en juego, que en el presente caso se concretarían en la exigencia al entrevistador de que expresamente se asegurara de que el actor, con una discapacidad física y psíquica evidente, era claramente conocedor de las características del programa en el que se emitiría la entrevista y del alcance de ésta. La exigencia de una doble garantía en los casos previstos en el art. 3. 1 de la Ley Orgánica 1/1982 se explica por el carácter de los derechos que la Ley quiere proteger. En este sentido, es relevante también la naturaleza del programa en el que se iba a emitir la entrevista y el propio tono de la misma, un montaje burlesco elaborado al objeto del entretenimiento del público que perseguía una finalidad humorística mediante la manipulación de la persona entrevistada, por lo que la exigencia de especiales garantías no es sino coherente con las circunstancias del caso. En defecto de tales garantías la presencia voluntaria del entrevistado no podrá equipararse a un consentimiento válido y eficaz”.

la citada Ley orgánica, lo que puede tener una importante incidencia en la cuestión de la naturaleza jurídica de la relación entre titular autorizante y tercero beneficiario.

El citado precepto legal, al regular esa facultad revocatoria, lo hace con referencia al consentimiento a la intromisión, y asume implícitamente que el mismo ha podido adoptar tanto la vestidura de un acto unilateral de autorización o renuncia a ejercer acciones futuras, como la forma de un hipotético “contrato” o acuerdo entre el titular del DF y un tercero beneficiario. De hecho, en ningún momento se expresa la norma en términos de contrato, lo cual constituye un primer dato importante, dado que el legislador no ha previsto, como hubiera sido lo lógico si hubiera acogido una posible vía contractual, una suerte de ineficacia sobrevenida del hipotético contrato mediante una posible revocación unilateral, tal como ya hace en el Código civil respecto de otros contratos como el de ejecución de obra (art. 1594 CC), el de servicios (art. 1584 CC) o el contrato de mandato (art. 1732.1º CC).

Junto a este primer dato, el referido art. 2.3 de la Ley no pone condiciones a la revocabilidad del consentimiento a la intromisión, sino que dice “*en cualquier momento*”, lo que implica decir que “*en cualquier circunstancia y condición*”, esto es, se trataría de una revocabilidad *ad nutum*, sin necesidad de justificación ni sometimiento a presupuesto alguno de eficacia.

No está bien explicada en la Ley la razón de esta totalmente libre revocabilidad de la autorización, ni tampoco la doctrina se ha preocupado mucho de ello.

Como ya se ha avanzado con anterioridad, a nuestro juicio, *la razón no puede ser seguramente otra que la de la consideración como derechos fundamentales del derecho afectado por la revocación*³⁴³.

Como consecuencia de esa naturaleza del derecho, nace la necesidad de búsqueda de todo tipo de fórmulas, entre ellas la de la libre revocabilidad, con el objetivo de preservar, en poder de su titular, todas las facultades y posibilidades de ejercicio y actuación del derecho propio, como forma de garantía legal plena de tales derechos, todo en aras de la consecución del libre desarrollo de la personalidad del sujeto titular, que es el fin último del reconocimiento constitucional de estos derechos³⁴⁴.

³⁴³ Frente a ello, hace algunos años ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen*, Ed. Colex, Madrid, 1987, pag. 85, señalaba que el carácter de irrenunciabilidad del derecho sería lo que justificaría el que una autorización dada para utilizar la propia imagen no implique el consentimiento para una posterior divulgación, con lo que parece recurrir a una idea preconcebida y prejurídica de lo que sea irrenunciable, para justificar la negativa ulterior, o como aquí, la revocación del previo consentimiento dado.

³⁴⁴ En contra parecen manifestarse DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y SORIANO MARTINEZ, E., “El consentimiento como causa de exclusión de ilegitimidad de la intromisión”, en el volumen *El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista*, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pag.79, quienes consideran que la facultad de revocación del consentimiento a la intromisión “...solo se entiende si se tiene en cuenta que el consentimiento prestado para la intromisión no tiene carácter contractual y no da lugar a un acto de disposición del derecho a la propia imagen, que es siempre conservado por su titular”.

Dicho de otro modo, se trata de evitar que las circunstancias concurrentes, o el contenido de posibles pactos o cláusulas, puedan condicionar, siquiera mínimamente, las posibles alternativas del sujeto titular del derecho fundamental, asegurándole en todo momento la posibilidad de cambiar de opinión y de reconsiderar su decisión previa autorizadora de la intromisión, revocándola en su totalidad, o incluso haciéndolo pero sólo parcialmente, o fijando nuevas condiciones (que podrían ser o no aceptadas por el tercero autorizado, en función de sus intereses particulares).

La fundamentación relativa al carácter indisponible de estos derechos, como base para acoger la revocabilidad general e indiscriminada del consentimiento prestado, resulta a nuestro juicio insuficiente. En primer lugar, porque constituye una explicación superficial, en cuanto no se preocupa de exponer lo que subyace a esa indisponibilidad, además de ser muy dudosa, por cuanto no sirve para explicar los actos unilaterales (y no bilaterales) de autorización o renuncia, donde no hay disposición a favor de tercero, sino dejación o pura abstención, ni tampoco los posibles actos de prestación del consentimiento o autorización efectuados “a posteriori” de la intromisión. Pero sobre todo porque creemos que la raíz última de la revocabilidad natural del acto sólo puede hallarse en el derecho fundamental mismo y su conjunto de facultades, de modo que se estaría limitando y afectando a la esencia del derecho mismo si no se permitiese la revocación de la renuncia o consentimiento.

Esta última no es sino ejercicio puro del derecho fundamental, en su vertiente positiva, y no negativa, sólo que expresada frente a un previo acto negativo de renuncia o dejación. Es completamente lógico y no precisa de mayores explicaciones, la idea de que, siendo estos derechos inherentes al sujeto y perdurables mientras este esté vivo, debe poder controlar sus distintas manifestaciones, con posibilidad de rectificación de decisiones subjetivamente consideradas como erróneas, pues de lo contrario estaría perdiendo ese control que le otorga la Constitución.

En países como Italia, donde no existe una regulación legal en materia de derecho a la imagen o la intimidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo italiano se ha expresado en unos términos muy similares, y una parte de la doctrina también se ha mostrado conforme con ello.

Así, las Sentencias de la Corte de Cassazione de 17 febrero 2004 y 19 noviembre 2008, consideran desde hace tiempo, y sin haber sido modificada dicha doctrina por otra posterior, que los actos realizados por el titular del derecho al ceder su imagen, son siempre actos unilaterales de renuncia a específicas formas o modalidades de ejercicio del DF, actos de renuncia que no comportan transferencia del derecho, de por sí intransferible, y que dan vía a una situación de “tolerancia” del titular frente a la actuación

Indudablemente, como venimos sosteniendo y ahora se ratificará, el consentimiento referido no es propiamente contractual en ningún caso, pero es también claro que la revocabilidad del mismo puede tener una explicación distinta a la de la indisponibilidad del derecho, por cuanto no hay propiamente disposición sino acto de renuncia (parcial o puntual) a un derecho fundamental, el cual, por ser justamente un derecho de este tipo, debe poder estar siempre controlado por su titular, y al margen de injerencias externas.

ajena. En concreto, en la primera de las sentencias citadas se dice expresamente que el consentimiento a la cesión de la imagen, si bien puede eventualmente aparecer insertado en un contrato, resulta algo distinto y autónomo del mismo, lo cual es muy importante - se dice- a los efectos de su revocabilidad, que debe ser admitida en todo momento respecto del titular del derecho. Se trataría de un negocio unilateral cuyo objeto no sería el derecho mismo a la imagen, sino un acto de ejercicio del mismo, y no de disposición, y se afirma que la posible estipulación de una compensación a favor del autorizante o renunciante no constituye un elemento estructural del negocio autorizativo en cuestión.

Es cierto, como ya se ha visto en el capítulo correspondiente, que ha habido en la doctrina italiana intentos de defender y argumentar una posición diferente, de índole contractual, haciéndolo a base de argumentar la posibilidad de cesión del nombre del titular con fines comerciales, así como con base en ciertos preceptos legales reguladores de los derechos de autor, y la posibilidad de disponer del propio “retrato” con fines comerciales, a través de vínculo contractual eficaz y vinculante; e incluso se ha argumentado utilizando la lectura “sensu contrario” del art. 3 de la Constitución italiana, donde se prohíben actos de disposición sobre el derecho al propio cuerpo, pero nada se dice respecto de otros derechos fundamentales, como sería el de la imagen o la intimidad³⁴⁵.

Lo cierto es que esos argumentos no valen para el Derecho español, donde hemos visto que hay una norma muy explícita, que no recoge excepciones, y que no permite interpretaciones discordantes, ni siquiera matices o distinciones a la regla general de la revocabilidad del consentimiento.

Respecto del argumento basado en el derecho al nombre y la posibilidad de vínculos contractuales sobre el mismo que pudieran ser eficaces en España, debe recordarse que tal derecho es de construcción doctrinal, y no tiene respaldo formal en la Constitución española, de modo que, al no ser un derecho fundamental, es más factible constituir o celebrar contratos o negocios vinculantes entre las partes. Junto a ello, es manifiesto que no es lo mismo ceder la imagen que ceder el “nombre” con fines comerciales, como marca, lo cual no tiene por qué afectar a la imagen del sujeto, y si lo hiciera, siempre sería de forma indirecta. En cambio, tiene mucho mejor sentido la revocabilidad cuando se “cede” puntualmente el derecho a la imagen con una finalidad también comercial, debiendo autorizarse la posibilidad de revocación en cualquier momento del consentimiento prestado cuando el sujeto considerase que se ha visto afectado personalmente en su vida, convivencia y desarrollo personal.

Por otro lado, la argumentación basada en la normativa sobre derechos de autor es inutilizable en su traslación a la regulación española. Sabemos al respecto que el vigente Texto Refundido de la Ley de propiedad Intelectual preserva en manos del autor cualquier decisión que pudiera adoptar, hasta el punto de permitirse incluso la retirada de la obra del comercio, por cambio de convicciones del autor, siempre previa indemnización (art. 14.6º TR de LPI), lo que admite incluso en principio la recuperación de la obra material

³⁴⁵ Así, entre otros, RICCI, Annarita, *Il diritto alla reputazione nel quadro dei diritti della personalità*, Giappichelli editore, Torino, 2015, pag. 53 ss..

enajenada a tercero. En consecuencia, incluso aunque la propiedad intelectual se pudiera calificar como derecho fundamental, lo que no parece posible a pesar del art. 20.1, letra b) de la Constitución española, el propio legislador ha expresamente previsto la conservación en manos del autor de un poder de control sobre su creación, el cual podría llevar hasta la revocación del consentimiento a la exposición o difusión de su obra, o a la recuperación material de la misma. No debe olvidarse además que una obra intelectual, en cuanto creación que, una vez nacida, se separa y puede vivir jurídicamente al margen del autor, no es algo equiparable a un derecho como el de propia imagen, que acompaña al sujeto durante toda su vida y va indisolublemente unida al mismo, a pesar de lo cual el legislador español otorga al autor o creador amplísimas facultades de control y de revocación o retirada de la obra del mercado, en sus distintas posibilidades.

La conclusión evidente que se trae de este análisis no es otra que la siguiente: que el reconocimiento legal de la libre revocabilidad del consentimiento en el art. 2.3 de la Ley Orgánica de mayo de 1982, resulta ser un dato fundamental para reforzar la idea de quienes consideran que el consentimiento prestado por el titular del DF a la propia imagen o a la intimidad, aun cuando se haga bajo la forma de un hipotético acuerdo, no tendría naturaleza contractual, sino que se trataría de un acto unilateral del sujeto calificable prioritariamente como renuncia puntual al derecho fundamental (a la imagen o a la intimidad). No obstante, debemos seguir adelante y no cerrar aún el debate.

6.1.3.2.- Sobre el alcance de la revocación del consentimiento a la intromisión:

En cuanto al alcance y efectos de la revocación, alguna autora³⁴⁶ se ha pronunciado por que la misma, una vez producida, “*no puede perjudicar a las personas a las que se les ha dado, incluso cuando el consentimiento se ha prestado de forma gratuita*”.

Sin embargo, se trata también a nuestro juicio de una afirmación muy dudosa, incluso aun cuando parece estar referida a la indemnización de daños y de lucro cesante prevista en el art. 2.3 LO de 1982. Desde la perspectiva que hemos desarrollado ampliamente con anterioridad, es imprescindible, para preservar las facultades del titular del concreto DF (aquí, el derecho a intimidad o la propia imagen), que éste pueda disponer de la facultad de revocar su consentimiento, con independencia de las consecuencias económicas que pudiera sufrir el tercero autorizado, al carecer de un interés digno de protección, teniendo en cuenta que ese sujeto carece de otro DF que como contrapartida pudiera ser opuesto al titular que revoca.

Al margen de lo anterior, *en cuanto a la posible reversión de efectos*, estamos ante un tema complejo, ya que *se ha sostenido que la revocación del consentimiento no tiene carácter retroactivo*³⁴⁷, de modo que no se podrían deshacer sus efectos retornando las

³⁴⁶ SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La actuación de los representantes legales ... cit.*, pag. 147.

³⁴⁷ SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, *ob.cit.*, pag. 148.

cosas a su estado anterior al momento de la autorización de la intromisión. A tal fin se dice que ello podría acabar trocando en ilegítimas las intromisiones antes consentidas, y que pudiera resultar abusiva la revocación.

Frente a ello, se olvida de nuevo que estamos ante un derecho fundamental, en el que no deben jugar instituciones clásicas como el abuso del derecho y la buena fe, al menos en la misma forma en que lo hacen respecto de cualquier otro derecho subjetivo. Por lo tanto, no serían oponibles algunos de estos límites tradicionales a la hora de impedir la revocación del consentimiento³⁴⁸.

Por lo demás, la revocación no haría ilegítimas en modo alguno las intromisiones anteriores, que seguirían siendo perfectamente lícitas, al gozar de autorización por parte de su titular. La cuestión es si, además de impedir de cara al futuro el uso de la imagen o de los datos íntimos facilitados, sería viable una restitución a la situación originaria, o al menos una recomposición de la situación, para hacer posible una recuperación del control por parte del sujeto titular del derecho.

A nuestro juicio, esta última opción debe ser factible. Piénsese en la posibilidad de recuperar imágenes ya utilizadas y autorizadas previamente, pero que podrían seguir circulando por los medios de comunicación y por internet y las redes sociales durante muchos años, en el mismo estado en que fueron publicadas. Es indudable que la revocación del consentimiento previsto en la norma debería alcanzar también a estas situaciones³⁴⁹. Por supuesto, con la correspondiente compensación económica, si fuera necesario.

Ya dijimos más arriba que la vigente Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales, resulta insuficiente en los momentos presentes, dados los cambios sociales tan importantes de los últimos años, a la hora de regular, como hace en sus artículos 93 y 94, el llamado derecho al olvido, en su traslación al ámbito del derecho a la propia imagen y la intimidad, ya que no hay previsto un tratamiento específico de los efectos de la revocación del consentimiento

³⁴⁸ En esta dirección, CREVILLÉN SÁNCHEZ, C., *Derechos de la personalidad. Honor, Intimidad Personal y Familiar y propia Imagen en la Jurisprudencia*, ed. *Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1994, pag. 104 defiende que incluso cabe la revocación cuando se trate de la explotación comercial de la imagen de artistas profesionales del espectáculo, al entender que el derecho de la personalidad prevalece sobre otros derechos que la cesión contractual haya podido crear.

³⁴⁹ En tales casos, el uso ulterior de la imagen o de los datos íntimos de la persona renunciante/autorizante, en el medio que fuese (internet, redes sociales, medios de comunicación...), sí que podría suponer una antijuridicidad sobrevenida, ya que se habría producido entre medias la revocación, y por tanto cualquier decisión de seguir utilizando esa imagen o esos datos se habría convertido ya en ilícita.

prestado por el titular en relación al mantenimiento de las imágenes del sujeto en internet y las redes sociales³⁵⁰.

A nuestro juicio, se debería recoger de forma expresa, ya sea en la Ley Orgánica de Protección de Datos, ya en la propia Ley Orgánica del derecho al honor, intimidad y propia imagen, mediante la correspondiente modificación o adición legal, como un efecto complementario de la prevista facultad de revocación del consentimiento al uso ajeno de la imagen o los datos íntimos, la facultad libre y sin restricciones del autorizante o renunciante de solicitar la supresión de las redes sociales de todas las informaciones o imágenes que fueron autorizadas. Esa facultad de solicitar “el olvido” completo de todo lo autorizado, tras la correspondiente revocación, debería tener un alcance pleno y total, y sin sometimiento de esa petición a una valoración judicial sobre la conveniencia o no de la supresión o mantenimiento a la valoración judicial, como sin embargo sucede en el resto de casos en que se insta el “derecho al olvido” con base en los artículos 93 y 94 antes citados, donde se puede acabar negando judicialmente la supresión con base en datos muchas veces subjetivos y a la postre arbitrarios.

A falta de una regulación específica sobre la posibilidad de aplicar el derecho al olvido en casos de revocación del consentimiento a la intromisión, entendemos que la solicitud de tales medidas de supresión radical y absoluta de cualquier imagen utilizada como fruto de un acto tanto unilateral como bilateral de autorización, en caso de dirigirse a la autoridad judicial, debería concederse en los términos expuestos, esto es, sin sometimiento a las condiciones legales señaladas por la Ley de Protección de datos, al estar fuera de su ámbito de operatividad, y estarlo por el contrario dentro de la normativa de 1982 sobre derecho a la intimidad e imagen, y su facultad revocatoria.

Por otro lado, es muy posible que las trabas u objeciones puestas por un sector de la doctrina (e incluso alguna jurisprudencia) a la eficacia de la revocación de la autorización, sobre todo en cuanto a la exigencia de que la revocación llegue a conocimiento del beneficiario de la misma y la irreversibilidad de efectos ya producidos hasta entonces, guarde relación, más que con las condiciones de la revocación, que deben entenderse

³⁵⁰ En Italia, CASTAÑO VARGAS, D.M., “Diritto alla protezione dei dati personali”, en *DIRITTI UMANI. Protezione internazionale e ordinamenti nazionali. a cura di Luca Mezzetti e Caterina Drigo*, Pacini Giuridica, 2021, pag. 152, ha dicho en relación al derecho al olvido en el Reglamento 679/2016/UE:

“Il diritto all’oblio si inquadra nel più vasto diritto dell’individuo alla conservazione della propria immagine sociale. Invero, l’identità di una persona non è solo qualcosa di insito nella stessa, ma il risultato della rappresentazione che la società ne fa. È per questa ragione che il nuovo Regolamento 679/2016 UE postula il diritto alla cancellazione dei propri dati personali – senza giustificato ritardo – e il diritto alla rettifica, anche quando tali dati siano stati legittimamente pubblicati all’epoca dei fatti, ma non più attuali. Le anteriori disposizioni normative non prevedevano un diritto generale all’oblio, ed era desunto solo in via giurisprudenziale”.

como mínimas por afectar a derechos fundamentales, *con la cuestión de la procedencia de la indemnización* que pudiera derivarse de esa intromisión sobrevenida desautorizada. Ello en el sentido de que esta indemnización no será exigible sin más, sino que obligará a analizar las circunstancias concretas del caso, para decidir si el titular afectado tiene o no que indemnizar a de quien fue (y dejó de serlo) beneficiario de la renuncia.

Junto a ello, respecto de la posible compensación que podría reclamar el beneficiario por la revocación del consentimiento a la intromisión, sabemos que el citado art. 2.3 de la Ley prevé la indemnizabilidad de los daños sufridos por el sujeto autorizado. Lo que ya resulta mucho más dudoso es que la ley considere esa indemnización como *obligatoria*, en modo similar a como se hace en el art. 9.3 de la LO de 1982 con las intromisiones ilegítimas mismas, que siempre dan lugar a indemnización.

Aquí no debe ser así. Precisamente por tratarse de un derecho fundamental garantizado constitucionalmente, la fijación cuasi obligatoria de la indemnización en caso de revocación, como parece hacer la Ley de 1982, resulta a todas luces excesiva, vista con una perspectiva más moderna y acomodada a la doctrina actual sobre derechos fundamentales. Sobre todo porque la presencia de un deber casi seguro de indemnizar a cargo del titular *constituye un incentivo intolerable para no ejercitar la facultad revocatoria*, en tanto el sujeto renunciante prevea que va a tener que abonar una compensación económica elevada.

Desde nuestro punto de vista, esa indemnización debe reducirse a casos excepcionales y en ningún caso debe producir un efecto disuasorio de la posibilidad de revocar libremente el consentimiento. Sólo de ese modo se puede garantizar al titular el efectivo control de su derecho constitucional a la imagen o la intimidad³⁵¹.

Con buen criterio a nuestro juicio, ROGEL VIDE³⁵² pone en cuestión la regulación del derecho al honor e intimidad en cuanto a la revocabilidad del consentimiento, señalando que la carga de la indemnización prevista en el art. 2.3 puede llegar a imposibilitar la efectividad de la facultad de revocar.

Estas conclusiones deben ser igualmente válidas y aplicables a los supuestos en que la autorización a la intromisión se documente en forma hipotéticamente contractual, por cuanto seguimos en la órbita de la adecuada tutela de unos derechos fundamentales como los analizados. De ese modo, una estipulación contractual fijando una indemnización concreta en caso de revocación, o unas bases de determinación para tal supuesto, podrían

³⁵¹ En contra, ENCABO, *ob.cit.*, pag. 108, quien afirma que el consentimiento a la intromisión es revocable en cualquier momento pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

³⁵² ROGEL VIDE, *Bienes de la personalidad ... cit.*, pag. 170.

ser ilícitas en la medida en que hagan inoperativo y a la postre vulneren la eficacia del derecho fundamental mismo.

Por otro lado, es razonable que la revocación, precisamente por afectar a un derecho fundamental, se extienda a posibles cesionarios del autorizado, como dice, por ejemplo, SANCHEZ-CALERO ARRIBAS³⁵³, a pesar de no haberse previsto en origen esa posibilidad. Ello incluso aunque se considere que estamos ante una faceta patrimonial de estos derechos, en teoría no protegida constitucionalmente.

6.1.4.- Conclusiones sobre la renuncia a los derechos a la intimidad y propia imagen. Sobre la naturaleza no contractual del consentimiento a la intromisión y la inexistencia de una faceta propiamente patrimonial de estos derechos, diferenciable de la personal:

Precisamente todo el análisis anterior sobre la revocabilidad de la autorización nos da la pauta definitiva para obtener importantes conclusiones sobre la naturaleza del consentimiento prestado a la intromisión en la intimidad o la propia imagen.

Es decir, habida cuenta que *esa revocación constituye una facultad sustancial e inherente al derecho, de alcance entendemos que ilimitada o casi ilimitada*, debemos llegar a la conclusión de que, sea cual sea la forma y el instrumento utilizado para plasmar ese consentimiento, *en ninguno de los casos podemos hablar de un verdadero contrato*³⁵⁴, *del que nazcan obligaciones para ambas partes, en particular para el titular del derecho fundamental*, que pudieran ser susceptibles de ser reclamadas y ejecutadas en un procedimiento judicial en caso de incumplimiento de lo acordado por parte de ese mismo titular autorizante³⁵⁵.

Dicho de otro modo, no puede haber vínculo contractual entre dos sujetos (el autorizante y el beneficiario) si uno de ellos, de acuerdo con los mandatos legales reguladores de los

³⁵³ SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, *ob.cit.*, pag. 147.

³⁵⁴ Existe una importante tendencia doctrinal favorable a la existencia de un verdadero vínculo contractual entre el titular renunciante y el beneficiario del mismo, al margen de lo establecido en la Ley Orgánica de 1982, que es muy clara en cuanto a la libre revocabilidad del consentimiento a la intromisión. Así, al respecto HIGUERAS, *Valor comercial de la imagen... cit.*, pag. 242 ss., quien afirma que el titular del derecho a la imagen puede desprenderse de alguna de las facultades que integran ese derecho, siendo viable contratos sobre ese derecho, pero que en esos casos ello se produce al margen de la citada Ley de 1982, en donde a su juicio no tiene cabida la libre revocabilidad garantizada por el art. 2.3 de dicha ley.

³⁵⁵ En esta dirección se manifiestan con rotundidad DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y SORIANO MARTINEZ, E., “El consentimiento como causa de exclusión de ilegitimidad de la intromisión” *cit.*, pag.67-68, para quienes el consentimiento a la intromisión no puede ser considerado fuente de una obligación contractual, señalando que la compensación hipotéticamente percibida no es propiamente una contraprestación a cambio de permitir la captación, reproducción o publicación de la figura, por considerar que la imagen es una “res extracommercium” respecto de la cual no cabe un poder de disposición.

derechos a la intimidad y propia imagen, y de conformidad con los principios y reglas básicas de los derechos fundamentales, tiene en todo momento la facultad de revocar³⁵⁶.

De hecho, es llamativo que autores que sostienen la posibilidad de un vínculo contractual en el ámbito de estos derechos, reconozcan sin ambages que la propia LO de 1982 *no contempló la figura del contrato* relativo a estos derechos³⁵⁷.

Es más, estos mismos autores reconocen la enorme dificultad de deslindar cuándo estaríamos ante un acto unilateral de prestación del consentimiento a la intromisión y un verdadero contrato³⁵⁸, lo que lleva a pensar en la existencia de un planteamiento artificial a la hora de interpretar la vigente ley, pero sobre todo ocasiona unas repercusiones muy peligrosas en cuanto al ejercicio del derecho fundamental mismo implicado en ese acto jurídico, dado que obliga a una interpretación de la ley contraria a la libre revocación, lo que afectaría de lleno a los límites del respectivo DF, límites que no aparecen en la propia Constitución en ningún caso.

Esto es lo que viene a la postre a defender CABEZUELO ARENAS³⁵⁹, de manera muy discutible, quien afirma, citando a CLAVERÍA, que el legislador de la LO de 1982 incurrió en error al centrar la protección del disponente en la revocabilidad del consentimiento, cuando podían haberse adoptado otras alternativas, como un más riguroso régimen de los acuerdos en este ámbito. Añade además que debe interpretarse de forma estricta la expresión “*en cualquier momento*” del art. 2.3 de la Ley, en cuanto a la citada revocabilidad, para señalar que debe ser ejercitable “*en momento en que todavía el derecho cedido puede ejercitarse*”, señalando incorrectamente que de otro modo se podría estar haciendo ilegítima de forma retroactiva la intromisión autorizada.

Es evidente que esto último no será así en ningún caso, conforme a los estrictos términos de la ley, pero sobre todo, se prescinde de tomar en consideración la posibilidad cada vez más frecuente, en la situación actual de internet y de redes sociales, de cara a accesos futuros por estas vías, de intentar deshacer intromisiones en su momento autorizadas pero

³⁵⁶ Esto es lo que viene a defender en buena medida CARRASCO PERERA, A., *Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad* (Dir. A. Carrasco), Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pag. 93, al sostener que el consentimiento a la intromisión no constituye un contrato vinculante. Sin embargo, a renglón seguido, el autor sostiene la posibilidad de ceder por contrato, sin facultad de revocación, el derecho a la imagen para su explotación comercial, en particular cuando por la cesión se cobra un precio, y se refiere al criterio restrictivo con que la jurisprudencia ha aplicado el principio de revocabilidad. No se explica de dónde extrae el autor esta opinión, cuando la Ley Orgánica de 1982 autoriza la libre revocación, sin excepciones.

³⁵⁷ Así, SANTOS MORÓN, *ob.cit.*, pag. 179.

³⁵⁸ Así, la propia SANTOS MORÓN, *ob.cit.*, pag. 180-181.

³⁵⁹ CABEZUELO ARENAS, *Derecho a la intimidad... cit.*, pag. 140-141.

a las que el titular afectado ha valorado sobrevenidamente, a día de hoy, como lesivas de su derecho o perjudiciales para su vida y para su desarrollo personal futuro³⁶⁰.

Por su parte, CABEZUELO ARENAS sostiene, de forma a nuestro juicio dudosa, que la principal razón esgrimida para negar toda posibilidad de contratación sobre la intimidad es el carácter de irrenunciabilidad del propio derecho³⁶¹. Sin embargo, hemos podido comprobar con anterioridad que no hace falta defender -porque además no hay base ni constitucional ni legal- la irrenunciabilidad de los DF, ni de los derechos a la intimidad y propia imagen, cuando se puede recurrir a la fórmula de la libre revocabilidad del acto de renuncia o prestación del consentimiento. Es por tanto la naturaleza de derecho fundamental y la falta de limitaciones al derecho contenidas en el propio texto constitucional, lo que fundamentan la revocabilidad y, por derivación, la improcedencia de la figura contractual en el ámbito de estos derechos.

En este sentido, no hay, frente a la pretensión del renunciante de respeto a su derecho constitucional a la intimidad o la propia imagen, otro derecho del mismo rango, esto es, otro derecho de naturaleza constitucional a favor del autorizado, que le permita oponer al primero la necesidad de limitarlo en aras de proteger el segundo. Ese autorizado únicamente dispondría, en teoría, de un derecho de orden patrimonial, que debería por lógica ceder, en ese conflicto de intereses, ante la superioridad de un derecho fundamental. Por supuesto, todo ello al margen de la posible reparación económica al autorizado por haberse revocado de forma extemporánea o inesperada la autorización concedida.

Es por demás incierto, a nuestro juicio, que el mero consentimiento a la intromisión genere ciertas *obligaciones*, como ha sido dicho por alguno de los partidarios de la posibilidad de contratos sobre estos derechos³⁶², en referencia en concreto al derecho reconocido al beneficiario de la intromisión de reclamar daños y perjuicios al sujeto autorizante/renunciante, en el art. 2.3 LO de 1982.

³⁶⁰ Esgrime finalmente la autora (página 142) la posibilidad de un posible abuso del derecho en el ejercicio de la facultad de revocación del consentimiento o autorización a la intromisión, como argumento para restringir la facultad revocatoria. Es indudable que parte de un apriorismo, como es considerar que el abuso del derecho (o la buena fe) constituye límites inherentes a los derechos fundamentales, cuando la doctrina constitucionalista los rechaza, básicamente por el hecho evidente de que no aparecen en el texto constitucional, ni directa ni indirectamente, como tales límites de todos o de estos concretos derechos fundamentales.

A la postre, la autora concluye (pag. 147) que la revocabilidad puede justificarse cuando no media contenido patrimonial, pero no cuando éste exista. En suma, viene a utilizar como argumento a favor de una restricción de la facultad revocatoria justamente lo que debe demostrarse, esto es, que el derecho a la intimidad y la propia imagen tienen una vertiente patrimonial, netamente separada de la no patrimonial, que no se regiría por tanto por las reglas y principios constitucionales, sino por las reglas codificadas, entre ellas las de la buena fe y el abuso del derecho (art. 7.1 y 2 CC), lo cual como ahora se verá constituye una cuestión altamente discutible.

³⁶¹ CABEZUELO ARENAS, *ob. cit.*, pag. 96.

³⁶² Así, SANTOS MORÓN, *ob.cit.*, pag. 182.

Ya tuvimos ocasión de señalar más arriba que esta compensación debe interpretarse de forma absolutamente excepcional, por venir a afectar de forma indirecta pero evidente a las posibilidades de elección que se otorgan constitucionalmente al titular de todo derecho fundamental. Además, es perfectamente una compensación *de naturaleza no contractual*, que responde sólo a la necesidad de *compensar los costes relacionados directamente con la revocación misma*. No se trata por tanto de una compensación derivada de una defraudación de la confianza suscitada en el beneficiario, y de ahí la posible existencia de obligaciones contractuales, como se ha dicho, ya que no guarda relación con un posible vínculo contractual previo, ni sirve para indemnizar un posible incumplimiento contractual.

Las anteriores conclusiones sobre la inexistencia de verdadero vínculo contractual supondrán que, *en caso de decidirse el titular del DF, en un momento dado, por no querer cumplir lo pactado, lo podrá hacer libremente, sin que la contraparte disponga de una pretensión que vincule al titular y sea ejercitable judicialmente*.

Así, si el titular del derecho opta por no cumplir, lo que se manifestará en la revocación de su previo consentimiento a la intromisión, se disolverá y hará irrelevante jurídicamente cualquier posible pretensión de cumplimiento por parte del sujeto autorizado, al quedar totalmente al arbitrio del titular el cumplir o no cumplir. Por tanto, sólo si éste último, de forma voluntaria y libre, opta por cumplir lo “acordado” se podrá satisfacer el interés del beneficiario. Si no, simplemente dispondrá este último de un derecho a una indemnización por la lesión de expectativas frustradas.

Es decir, para simplificar, *libre revocación del consentimiento a la intromisión y contrato son, con base en la normativa española vigente de 1982, dos términos incompatibles entre sí en el ámbito de estos derechos fundamentales del honor, intimidad y propia imagen*, a pesar de que esa misma normativa específica admita con determinadas condiciones la utilización de la intimidad y sobre todo la propia imagen con fines económicos.

A partir de la existencia de una norma como el citado art. 2.3 de la Ley Orgánica, surgen enormes obstáculos para los defensores de la consideración contractual, e incluso la meramente obligacional (como han sostenido otros), del presunto acuerdo de cesión de la imagen o la intimidad a cambio de un precio o contraprestación (o de un acuerdo puramente gratuito).

Es cierto que podría interpretarse la facultad de revocación del consentimiento en un término digamos “contractuales”, esto es, como facultad concedida a una de las partes para revocar sobrevenidamente y dejar sin efectos (a partir de ese momento) lo acordado, y las obligaciones existentes entre las partes. Es decir, podría pensarse que el art. 2.3 LO recoge una facultad revocatoria a favor de una sola de las partes, como sucede con los contratos de obra, de servicios o de mandato. De este modo, se mantendría la naturaleza contractual de lo estipulado entre el titular del imagen y la empresa de medios y el tercero beneficiario en general.

Sin embargo, frente a ello, son muchos los obstáculos e inconvenientes que surgen, y que hacen inviable esa opción.

En primer lugar, la propia dicción legal, de quererse así, debería haber previsto una facultad revocatoria igual o similar a la de los contratos señalados. Desde luego no lo hace; muy al contrario, habla de revocación del consentimiento, y no de revocación o ineficacia del contrato. Del mismo modo, la expresión utilizada abarca a todos los supuestos, incluidos los casos en que se produjo un consentimiento unilateral.

Del mismo modo, debería haberse regulado de forma detallada las consecuencias de la revocación, si se trataba de una facultad derivada de un verdadero contrato, dado que son muy diversas las posibilidades de regular los efectos de una revocación de un contrato.

Pero es que, junto a lo anterior, si de verdad fuese una facultad típica de un determinado tipo contractual, volvemos a la cuestión de los efectos de la misma. Y éstos no son otros que hacer perder al beneficiario, por decisión unívoca y exclusiva del titular del DF, cualquier pretensión jurídica frente a éste. Esto es, la negativa o revocación tendrá siempre la misma consecuencia, que es la de hacer inviable al beneficiario cualquier pretensión de cumplimiento, in natura o con intervención de terceros, de aquello a lo que hipotéticamente se había “obligado”, frente al titular del derecho a la imagen o la intimidad. La norma en este sentido no deja margen alguno: el beneficiario de la “cesión” de la imagen, una vez producido un acto expreso o tácito de revocación, no puede pretender en absoluto una ejecución de lo presuntamente “acordado”, ni siquiera aunque estuviese en fase de realización y aún no culminado todo el proceso de promoción o uso de la imagen. Tan sólo se le concede, en su caso, previa prueba, un derecho a una compensación *por la revocación*, como antes se explicó.

Por lo demás, hay otro tipo de cuestiones relevantes a las que la ley no da respuesta, si es que se la quiere interpretar desde la óptica “contractualista”.

Por ejemplo, si de verdad fuesen disponibles estos valores o componentes de la personalidad como la imagen o la intimidad, y se pudiera hacer a través de verdaderos contratos, debería el sujeto titular tener y ejercitar un verdadero poder de disposición. Pero entonces, ¿qué hacer cuando el titular es un sujeto carente del mismo (o con limitaciones) por razón de hallarse en una situación concursal? ¿Se vería afectado por ese acto dispositivo? ¿Podría ser controlable a nivel judicial, al tener lo pactado consecuencias indudablemente patrimoniales? La respuesta sería que seguramente no, pero lo sería precisamente por corresponder a un bien afectante a lo más íntimo del sujeto, además de tratarse de un derecho constitucional básico, que no puede ni debe someterse a restricciones, tales como la limitación de ejercicio por carecer o tener limitado su poder de disposición, que se otorgarían en aras de intereses (patrimoniales) de terceros, que desde luego serían siempre inferiores o subordinados al interés del titular del DP o DF.

Por otro lado, ¿cómo se resolvería la contradicción que supone el hecho de que el tercero que contrata dispone normalmente de la facultad de retirar la promoción iniciada, si se pierde por ejemplo sobrevenidamente el prestigio del sujeto cuya imagen se utiliza, y por

el contrario no pueda hacerlo, de forma igualmente libre, el propio titular de la imagen? Parece un contrasentido que, estando en la órbita del ejercicio de derechos fundamentales, se puedan imponer legal o contractualmente una restricciones a la revocación, de las que muchas veces carece la otra parte, que no sería titular de ningún DF como contrapartida.

Por último, habría que pensar también en los posibles pactos o estipulaciones contractuales en virtud de las cuales se cediesen, por parte del titular de la imagen, a favor del tercero beneficiario, las posibles acciones para el caso de vulneración de la misma por parte de terceros. A nuestro juicio, este tipo de estipulaciones no serían lícitas. De hecho, la normativa española de 1982, en su artículo 9, sólo permite la defensa por terceros de la imagen o la intimidad en casos de muerte. *Sensu contrario*, habrá que sostener que *inter vivos* estará excluida esa posibilidad. Todo lo cual constituye de nuevo un dato relevante en contra de la aplicabilidad general de las normas contractuales a este tipo de acuerdos, ya que estaremos ante un fenómeno jurídico muy diferente a los típicos contratos de contenido pura y estrictamente patrimonial.

Todo lo anterior nos lleva finalmente a examinar la cuestión primera planteada en este apartado, a saber, si se puede discernir entre *una vertiente patrimonial* de los derechos a la propia imagen y la intimidad, y una faceta o vertiente moral, de relevancia exclusivamente constitucional, de modo que en la primera podrían jugar con libertad las reglas contractuales generales, sin intromisión de las reglas y mandatos constitucionales, de modo que fuese factible la vinculación obligacional y la imposibilidad de revocación del consentimiento, que quedarían únicamente para la segunda.

El gran problema reside en cómo delimitar una y otra faceta, y cuándo lo pactado no estará afectando al derecho fundamental inmanente en la base.

Debemos confesar que, desde nuestra perspectiva, *no es posible distinguir uno y otro ámbito de actuación, siendo a nuestro juicio imposible separar una cosa de la otra.*

En consecuencia, no parece factible discernir, como hacen algunos autores, entre esa presunta faceta patrimonial, que sería negociable y renunciable, de la faceta no personal, que tendría el régimen jurídico opuesto. *No existe tampoco base legal para hacer esta neta separación.* Ni siquiera la Ley Orgánica de 1982 permite esta conclusión, siendo más bien una ley que pretendió reconocer la posibilidad de utilizar la intimidad y la propia imagen con bastante libertad, y sin que ello conllevara una posible responsabilidad civil del tercero autorizado, como contraposición a una situación legal y social anterior, mucho más restrictiva en este ámbito.

De hecho, el propio Tribunal Constitucional ha venido a reconocer esa imposibilidad de discernimiento, permitiendo en todo caso la revocación del consentimiento aun dentro del ámbito de los contratos o negocios de cesión de imagen. Lo dice la **STC núm. 117/1994 de 25 abril**, en los siguientes términos:

“Ciertamente que, mediante la autorización del titular, la imagen puede convertirse en un valor autónomo de contenido patrimonial sometido al tráfico negocial y ello inducir a confusión acerca de si los efectos de la revocación se limitan al ámbito de la contratación o derivan del derecho de la personalidad. Esto es lo que puede determinar situaciones como la que aquí se contempla porque los artistas profesionales del espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo), que ostentan el derecho a su imagen como cualquier otra persona salvo las limitaciones derivadas de la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad, consienten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afección a su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial; mas debe afirmarse que también en tales casos el consentimiento podrá ser revocado, porque el derecho de la personalidad prevalece sobre otros que la cesión contractual haya creado. Mas, en esos supuestos de cesión voluntaria de la imagen o de ciertas imágenes, el régimen de los efectos de la revocación (prevista en el art. 2.3 de la LO 1/1982 como absoluta) deberá atender a las relaciones jurídicas y derechos creados, incluso a favor de terceros, condicionando o modulando algunas de las consecuencias de su ejercicio; y corresponde a los Tribunales ordinarios la ponderación de los derechos en conflicto en tales casos, sin perjuicio de la que a este Tribunal compete, únicamente desde la perspectiva constitucional”.

Por lo tanto, las ideas expuestas sobre la renunciabilidad puntual del sujeto y las posibilidades de revocación e incluso de reversión, deben ser aplicables a cualquier manifestación de estos derechos.

6.2.- La protección de datos personales y su renuncia:

Al margen del debate relativo a si existe un “derecho” específico y diferenciado del derecho a la intimidad personal, en el que no vamos a entrar³⁶³, por no tener excesiva relevancia para la cuestión que aquí nos interesa, procedemos a analizar la cuestión de la renuncia ahora en el ámbito de la protección de datos³⁶⁴.

³⁶³ Sobre el tema, vid. GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, M., “El consentimiento al tratamiento de datos personales”, dentro del volumen *Protección de datos personales*, Asociación de Profesores de derecho Civil, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pag.79-82, con quien coincidimos en considerar que no existe un derecho diferenciado, sino una modalidad del derecho a la intimidad, con una regulación especial. También GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004.

Sobre la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional hacia el reconocimiento de un verdadero derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones concernientes a cada persona, vid., CONDE ORTIZ, C., *La protección de datos personales. Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pag. 40-47, explicando a continuación las diferencias con el derecho a la intimidad, en cuanto el nuevo derecho es de contenido más amplio que aquél, ya que no se reduce a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier dato personal, sea íntimo o no.

³⁶⁴ Podría tenerlo en cuanto a la posibilidad de aplicar analógicamente las normas e interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la autorización a la intromisión en los derechos a la intimidad o propia imagen, si se mantuviera que se trata de una manifestación del mismo derecho fundamental. A pesar de ello, la existencia de una normativa propia nos lleva a recurrir a la misma antes que a la Ley Orgánica del

A este respecto, la normativa vigente, representada por la Ley 3/2018 de de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, se desarrolla, en esta concreta materia, de forma muy similar a como sucede con el derecho a la intimidad en general. En este sentido, la ley admite en su artículo 6 la posibilidad de prestación del consentimiento o autorización para el uso y tratamiento de los datos personales, a favor de persona o entidad, con facultad de revocación de dicha autorización, lo que nos lleva a analizar la naturaleza y consecuencias jurídicas de dicho consentimiento³⁶⁵. Así dicho artículo 6 dispone en cuanto al consentimiento:

Artículo 6. Tratamiento basado en el consentimiento del afectado.

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.

En opinión de GARCIA-RIPOLL MONTIJANO³⁶⁶, con quien coincidimos en este punto, la prestación del consentimiento al tercero para el uso de los datos personales, supone, a la vez que se consiente, que el afectado se despoje de la facultad de impugnar, lo que en buena medida *supone un acto de renuncia a algunas de las facultades que concede el derecho a la protección de datos*.

Es evidente, como ya se dijo en el apartado anterior respecto de la autorización a la intromisión en la intimidad e imagen, que la autorización dada por el titular del derecho al tercero beneficiario no puede tener la consideración de contrato, ni real ni obligacional. Nos hallamos, como bien dice GARCIA-RIPOLL, ante *un acto unilateral del titular*, que no supone la prestación de un consentimiento específico del sujeto a quien se dirige la autorización, sino ante *un acto por el que el sujeto se desprende, por propia iniciativa, de una concreta faceta de su intimidad, sin existir ninguna obligación a cargo del tercero, quien sólo tiene el deber de respetar los límites y condiciones de la autorización prestada* (de modo que conllevaría un deber de reparación, entendido en sentido amplio, cualquier vulneración de esos límites, pero sin que ello suponga una responsabilidad contractual).

Por otro lado, *el sujeto beneficiario no ostenta propiamente un derecho subjetivo frente al titular autorizante*, en cuanto que *no puede ejercitar judicial ni extrajudicialmente su hipotético beneficio o interés contra la oposición expresa del titular concedente*. Es decir,

1982, y a buscar en ella las pautas para valorar el consentimiento o autorización específicos para el tratamiento de los datos personales

³⁶⁵ Respecto del consentimiento en la antigua LORTAD de 1992, ORTI VALLEJO, A., *Derecho a la intimidad e informática (Tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada)*, Ed. Comares, Granada, 1994, pag. 133 ss., distingue entre la recogida de datos y el tratamiento de los mismos, siendo preciso el consentimiento del afectado para esto último. No obstante, matiza que, siendo precisa la previa información al sujeto y por tanto la existencia de un derecho de éste a ser informado, con esa información previa se estaría prestando implícitamente el consentimiento.

³⁶⁶ GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, M., “El consentimiento al tratamiento..” cit., pag. 87 y 90.

en la medida en que este último se oponga a la pretensión de aquél, estaría revocando implícitamente su consentimiento, con lo que se tornaría imposible ejercitar acción alguna frente al titular. Tan sólo en caso de que no haya una revocación implícita o tácita del consentimiento, sino que la posible oposición del titular, dentro de un procedimiento judicial, se refiera a la vulneración de los límites, o a la posible reclamación de daños en uno u otro sentido, podría entenderse que no hay revocación, y que por tanto persiste viva la autorización dada, ciñéndose la disputa a otras cuestiones relativas a las condiciones de ejercicio y límites de la misma.

De nuevo, esta renuncia contrasta con la tradicional irrenunciabilidad atribuida a los derechos de la personalidad y a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Ello nos lleva a plantearnos de nuevo la necesidad de revisar los parámetros tradicionales de la doctrina y la jurisprudencia (cierta jurisprudencia sólo) sobre las características de estos derechos, y su adaptación específica a los supuestos de actos unilaterales de consentimiento o autorización, sin vínculo contractual, en la medida en que ello no suponga despojarse en su totalidad del derecho mismo, sino sólo de renunciar al ejercicio del mismo en un ámbito y circunstancias singulares, con o sin beneficiario de dicho acto.

Esa renuncia no puede ser de alcance general, sino que, a juicio del autor citado, y de conformidad con la normativa vigente antes señalada, no puede ser ni perpetua, ni general o indiscriminada³⁶⁷.

Ello supone extraer las mismas o similares conclusiones que se expusieron respecto de la autorización a la intromisión en la intimidad y la propia imagen en el apartado anterior. No obstante, quizás exista un elemento diferenciador, en cuanto, como ha sido dicho, ese despojo de facultades derivado de la renuncia, supone precisamente ejercitar el derecho mismo a la protección, llamado por eso doctrinalmente como “derecho a la autodeterminación informativa”.

Por otro lado, es claro que el consentimiento de la persona afectada a que se alude en la ley, *no supone transmisión del derecho subjetivo a la protección de datos, ni siquiera de forma parcial*, puesto que este derecho debe considerarse como intransmisible, como sucede con los derechos de la personalidad y con los derechos fundamentales en general: los datos personales siguen siendo suyos y están a su disposición, como dice GARCÍA RIPOLL³⁶⁸.

Ello nos lleva a la cuestión del valor de dicho consentimiento cuando se efectúa en el seno de (o por relación a) un vínculo contractual concreto entre el titular y el sujeto o entidad beneficiaria de los datos personales.

³⁶⁷ GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, M., “El consentimiento al tratamiento..” cit., pag. 87

³⁶⁸ GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, M., “El consentimiento al tratamiento..” cit., pag.88

A este respecto, deberíamos discernir entre la manifestación de renuncia otorgada al hilo de un contrato determinado (de servicios, de obra, de compraventa, etc.), en el que, como declaración realizada *fuera* de las estipulaciones contractuales, es decir, sin existir una contraprestación específica por la entrega o facilitamiento de datos, y aquellos otros casos (que posiblemente tengan cada vez más la relevancia en el futuro) en que se perciba algún beneficio económico o de otro tipo por esa entrega.

En el primero de los casos, que resulta ser bastante frecuente en la práctica, por cuanto se suele introducir como una suerte de anexo al contrato el consentimiento para el tratamiento de los datos, pero sin formar parte del objeto mismo de lo pactado, o como cláusula final en el seno del contrato, *nos hallamos ante un evidente acto unilateral, que sería de renuncia parcial al derecho por parte de su titular*, con todas las connotaciones antes señaladas, por lo que no precisa mayores explicaciones³⁶⁹.

En cambio, en caso de percibir contraprestación a cambio de permitir el uso de los datos, se plantea la cuestión de si nos hallamos o no ante un verdadero vínculo contractual.

A nuestro juicio, la respuesta es dudosa. Es claro que la concurrencia de las dos manifestaciones de voluntad (del titular y del tercero beneficiario) hace pensar en un contrato, con obligaciones para ambas partes. Sin embargo, lo único seguro es que nace *un derecho de crédito del titular “cedente” para reclamar la contraprestación acordada frente al tercero*, pero sólo en la medida en que se vaya produciendo de forma progresiva el aprovechamiento de los datos. Lo que sucede es que, *al no haber límite legal al respecto, y tratarse de un derecho con entronque directamente constitucional, el titular de los datos debe tener siempre a su alcance la posibilidad de revocar el consentimiento, incluso aunque se hubiera producido en el seno de un aparente “contrato”*.

Por lo tanto, *el tercero no ostentará propiamente un derecho subjetivo, con una pretensión jurídica propiamente tal, por cuanto nunca podría esgrimirlo contra la oposición del titular, ya que esa oposición implicará de forma tácita el ejercicio de la facultad de revocación concedida legalmente siempre a dicho sujeto, y sin límite alguno*.

Lo anterior nos lleva al tema de cómo debe ser la prestación de este consentimiento, entendido como acto de renuncia.

Parece obvio, a la vista de todo lo señalado antes, que *normalmente debería ser expreso* en la mayoría de casos. Ello *no significa que sea necesariamente por escrito*, ya que la normativa vigente parece admitir que sea en forma verbal. De hecho, el art. 6 antes citado de la Ley 3/2018, junto a la alternativa de la “*declaración*”, incluye también como posible la de existencia de “*una clara acción afirmativa*”, lo que sin duda remite a actuaciones por cauces informáticos o similares, en tanto sean inequívocos en cuanto a la intención

³⁶⁹ Sin embargo, algún autor como REBOLLO DELGADO, L., *Derechos fundamentales y protección de datos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pag.149, parece sostener que la prestación del consentimiento conlleva una concurrencia de voluntades generadora de una “relación jurídica” regida por la Ley especial y el Código civil, aunque no especifica de qué tipo de relación se trata.

del titular, aun cuando no sean objeto de una manifestación expresa, escrito, oral o por otra vía. No es por tanto discutible que se haya proscrito en esta materia el consentimiento o autorización tácitos³⁷⁰, pero ello no significa, sin embargo, que se deban admitir fórmulas como la de fijar por el tercero beneficiario un plazo para oponerse, y el mismo transcurra sin oposición expresa, como posible consentimiento tácito.

Por lo demás, en aras de la mejor protección del titular de este derecho de base constitucional, es razonable defender que ese consentimiento o autorización hay que *considerarlo siempre en sentido restrictivo* seguramente, e incluso que debe permitirse conocer previamente la finalidad para el que se presta por su titular, so pena de nulidad de ese consentimiento, como ha sido dicho³⁷¹.

Por lo que concierne a las características de ese consentimiento al uso por tercero de datos personales, debe señalarse que participa de la misma condición de esencialmente revocable, propia del consentimiento en materia de intimidad y propia imagen.

Respecto de la revocación del consentimiento, el art. 7.3 del Reglamento de la UE 2016/679 de 27 de abril, de Protección de datos dispone: *“El interesado tendrá derecho a retirar su consentimiento en cualquier momento. La retirada del consentimiento no afectará a la licitud del tratamiento basada en el consentimiento previo a su retirada. Antes de dar su consentimiento, el interesado será informado de ello. Será tan fácil retirar el consentimiento como darlo”*.

Como puede comprobarse, la revocación de la renuncia o autorización otorgada constituye un componente esencial del derecho del sujeto, de modo que podrá hacerse en cualquier momento, en principio sin ningún tipo de derecho del beneficiario a compensación por esa retirada. A lo sumo, sólo en los casos excepcionales en que se haya realizado de mala fe, o con abuso del derecho, podría quizás exigirse algún tipo de reparación de daños. En eso sin duda contrasta la regulación de la renuncia en la protección de datos con la regulación vigente en España del derecho al honor, intimidad y propia imagen, donde de momento sí está prevista una posible indemnización.

En relación a la normativa anterior, DE VERDA Y BEAMONDE³⁷², ha reseñado la exigencia de *que exista una causa justificada para la revocación*, aunque informa de que

³⁷⁰ En contra, GARCÍA RIPOLL, *ob.cit.*, pag. 107.

³⁷¹ DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., *Manual de Protección de Datos para Abogados*, ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pag. 85. Lo cierto es que no resulta fácil determinar el alcance de esa hipotética declaración de nulidad, cuando el sujeto tiene siempre a su alcance la facultad de revocación de su consentimiento. No obstante, podría ser relevante en algunos casos excepcionales, como cuando se discutan la posible concurrencia de alguno de los límites del derecho de autodeterminación informativa, y haya una dificultad probatoria al respecto, en cuyo caso se podría recurrir a la nulidad. O bien hacerlo con una finalidad de retroacción plena de efectos que pudiera no ser viable con la sola revocación.

³⁷² DE VERDA Y BEAMONDE, J.R., *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pag. 135.

en la práctica de las empresas esto se encuentra superado, *al aceptarse como justa causa la mera manifestación de voluntad del interesado anulando el consentimiento.*

Por otro lado, nada se dice en esta normativa acerca de la posible reversión a la situación de origen, cuando se revoque la autorización. Tan sólo se dice que la revocación (“retirada”, en la terminología del Reglamento) no hará perder la licitud al tratamiento realizado con anterioridad. En cierto modo, parece preverse la posibilidad anular o destruir las bases de datos donde se hubieran incluido los proporcionados por el sujeto autorizante, con efecto inmediato, haciendo incluso inviable el mantenimiento de su uso por el autorizado en aquellas bases donde ya se hubiera incluido³⁷³. De nuevo en este punto la normativa sobre protección de datos es más explícita y más protectora que en el ámbito de la intimidad y la propia imagen, y debería conllevar una adaptación de la normativa española de 1982 a estos nuevos principios.

Todo esto que se defiende debería ser aplicable no sólo a los casos en que el consentimiento hubiera sido objeto de una decisión unilateral, sino incluso cuando se incluya en el seno de un contrato, y haya sido objeto del contrato mismo, como contrato independiente o como parte de un contrato más complejo. Aquí quizás quepa defender que, aun cuando pueda haber un verdadero contrato, sería también libremente revocable “*ad nutum*” por el titular de los datos, como sucede con todos aquellos otros contratos en los que concurre un elemento de confianza, o de personalismo, donde se permite también la libre revocabilidad, aunque quizás con deber de indemnizar posibles daños³⁷⁴.

No puede perderse de vista, con carácter general, que, tratándose de manifestaciones propias de derechos fundamentales, las cortapisas a la libre revocabilidad, incluso en el seno de un contrato, deberían ser las mínimas posible. El derecho aquí protegido constituye un DF, o una manifestación concreta de un DF, y que no escapa de su consideración como tal DF el que sea posible negociar y suscribir contratos sobre tales aspectos, es decir, que la tutela constitucional y procesal de los DF no se puede perder cuando se trata de negocios sobre los mismos.

³⁷³ Así, GARCÍA-RIPOLL, *ob.cit.*, pag. 145, quien considera que la revocación conllevará también la supresión o borrado de datos, no sólo la no continuación del tratamiento, salvo que haya otro fundamento jurídico que justifique su conservación.

En contra, conforme a la normativa anterior, VERDAGUER LOPEZ J., BERGAS JANÉ, M.A. y AMADO GUIRADO, J., *TODO Protección de datos*, Ed. CISS Grupo Wolters Kluwer, Valencia, 2009, pag. 63, quienes excluyen los efectos retroactivos de la revocación del consentimiento, con base en el art. 6.3 LOPD, y lo consideran una respuesta lógica y razonable.

³⁷⁴ GARCIA-RIPOLL, *ob.cit.*, pag. 91, sostiene, por el contrario, que siendo objeto de contrato el tratamiento de los datos, el derecho deja de ser un derecho fundamental, y cita alguna sentencia del TC donde parece defenderse tal cosa, como las SSTC 26 marzo 2001 y 2 julio 2001, y la STS 22 julio 2008.

CAPÍTULO 7: EXAMEN PARTICULARIZADO DE LA RENUNCIA EL ÁMBITO DE LOS CONCRETOS DERECHOS FUNDAMENTALES. (III) EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y LOS ACTOS DE RENUNCIA PARCIAL A LA MISMA.

INDICE:

7.1.- Introducción. El modelo de renuncia parcial al derecho fundamental. 7.2.- El derecho a la integridad física y su renuncia: 7.1.- Consideraciones generales sobre la admisión de actos de renuncia parcial a la integridad. 7.2.- Sobre la revocación de los actos de renuncia parcial a la integridad física y las posibilidades de reversión. 4.4.3.- La normativa sobre extracción de órganos y tejidos y las posibilidades de revocación del consentimiento y de reversión de los órganos a los donantes. 4.4.4.- La normativa sobre donación de material genético y las posibilidades de revocación del consentimiento y de reversión del mismo a los donantes.

7.1.- Introducción. El modelo de renuncia parcial al derecho fundamental:

Examinados los posicionamientos doctrinales y los argumentos dados a la posibilidad en abstracto de renunciar de forma total, y de forma puntual, a los derechos fundamentales, nos ocupamos finalmente de las posibilidades de lo que podríamos considerar una renuncia parcial al derecho manteniendo el mismo en toda su vigencia, para aquello que todavía subsista del mismo.

Al respecto, se examinarán las normativas específicas que han tratado o desarrollado este tipo de actos de renuncia parcial al DF, para contrastar las conclusiones generales antes expuestas de manera general para todos los derechos de esta naturaleza.

Dentro de este tercer modelo, dedicaremos este último capítulo a aquellos derechos fundamentales en los que podría tener cabida la renuncia parcial al derecho, como sería, a nuestro juicio, el del derecho a la integridad física.

7.2.- El modelo de renuncia parcial al derecho fundamental: el derecho a la integridad física y su renuncia:

7.2.1.- Consideraciones generales sobre la admisión de actos de renuncia parcial a la integridad:

Suele ser relativamente habitual en la doctrina constitucionalista admitir la viabilidad de actos de renuncia, siempre parcial, al derecho a la integridad física, con más o menos matices³⁷⁵.

Así, por ejemplo, LOPEZ AGUILAR³⁷⁶, respecto de la posibilidad de restricciones legales a la disposición del propio cuerpo, y la prohibición del art. 15 CE de tratos inhumanos y degradantes físicos o morales, entiende que, en la medida en que se desarrollen dentro de un ámbito de intimidad, no debería ser inconstitucional, pudiendo renunciarse libremente. Ello debe ser así especialmente en los casos de renunciaciones unilaterales y consentimientos a la cesión de elementos físicos o corporales, de forma gratuita. Mucho más dudosos en cuanto a su validez desde la perspectiva civil serán aquellos supuestos en que se incluyan dichos renunciaciones dentro de un pacto o acuerdo más o menos explícito, por concurrir razones de inmoralidad o de posible aprovechamiento de situaciones de debilidad del sujeto renunciante.

Del mismo modo, DIEZ-PICAZO³⁷⁷, después de señalar que puede que haya derechos fundamentales que no admitan renuncia alguna, habida cuenta la envergadura de la lesión que se derivaría de su falta de ejercicio, como el derecho a la vida y el derecho a la integridad física, *acaba admitiendo que incluso respecto de estos derechos puede haber supuestos límite en que resulte dudoso si cabe la renuncia*, y cita como ejemplo el de las prácticas masoquistas entre adultos que consienten³⁷⁸.

Por su parte, BUSTOS PUECHE³⁷⁹, desde la perspectiva doctrinal de los derechos de la personalidad, afirma que: “En este derecho se plantea en toda su crudeza el problema de la llamada irrenunciabilidad de los derechos de la personalidad... Ahora se pueden comprender los reparos que entonces formulé a esta supuesta nota característica de estos derechos”... Y afirma a continuación: “La existencia de una regulación minuciosa sobre tales supuestos (donación y extracción de órganos, donación de sangre, ensayos clínicos con riesgo para la propia salud) *es prueba de que el titular puede renunciar a su derecho*

³⁷⁵ Ha habido sin embargo, opiniones contrarias a ello, que han considerado que la persona no tiene derecho sobre su propio cuerpo, y que no es titular de un derecho de la personalidad en lo que concierne al cuerpo. Así, en Francia, BATTEUR, *ob.cit.*, pag. 33 ss., quien habla de los principios de inviolabilidad e integridad del cuerpo humano, considerando prohibidas las convenciones a título oneroso o gratuito relativas al cuerpo, al considerarlo como indisponible y fuera del comercio. No obstante, a renglón seguido, reconoce la existencia de importantes limitaciones, como la posibilidad de la donación de órganos, por razones de solidaridad colectiva, sobre la base del consentimiento del sujeto titular. Quedan prohibidas las convenciones al respecto, siendo sólo posibles las donaciones.

³⁷⁶ LOPEZ AGUILAR, *Derechos fundamentales ... cit.*, pag. 80.

³⁷⁷ DIEZ-PICAZO, *ob.cit.*, pag. 144.

³⁷⁸ Quizás el ejemplo utilizado por el autor no es muy acertado para debatir adecuadamente sobre la renunciabilidad del derecho a la integridad física.

³⁷⁹ BUSTOS PUECHE, *ob.cit.*, pag. 116.

a la integridad física, si bien con límites y cautelas”. Remite luego a la Sentencia del TC 207/1996 de 16 de diciembre.

VIDAL MARTINEZ³⁸⁰ señala que, en el campo de la protección de la esfera corporal de la persona y en toda su trayectoria vital es donde la inherencia a la persona se torna más acusada. “De ahí -dice- la necesidad de afinar en la respuesta jurídica y de considerar los bienes de la personalidad no sólo inviolables sino también irrenunciables”.

Por su parte, OLIVA VÁZQUEZ,³⁸¹ en un planteamiento más acertado a nuestro juicio, pone el ejemplo de la doctrina del TC sobre los GRAPO, y considera que se ve afectado el DF a la integridad física si se le impone un tratamiento que previamente ha repudiado³⁸². Cita también las STC 120/1990, 137/1990, 19 de julio 1990 y 11/1991 de 17 de enero, así como STC 48/1996, y finalmente sobre transfusiones sanguíneas la STC 154/2002. Considera en este último caso que el oponerse a la transfusión supone estar ejercitando un derecho de autodeterminación derivado del art. 15 CE. Cita igualmente la Sentencia del TEDH de 29 abril 2002, y dice que el Tribunal de Estrasburgo es mucho más contundente, en cuanto considera que no hay vulneración de la integridad física incluso aunque la renuncia al tratamiento implique la muerte, al considerar que la libertad personal y la integridad física amparan a quienes se niegan a recibir tratamiento médico.

A este respecto, ha sido dicho por CANOSA USERA³⁸³, en relación a la integridad personal, que el individuo es soberano acerca de las decisiones que atañen a su integridad personal, pues el ejercicio nuclear del derecho consiste en disponer de la propia integridad y oponerse o consentir una intervención en ella, pudiendo decidir someterse o no a tratamientos médicos, o aceptar sufrir la experimentación de algunos tratamientos o fármacos, o someterse a una intervención quirúrgica o negarse a ella; por tanto, voluntad afirmativa y voluntad negativa son las dos caras del elemento subjetivo del derecho³⁸⁴.

³⁸⁰ VIDAL MARTINEZ, *ob.cit.*, pag. 203.

³⁸¹ OLIVA BLÁZQUEZ, *ob.cit.*, pag. 751.

³⁸² A este respecto, sobre la necesidad de consentimiento para el tratamiento o intervención médica o quirúrgica, SANTOS MORÓN, M.J., *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, pag. 54 ss., da cuenta de cómo el consentimiento es un medio de defensa de la libertad y autodeterminación del paciente, con base en el principio de autonomía y libre desarrollo de la personalidad, y de cómo la Ley General de Sanidad reconoce el “derecho del paciente a negarse al tratamiento” médico propuesto, lo que implica una suerte de renuncia a la integridad (e incluso a la vida misma, en última instancia).

³⁸³ CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2006, pag. 66-67. En otro lugar (pag. 203) el autor matiza que la integridad no es jurídicamente intangible, por comparación con el derecho a la vida, señalando que, siendo posible tanto la autorización a la intervención en la integridad como su oposición, esta última sería la forma de “ejercicio fuerte” del derecho.

³⁸⁴ En esta misma línea, GALGANO, *Trattato di Diritto Civile*, cit., pag. 179, en Italia, se ha planteado la aplicación extensiva de la norma que autoriza la donación de sangre (a la que no considera verdadera donación en sentido técnico) a otras manifestaciones de cesión o renuncia a la integridad física (suicidio, autoexperimentación científica, esterilización voluntaria, entre otras), y llega a la conclusión de que la única interpretación acorde y respetuosa con la libertad humana es la interpretación que lleva a considerar éstas

En este sentido, el consentimiento prestado a la intervención de tercero (al margen de su naturaleza jurídica contractual o no) implica la exclusión de la posible lesión del derecho a la integridad, convirtiéndose en legítima la misma, en tanto se hubiese prestado con la pertinente información previa, y no estuviese viciado; de no ser así, dice el autor referido, se generaría responsabilidad de quien interviene³⁸⁵.

7.2.2.- Sobre la revocación de los actos de renuncia parcial a la integridad física y las posibilidades de reversión:

Un tema importante en lo concerniente a la posible renuncia a la integridad en sus múltiples posibles manifestaciones, es la cuestión de la revocación de esa renuncia y de la reversibilidad de las consecuencias derivadas de dicha renuncia.

Como ya dijimos más arriba, la revocación de la renuncia/consentimiento a la extracción o disposición de elementos corporales del sujeto titular del derecho constitucional a la integridad física, obliga a plantear, no ya la negación de la operación de extracción o entrega de material corporal objeto de renuncia, sino también la recuperación de los elementos ya entregados al tercero beneficiario.

Como punto de partida, debemos sostener que, al tratarse de un DF y no haber restricciones a nivel constitucional al derecho de revocación, existiendo incluso normas legales que lo recogen (aunque no en el ámbito estricto del derecho a la integridad), el titular que renunció y ya entregó ese material o componente corporal, debe tener a su alcance la facultad de recuperación de los mismos, en tanto sea materialmente viable, por no haber sido ya utilizados en el cuerpo de un tercero, o haberse diluido o confundido con otros elementos provenientes de otros sujetos.

Estamos ante un principio o regla general, el de la facultad de recuperación -en tanto sea posible- de los componentes o elementos renunciados y ahora revocados, que tiene su base en el reconocimiento constitucional del derecho fundamental mismo y la inexistencia de limitaciones, tanto genéricas como específicas de ese concreto derecho, en el texto constitucional. No se puede tampoco perder de vista la relevancia del principio del libre desarrollo de la personalidad, en cuanto el mismo es el que se hallaría también en la base de la reversibilidad de los efectos de la renuncia, aquí sostenida.

como manifestaciones insuprimibles de la libertad del hombre, quien libremente debe decidir sobre la propia vida y la propia integridad física.

En esta misma dirección, CATERINA, R., *Le persone fisiche*, Ed. Giapichelli, 2016, pag. 97, quien cita Sentencia de Casación italiana de 2007, conforme a la cual todo individuo tiene la facultad de elegir entre las posibles terapias o tratamientos médicos, e incluso de decidir deliberadamente interrumpirla, en todas las fases de la vida, incluso en fase terminal, dado que no existe un deber de curarse como principio de orden público.

³⁸⁵ Vid. También sobre este tema, ROVIRA, A., *Autonomía Personal y Tratamiento Médico. Una aproximación Constitucional al Consentimiento Informado*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pag. 128 ss.

En este ámbito, necesario es reconocer que el legislador ordinario no ha resuelto adecuadamente esta cuestión, seguramente porque no se había planteado, sobre fundamentos de orden constitucional, la opción de la disposición de órganos o de material corporal o genético, como una posible renuncia parcial al derecho a la integridad, entendida por tanto como desprendimiento -voluntario, pero necesariamente revocable e incluso reversible- de órganos, o de fluidos y componentes del propio cuerpo, con distintos fines.

En especial, el legislador se ha ocupado de exigir en la mayor parte de los casos, que se trate de disposiciones de carácter *gratuito* de órganos, de material genético, sangre y otros componentes corporales (pelo...), pensando que, de este modo, queda adecuadamente tutelado el interés público de la sociedad a disponer de esos elementos corporales, sin interferencias de los propios donantes. Sin embargo, al haberse centrado exclusivamente en la idea de gratuidad en la cesión de los órganos o componentes corporales, *se ha olvidado del origen de la entrega* de esos materiales o componentes corporales, que no sería otra cosa que una renuncia parcial a los mismos por su titular en ejercicio (ahora negativo) de su derecho fundamental a la integridad física, así como de la consiguiente facultad revocatoria inherente de forma inevitable a los titulares de esos derechos.

En este sentido, en relación a la “donación” de órganos de personas vivas, se ha planteado doctrinalmente si se trata de una verdadera donación entendida como contrato con dos consentimientos concurrentes, o si se trata de otro tipo de acto jurídico. A este respecto, CARRASCO ANDINO³⁸⁶, con criterio que creemos razonable, ha sostenido que *no puede hablarse técnicamente de donación, sino de dos declaraciones de voluntad unilaterales y separadas*, la primera dirigida a la extracción, y la segunda a la implantación, que no están conectadas una con la otra. En este sentido, por tanto, si pensamos en la posición del “donante”, es patente que su manifestación unilateral consintiendo la extracción constituye en sí misma un acto de renuncia parcial a su derecho fundamental a la integridad.

En todo caso, nos vemos obligados a analizar y en su caso replantear la corrección de las normas vigentes en materia de extracción de órganos, donaciones de material genético u otras, y su conformidad o no con la Constitución y los principios constitucionales. Veamos los casos uno a uno.

7.2.3.- La normativa sobre extracción de órganos y tejidos y las posibilidades de revocación del consentimiento y de reversión de los órganos a los donantes:

³⁸⁶ CARRASCO ANDINO, M. del M., *El comercio de órganos humanos para trasplantes. Análisis penal*, Ed. Tirant monografías, Valencia, 2015, pag. 65.

Sobre el derecho a la integridad física en el ámbito de la extracción de órganos y tejidos de personas vivas, ROMEO CASABONA³⁸⁷, planteaba hace algunos años la idea de que, con independencia del reconocimiento de dicho derecho, siempre que no se trate de órganos vitales, el ordenamiento jurídico debe establecer límites, siendo el principal de ellos la necesidad del consentimiento del donante. Señala además la exigencia de que la donación debe estar dirigida exclusivamente a la mejora de las expectativas de un paciente en particular, con lo que quedan excluidas las donaciones a pacientes no determinados, o las hechas con fines no terapéuticos, sino de investigación biomédica o fines industriales.

A nuestro juicio, un planteamiento de este tipo, desde la perspectiva del derecho constitucional a la integridad o de la facultad de renuncia (parcial) del mismo, resulta quizás excesivamente restrictivo.

En primer lugar, *el consentimiento no constituye un límite al derecho de disponer del propio cuerpo, sino el núcleo esencial para su debido ejercicio, ahora en el sentido negativo de renuncia*. Por otro lado, ese mismo núcleo básico (de ejercitar o de renunciar) debería implicar la libre facultad del sujeto de establecer *el destino* de aquello a lo que renuncia, en tanto sea el fruto de su decisión unilateral y enteramente libre. Cuestión distinta es que se produzca en el seno de un acuerdo con tercero, en el que haya seguramente una contraprestación: aquí existen y deben existir fuertes restricciones de índole moral o social para otorgarle validez y eficacia.

Ello conduce a su vez a plantear la procedencia de un sistema como el actual basado exclusivamente en la “donación” del órgano o tejido, por tanto a favor de persona determinada, que asumiría la condición de *beneficiaria* de esa donación³⁸⁸. Probablemente, ese enfoque legal, además de ser incompleto, ya que parece cerrar el paso a otras posibilidades de renuncia, incide o puede implícitamente incidir en la imposibilidad de reconsiderar la decisión, precisamente por haberse dispuesto de algo en favor de un sujeto concreto. Y sobre todo parece excluir la posibilidad de libre revocación de la renuncia/consentimiento una vez producida la extracción del órgano o tejido.

A este respecto, el artículo 8.6 del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, dispone:

“6. Entre la firma del documento de cesión del órgano y la extracción del mismo deberán transcurrir al menos veinticuatro horas, pudiendo el donante revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención sin sujeción a

³⁸⁷ ROMEO CASABONA, C.M., *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Ed. Comares, Granada, 2005, pag. 17, 20-21.

³⁸⁸ En Italia, VALLE, L., *Il contratto e la Realizzazione del Diritti della Pesona*, Ed. Giappichelli, 2020, pag. 204, descarta para ese país la idea de contrato de donación, y habla preferiblemente de acto de disposición libremente revocable, lo que en buena medida implica la unilateralidad del mismo.

formalidad alguna. Dicha revocación no podrá dar lugar a ningún tipo de indemnización”.

Así pues, leída literalmente, esta norma prohíbe la reversión del órgano a su titular una vez extraído, por cuanto limita la revocación al momento anterior, como máximo, a la intervención de extracción. A partir de ese momento todo indica que se ha “deprendido” de manera definitiva del órgano, y ya no podría recuperarlo.

Esta solución legal resulta criticable, ya que supone una pérdida del poder de control, y de la facultad de reversión del sujeto titular, con recuperación de órgano o tejido, a voluntad, por cambiar simplemente de opinión, o por considerar que pudiera necesitarlo en el futuro si le sobreviene alguna enfermedad.

Es cierto, como ha sido dicho por ROMEO CASABONA, que habrá muy poco tiempo entre la extracción y la implantación en el cuerpo del sujeto destinatario, por lo que la facultad revocatoria tendrá muy poca efectividad en este campo de la extracción de órganos de personas vivas³⁸⁹. Sin embargo, estamos pensando, obviamente, en aquellos casos en que el órgano o tejido se pudiera conservar durante un cierto tiempo, como ya se está intentando por distintas investigaciones, o incluso indefinidamente, en función del estado actual de la ciencia, o de los avances científicos futuros, y sin implantarse de forma inmediata en un tercero. El legislador debería hacerse eco de estos futuros avances y prever el mantenimiento del poder de control sobre el órgano o tejido por parte de su titular.

Es por demás interesante la decisión del legislador sobre las consecuencias de la revocación, en cuanto disponen que no cabe ningún tipo de indemnización derivada de la misma.

Esta solución legal, aun cuando ha sido en parte criticada³⁹⁰, nos parece acertada, dado que se acerca más al modelo constitucional razonable de protección de los DF, ya expuesto con anterioridad, al evitar la posibilidad de que el sujeto se vea constreñido a mantener su decisión y no revocarla, sobre la base de los costes que debería asumir si ejercitara su libre facultad de revocar.

Ello debe ser así a pesar de las posibles consecuencias negativas en el destinatario, quien sin embargo *no ostenta un derecho de igual o similar entidad al del “donante”*, el cual puede esgrimir siempre su derecho constitucional a la propia integridad física, con la

³⁸⁹ ROMEO CASABONA, *ob.cit.*, pag. 194.

³⁹⁰ Así, ROMEO CASABONA, *ob.cit.*, pag. 193 ss., critica la incoherencia que supone revocar el consentimiento una vez emitido, tras generar unas razonables expectativas en el destinatario, planteando la posibilidad de recurrir al abuso del derecho o al principio de buena fe para impedirla. Sin embargo, con posterioridad acaba reconociendo la preeminencia del derecho fundamental a la integridad del sujeto revocante, a pesar de lo cual afirma la incoherencia de hacerlo y la conveniencia de al menos establecer una indemnización.

consiguiente facultad de recuperación del órgano o tejido que formaba parte de su cuerpo, en tanto permanezca suficientemente *identificado* en cuanto a su procedencia.

7.2.4.- La normativa sobre donación de material genético y las posibilidades de revocación del consentimiento y de reversión del mismo a los donantes:

¿Qué nos dice ahora la vigente regulación legal en relación a los actos dispositivos del material genético? Nos preguntamos a continuación sobre la donación o puesta disposición de gametos (no de preembriones, por entender que presentan una situación particular³⁹¹) y su conexión con el derecho constitucional a la integridad física, y la renuncia a la misma.

En principio, la renuncia al propio material genético, representada en la entrega de gametos masculino o femenino, está de nuevo mediatizada en la vigente Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de reproducción humana asistida, por el concepto de “donación”, en particular el realizado a favor de instituciones públicas y en menor medida privadas, pero siempre con fines altruistas.

Al respecto, GÓMEZ SÁNCHEZ³⁹², en relación a la antigua Ley de 1988, ha defendido la naturaleza contractual de la “donación” de gametos, y considera aplicable a dicha donación las reglas generales sobre vicio del consentimiento, y además estima que no hay inconveniente constitucional a la libre donación de gametos al no perjudicar la integridad física del sujeto. No obstante, más adelante la autora, en relación a la imposibilidad legal de la ley sobre la irrevocabilidad de la donación de gametos, salvo el caso excepcional en que el donante los requiera para sí, opina que existe un motivo posible de inconstitucionalidad, considerando que debe defenderse la postura mayoritaria de la doctrina favorable a la revocabilidad general, y la facultad de recuperar el “donante” los gametos y preembriones cedidos o entregados. Discrepa sin embargo la autora en cuanto a los argumentos dados (sobre todo, por PANTALEÓN). En concreto considera que el fundamento de la inconstitucionalidad de la norma que impide la libre revocabilidad, no se halla en el art. 10.1 CE, como sostiene PANTALEÓN, al no haber allí un derecho fundamental concretamente vulnerado, sino que la basa en que la norma restringe arbitrariamente la libertad personal del sujeto en cuanto a su derecho a la reproducción.

³⁹¹ En concreto, la particularidad proviene de que, al haberse utilizado gametos femenino y masculino, procedente de dos donantes distintos (normalmente, nos planteamos los supuestos en que no sean integrantes de la pareja que utiliza la técnica), la cuestión es más compleja, por cuanto el acto de revocación del consentimiento y de posible reutilización exigiría el consentimiento de ambos donantes, por lo que no se trata de un acto aislado de disposición o renuncia al derecho a la integridad (lo sería en su origen), sino mucho más difícilmente jurídicamente, máxime al haberse transformado el material genético en un preembrión.

³⁹² GOMEZ SANCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, pag. 101 ss., y pag.119 a 122.

Esta opinión nos pone sobre la pista del problema de la restricción a la libre revocabilidad del consentimiento, y la naturaleza de lo que sea “donación” de gametos.

Respecto de la naturaleza del consentimiento prestado al entregar el material genético, son muy interesantes las palabras de PANTALEÓN³⁹³ cuando, al tratar de la inconstitucionalidad de la donación de gametos, habla del derecho de autodeterminación de la persona, señalando que “una renuncia a dicho derecho fundamental, como la que conlleva una donación de gametos o preembriones irrevocable, no puede admitirse jurídicamente”.

Estamos plenamente conformes con las palabras de PANTALEÓN, en cuanto a su apreciación implícita de que la “donación de gametos” no puede ser calificada como un contrato, sino como un acto de renuncia unilateral. En esta dirección, MONTES PENADÉS³⁹⁴, aun reconociendo que los gametos masculino y femenino no pueden considerarse como “órganos”, entiende que debería aplicarse a ellos la disciplina legal sobre extracción de órganos; y en otro momento (pag. 195) defiende que la donación de gametos ha de ser revocable antes de que sean utilizados en una concreta operación de fecundación.

A nuestro juicio, la llamada “donación” de gametos sería ciertamente un acto de renuncia parcial al DF a la integridad física, por lo que, precisamente por tratarse de un derecho fundamental, siempre debe traer consigo la posibilidad de revocación, en tanto sea posible materialmente.

No cabe duda que esta argumentación debe ser completada con la idea de PANTALEÓN del principio de libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE, en cuanto no deben ponerse cortapisas a la libre revocación por el “donante”, pues de otro modo se coartaría o podría coartar ese libre desarrollo, en aquellos casos en que así lo decidiera ese sujeto, sin por ello limitarse a los supuestos de necesidad en los que parece pensar exclusivamente la norma. Al respecto, pueden existir otras múltiples razones, distintas de la anterior, por las que el sujeto podría querer replantearse su previa entrega del propio material genético (razones ideológicas o religiosas, de prevención futura, etc.).

Por su parte VIDAL MARTINEZ³⁹⁵ ha defendido, frente al término “donación”, el mejor término de “dación”, y a partir de la idea de que estamos ante derechos de la personalidad como regla irrenunciables e intransmisibles, ha negado el carácter negocial de la entrega

³⁹³ PANTALEÓN PRIETO, F., “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Nº 15, 1993, pag. 129 ss. (en concreto, pags. 135-137).

³⁹⁴ MONTÉS PENADÉS, V.L., “El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana”, en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco*, ed. Trivium, Madrid, 1988, pag. 176-177 y 195.

³⁹⁵ VIDAL MARTÍNEZ, J., *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida* (Coord. J. Vidal, J.I. Benítez Ortúzar y A.M. Vega Gutiérrez), Ed. Comares, Granada, 1998, pag. 90-91.

o cesión de material genético, siendo su finalidad únicamente la de enervar el ilícito que en otro caso supondría la utilización de estos bienes de la personalidad.

En relación ahora a la normativa vigente, en principio, la revocación del consentimiento no plantea problemas, porque es siempre posible en cualquier momento anterior a su entrega y posterior utilización.

Ahora bien, la cuestión es si es posible la revocación posterior a ese momento con posibilidad de reversión y recuperación del material genético por su originario titular.

A este respecto, la Ley vigente de 2006, en su artículo 5.2, sigue manteniendo el criterio de la antigua normativa de 1988, al señalar:

“2. La donación sólo será revocable cuando el donante precisase para sí los gametos donados, siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles. A la revocación procederá la devolución por el donante de los gastos de todo tipo originados al centro receptor”.

Esta norma, desde la perspectiva constitucional, resulta en parte discutible. Por un lado, a pesar de hablarse de “donación”, la cual desde la visión netamente patrimonialista de nuestro Código civil es considerada como irreversible (“irrevocable”) como regla, se admite por el contrario en la ley la reversibilidad posterior, y por tanto la recuperación del material corporal del que se había desprendido su titular.

Sin embargo, lo que ya resulta muy discutible, a la vista de la doctrina expuesta más arriba, es que se mantenga la revocación *condicionada a su necesidad*, excluyendo *otras posibilidades* que pudieran presentarse. Ello constituye un efecto derivado de una determinada y errónea visión del fenómeno de entrega de material genético, entendido como un mecanismo pensado sobre todo para proteger al destinatario inicial (el banco o centro de material genético) y final (el usuario de las técnicas), pero que ha dejado de atender la posición del sujeto cedente, quien lo que ha hecho ha sido desprenderse o renunciar parcialmente a su integridad proporcionando determinados elementos producidos por el propio cuerpo, en principio con una finalidad altruista. Lo cual no puede impedir que ese sujeto cambie de opinión y reclame la restitución, o al menos el poder de control, sobre su propio material.

No cabe duda de que este último debe ser el interés jurídicamente preferente, al afectar a un derecho fundamental y poder condicionar sustancialmente, de no acogerse la facultad revocatoria, su desarrollo futuro como persona. En cambio, los otros afectados ostentan *un interés mucho más remoto o indirecto, y desde luego sin ninguna base constitucional*, dado que además siempre pueden recurrir a los gametos facilitados por otros donantes o cedentes que no han revocado su consentimiento. No se trata tanto de cerrar la puerta al puro capricho del sujeto cedente, dado que parece poco probable que no haya una justificación razonable del mismo de retirar y recuperar el propio material genético entregado en su momento.

Por lo tanto, entendemos que debe defenderse en todo caso una interpretación muy amplia y flexible de lo que sea la expresión “cuando el donante precisase para sí los gametos donados”, que sea acorde con el hecho de tratarse de una manifestación del derecho fundamental mismo a la integridad física y, por tanto, al control de todo lo que provenga del propio cuerpo. Por lo tanto, no puede limitarse en la práctica a supuestos excepcionales de una posible esterilidad sobrevenida del o de la donante de gametos.

Precisamente por ello es por lo que no puede considerarse correcta técnicamente la calificación como contrato (de donación) la entrega o puesta disposición del material genético. La afectación directa de un DF como el de integridad física del sujeto cedente obliga a abrir la puerta a la revocación y reversión a favor de este último, hasta el punto de poder propiamente hablarse de un contrato de “donación”.

La otra condición incluida en la norma (“*siempre que en la fecha de la revocación aquéllos estén disponibles*”) resulta razonable desde un punto de vista puramente material, en cuanto no sólo excluye la recuperación de los gametos cuando ya haya sido utilizado a favor de terceros, sino también cuando, por algún motivo, se haya hecho imposible su restitución, por ejemplo, por problemas de identificación del material. Es decir, se excluiría también en los casos en que se haya hecho impracticable la identificación del material de origen corporal, por haberse mezclado o confundido con otros, y no sea posible su separación. Ello sin perjuicio de una posible indemnización al sujeto donante, si se demuestra que hubo negligencia, y se produjo un daño que pudiera ser irreparable.

Por último, entendemos dudoso el deber correlativo impuesto al donante que revoca su acto previo de cesión o renuncia, de efectuar pago o compensación al centro receptor por “*gastos de todo tipo*”, dado que puede de nuevo condicionar la decisión del sujeto a la hora de revocar el consentimiento prestado, ante la perspectiva de tener que abonar unos gastos muy elevados. Hay que partir siempre de la buena fe del sujeto donante, por lo que la compensación de gastos por revocación debe ser reducida al máximo para no impedir u obstaculizar el libre ejercicio del DF a través de la revocación.

CAPITULO 8: LA RENUNCIA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA **(I) LAS OBLIGACIONES DE ALIMENTOS Y SU RENUNCIA.**

INDICE:

8.1.- Introducción. La renuncia en el ámbito familiar: consideraciones generales. La renuncia en el ámbito de los alimentos. **8.2.- Los alimentos en la Constitución española.** **8.3.- Origen histórico y posible fundamento de la norma sobre irrenunciabilidad. Derecho comparado.** **8.4.- La irrenunciabilidad de los alimentos de los menores de edad:** 8.4.1.- Respecto del derecho de alimentos globalmente considerado. 8.4.2.- Respecto de las pensiones o prestaciones alimenticias/asistenciales concretas de los padres respecto de sus hijos cuando ya han vencido: 8.4.2.1.- Acto explícito de renuncia a las prestaciones alimenticias ya devengadas del menor por parte de sus representantes legales. 8.4.2.2.- Casos de no ejercicio continuado de la acción para reclamar pensiones alimenticias de los hijos menores por parte de sus padres o representantes legales. 8.4.2.3.- Conclusión. 8.4.3.- Otras situaciones. **8.5.- La renuncia a los alimentos por los alimentistas mayores de edad:** 8.5.1.- Alimentos entre cónyuges y posible renuncia. 8.5.1.1.- La renuncia a los alimentos entre cónyuges. Consideraciones generales. 8.5.1.2.- El modelo de los pactos o renunciaciones unilaterales a la pensión compensatoria. 8.5.2.- Alimentos entre padres e hijos mayores de edad, y entre alimentantes/alimentistas mayores de edad sin vínculo de filiación. 8.5.2.1.- Consideraciones generales. 8.5.2.2.- Explicaciones posibles para la irrenunciabilidad establecida en el artículo 151 C.Civil respecto de alimentistas mayores de edad. 8.5.3.- Los alimentos entre hermanos. **8.6.- Conclusiones sobre la renuncia en materia de alimentos y sobre el alcance del artículo 151 del Código Civil.**

8.1.- Introducción. La renuncia en el ámbito familiar: consideraciones generales. La renuncia en el ámbito de los alimentos.

Nos adentramos a continuación en el tratamiento legal de la posible renuncia unilateral, fuera ya del ámbito de los derechos fundamentales, en un campo cercano al de estos últimos, como es el de las relaciones familiares.

A partir de ahora, trataremos de trazar las posibles similitudes y diferencias entre los derechos subjetivos de naturaleza familiar, tales como el derecho de alimentos o figuras complejas como la filiación, la patria potestad o las instituciones tutelares, y los derechos fundamentales ya estudiados. En estos ámbitos, ha sido habitual también establecer, con base más o menos directa o indirecta en los textos legales, la imposibilidad de renuncia a tales derechos o potestades, por lo que merecen un examen más detenido y pormenorizado, para intentar extraer conclusiones globales sobre el juego de la renuncia unilateral fuera de las relaciones patrimoniales, por si hubiera algún hilo conductor entre todos ellos.

A diferencia de lo que sucede en otros ámbitos, como el de la filiación y la patria potestad y cargos tutelares, a los que nos referiremos en el capítulo siguiente, en materia de alimentos existe una norma específica como es el art. 151 CC que contiene un mandato legal de irrenunciabilidad de la obligación alimenticia en los siguientes términos:

Artículo 151. No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista deba al que ha de prestarlos.

Pero podrán compensarse y renunciarse las pensiones alimenticias atrasadas, y transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandarlas.

Son diversas las preguntas que suscita una tal norma al proclamar la irrenunciabilidad. Por ejemplo, las siguientes: ¿cuál es el fundamento de la irrenunciabilidad establecida en el artículo 151 C.Civil? ¿Qué sucede en este tema en otros ordenamientos jurídicos? ¿Está referida la norma a la irrenunciabilidad contenida en pacto, o incluye también la renuncia unilateral manifestada por sujeto mayor de edad con plena capacidad de obrar? ¿Se trata de una norma pensada para todas las obligaciones de alimentos, o debe ser especialmente referida a los alimentos de padres frente a hijos menores de edad? ¿Debe tener un tratamiento legal distinto la renuncia a los alimentos entre mayores de edad que respecto de menores de edad, con o sin patria potestad?

Para situarnos, quizás convenga exponer algunas de las posibles situaciones o coyunturas en las que puede presentarse una manifestación expresa o tácita de renuncia a los alimentos, por parte del sujeto titular, o de quien ostenta su representación legal. Así, respecto de los alimentos de menores de edad, es relativamente frecuente en la práctica que uno de los padres, en situaciones de crisis matrimonial, declare frente al otro, o incluso en sede judicial, su renuncia o voluntad de no seguir proporcionando alimentos al hijo o hijos comunes, ya sea como expresión de una voluntad individual, o en el seno de un acuerdo más amplio o complejo, como sería un convenio regulador o acuerdo asimilado³⁹⁶. Respecto de mayores de edad, es también imaginable en la práctica, y

³⁹⁶ Un ejemplo de lo que decimos se puede comprobar en la **Sentencia de la A.P. de Islas Baleares (Sección 3) de 21 de julio de 2000**, donde se analiza una renuncia de uno de los progenitores, llegando la sentencia a la conclusión de que se trata de un acto ineficaz, al tratarse la renuncia a los alimentos respecto del hijo menor de materia no disponible y existir una norma legal específica contraria a la renuncia como el art. 151 CC.:

“Disponen los artículos 92 y 93 del Código Civil que el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. El artículo 142 del expresado Cuerpo Legal señala que se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, comprendiendo también la educación e instrucción del alimentista; previendo un régimen para el derecho de alimentos que subsiste más allá de la mayoría de edad, mientras duren las necesidades de quien tiene derecho a ellas y las posibilidades del obligado a otorgar alimentos, salvo que concurra alguna de las causas de extinción recogidas en el artículo 152 del mismo Cuerpo Legal (Ley 11/1990 de 15 de octubre).

En orden a la fijación del importe de dicha pensión alimenticia, se impone señalar:

A) la *renuncia* de la madre a los alimentos de la hija no tiene ninguna trascendencia para la resolución del presente litigio al tratarse de una materia no disponible, pues es sabido que la deuda alimenticia es personal, intransferible, proporcional, irrenunciable e imprescriptible.

sucede con cierta frecuencia, que el alimentista pueda expresar una voluntad inequívoca y radical de no reclamar alimentos en el futuro a un pariente obligado, ya sea sobre todo un cónyuge (en caso de separación), ya sea un familiar próximo con quien se ha producido una ruptura total de los vínculos afectivos.

Quizás debamos empezar tratando brevemente los preceptos constitucionales en la materia, así como el origen histórico y comparado de esta norma, por si pudiera arrojar alguna luz sobre todas estas dudas.

8.2.- Los alimentos en la Constitución española:

El punto de referencia central en materia de alimentos contenido en nuestra Constitución es indudablemente el artículo 39.3 CE, el cual, después de disponerse que los poderes públicos aseguran la protección integral de la familia y de los hijos, así como de establecer el principio de libre investigación de la paternidad, como medida protectora de los hijos, sean menores o mayores (aunque sobre todo los primeros), añade una nueva disposición protectora en los siguientes términos:

“3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”

Como se comprueba, el tratamiento constitucional es diferente según se trate de hijos menores de edad, o mayores de edad, de modo que sólo los primeros gozarán de la máxima protección constitucional, mientras que los segundos dependerán de lo que establezca el legislador ordinario, el cual puede o no protegerlos, o imponer más o menos condiciones para hacerlo, según criterios de política legislativa de cada momento.

Por otro lado, no es claro el sentido de esta norma, ya que choca contra la mayoría de las incluidas en ese Capítulo I de la Constitución, dirigidas a imponer determinados mandatos de respeto o de actuación a los poderes públicos, y no a ciudadanos concretos, como aquí sucede.

Esta norma guarda cierto paralelismo con otros preceptos constitucionales de nuestro entorno, como el artículo 30 de la Constitución italiana³⁹⁷ o el art. 6 de la Ley

... Ponderando las expresadas circunstancias, estima este Tribunal que no procede compensar la pensión alimenticia con los desembolsos que deberá realizar el Sr. D., durante el tiempo en que la menor permanezca con el padre ni con los gastos de desplazamiento para el ejercicio del derecho de visitas, pero sí se estima que procede la reducción del importe de dicha pensión, que señala el Juez a quo en su Sentencia, y fijarlo en la suma de 40.000 pesetas mensuales”.

³⁹⁷ Dice el art. 30.I de la Constitución italiana: “Art. 30. Es deber y derecho de los padres mantener, instruir y educar a los hijos, incluso a los habidos fuera del matrimonio”.

Fundamental alemana³⁹⁸. Sin embargo, estas últimas normas constitucionales inciden especialmente en la consideración de “derecho” (junto al de deber) de las facultades paternas. Mientras que nuestra Constitución lo hace *desde la perspectiva exclusiva del “deber” de los padres de prestar asistencia a los hijos*.

En este sentido, dicho precepto de la Constitución española puede interpretarse como una norma que establece el orden de proceder a alimentar y prestar asistencia a los menores, concluyendo que serán los padres, y no los poderes públicos, quienes ostentan el deber prioritario de asistencia. Si se piensa bien, esta posible lectura de la norma resulta dudosa, habida cuenta que no se puede derivar de ella un específico mandato de subsidiariedad del Estado y las Administraciones públicas en la asistencia a los menores. De hecho, la reciente regulación del Ingreso Mínimo Vital (en adelante, IMV) es la prueba evidente de que esa no puede ser la interpretación, al haberse antepuesto en buena medida la asistencia pública a la familiar³⁹⁹.

También puede interpretarse el art. 39.3 CE como una suerte de *garantía institucional de los alimentos paternos respecto de los hijos menores*, en el sentido de que el legislador debe siempre disponer y regular los alimentos de los padres sobre sus hijos durante la minoría de edad, dejando en manos del legislador ordinario de cada momento el decidir si regula o no alimentos a favor de los hijos mayores o de otros parientes o allegados, y en caso de hacerlo, si lo hace con equiparación o no a los alimentos de los menores.

Pero, al margen de lo anterior, también la norma puede ser interpretada desde otra perspectiva, no la del deber de los padres, sino *la del correlativo (e implícito) derecho de los hijos menores a reclamar y obtener alimentos a sus padres*. Este derecho debería ser concebido como un derecho a conseguir alimentos de los padres, *en todo momento, sin condiciones*, y –esto es lo que nos puede interesar ahora- *sin posibilidad de exclusión o de renuncia a ellos*.

Ello nos debe llevar, sola y exclusivamente por lo que concierne a los alimentos de los hijos menores por parte de sus padres, a defender la indisponibilidad genérica, la incredibilidad e incluso también la irrenunciabilidad de este derecho, como un mandato que tendría su origen en la propia Constitución. De ese modo, ni siquiera en ejercicio de funciones de representación, podrán nunca los padres -y mucho menos terceros tutores- tomar la decisión de renunciar o no reclamar tales alimentos, cuando tengan bajo su custodia a hijos menores de edad.

Hay que recordar a este respecto que ésta de la renuncia no se encuentra entre las facultades derivadas de la patria potestad en el CC vigente, donde está excluida la representación del menor en aspectos personalísimos (art. 162 CC) y la renuncia en

³⁹⁸ Señala dicho artículo: “Artículo 6 [Matrimonio y familia] (1) El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal. (2) El cuidado y la educación de los hijos son el derecho natural de los padres y el deber que les incumbe prioritariamente a ellos. La comunidad estatal velará por su cumplimiento”.

³⁹⁹ Sobre el tema, vid. nuestro artículo titulado “Primeras reflexiones sobre Ingreso Mínimo Vital”, *Diario La Ley*, 1 de julio de 2020.

materia de alimentos, sin o con autorización judicial (art. 166 CC: “derechos de que los hijos sean titulares”), normas a las que luego nos referimos con más detenimiento.

En suma, la existencia de un derecho constitucional de los hijos menores a obtener asistencia, incluida por supuesto la alimenticia, de sus padres, puede perfectamente ser la base de la actual irrenunciabilidad del derecho de alimentos (no la utilizada por el legislador del Código civil cuando la incluyó originariamente en el texto del art. 151 CC, sin haber sido modificado desde entonces), en el sentido de que *nadie* (ni los padres o tutores del menor ni obviamente el propio menor), *en ningún circunstancia, debe poder renunciar al derecho de alimentos de los menores de edad.*

Esta lectura conectaría así con la norma codificada del art. 151 CC, en cuanto que sería un precepto específica y primordialmente destinado a aclarar un aspecto fundamental en los alimentos de los padres respecto de menores (y sólo de ellos), ordenando la total irrenunciabilidad del deber de alimentos mientras sean menores, aparte de los otros límites allí señalados.

Es más, ese mandato constitucional podría llevar a una reinterpretación de las normas sobre alimentos en su traslación a los menores de edad, en el sentido de *hacer inviable incluso la posible renuncia a las prestaciones ya vencidas* de alimentos, en el sentido de hacer nulas de pleno derecho tanto las renunciaciones (expresas o tácitas) por parte de los representantes legales del menor a reclamar prestaciones alimenticias ya devengadas, como la posibilidad de pactar esas mismas renunciaciones sobre las sumas ya devengadas y vencidas a cambio de otro tipo de contraprestaciones (renunciaciones contenidas en pactos transaccionales o novatorios, del tipo que sea). Ahora se desarrolla y argumenta esta idea.

Inclusive se podría llegar a defender, en una interpretación pro minore, si no de lege lata, sí cuando menos de lege ferenda, la imprescriptibilidad de las acciones de reclamación de pensiones alimenticias ya vencidas a favor de hijos menores, en casos en que sus progenitores no ejerzan esas acciones en representación de sus hijos, o renuncien tácitamente a ellas. Más exactamente, habría que defender que, durante la minoría de edad de los hijos, no debería correr el plazo prescriptivo, empezando a hacerlo a lo sumo a partir de su mayoría de edad, en el plazo hoy general de cinco años. Todo ello con base en el citado artículo 39.3 CE y en el principio general del interés preponderante del menor, derivado de la propia Constitución (art. 39.2 CE), conforme a los cuales se deberían releer las normas legales sobre prescripción, en cuanto orientadas a la efectiva tutela de los intereses de los menores, aquí, en el sentido de impedir que corran los plazos prescriptivos si no existe una posibilidad efectiva de ejercicio de los derechos de éstos, cuando sus representantes legales (por cualesquiera razones) no les defienden y no existe tampoco un defensor judicial designado que lo haga.

De este modo, se vendría a dar respuesta a un problema que se presenta en la práctica judicial, como es el hecho de que, con frecuencia, el progenitor custodio del hijo (casi siempre la madre), por razones diversas (ruptura traumática de la relación, malos tratos, deseo de desconectar totalmente con la otra persona), *deja pasar años sin reclamar en nombre de su hijo menor alimentos al otro progenitor*, y en un determinado momento se

plantea la reclamación retroactiva de todos los años en que no se ha cumplido la obligación alimenticia⁴⁰⁰.

En teoría, la prescriptibilidad de cinco años del art. 1966.1ª CC de las prestaciones de alimentos es aplicable no sólo a los alimentos entre parientes, ya mayores de edad, sino también a las de los menores. Sin embargo, muy probablemente el deber/derecho de alimentos de los hijos menores de edad debería tener, también en este campo -ya lo tiene en otros, como ha reconocido el propio Tribunal Supremo-, un *régimen jurídico diferente al de los alimentos a favor de los mayores de edad*, otorgándose un tratamiento especial también en materia de prescripción, y *asimismo, colateralmente, en materia de renunciabilidad a su reclamación por parte de los representantes legales del menor*, en el sentido de *negar cualquier posibilidad de renuncia expresa o tácita* (por ejemplo, por un posible no ejercicio) a los alimentos de los hijos menores, en acto de representación legal, o de “ejercicio” del deber general de asistencia, de los padres respecto de los hijos.

Se ha discutido si, aparte del deber constitucional de asistencia de los padres respecto de sus hijos menores, existe algún otro mandato constitucional en materia de alimentos. Al respecto, RIBOT IGUALADA ha afirmado que también el deber de socorro mutuo *entre los cónyuges* constituye una obligación *constitucional*, en cuanto que se trataría de uno de los elementos imprescindibles de la configuración legal de la institución matrimonial, sin el cual dejaría de ser reconocible a los efectos de la garantía institucional constitucionalmente establecida⁴⁰¹.

Sin embargo, aparte de que no hay en el art. 32 CE una referencia explícita a este deber de socorro en su perspectiva económica como un componente esencial del matrimonio, incluso aunque fuese cierto lo que sostiene, *no es parangonable en ningún caso al deber explícito impuesto constitucionalmente a los padres frente a sus hijos menores*, que debe tener un recorrido tanto a nivel constitucional como legal *mucho mayor y de más trascendencia jurídica*, como en parte se acaba de exponer. Como ha dicho MORENO-TORRES HERRERA⁴⁰², “...*la obligación de alimentos establecida a favor de quienes se encuentran en situación de necesidad es tan sólo una opción legislativa, un instrumento mediante el cual el legislador ordinario cumple el mandato constitucional de promover la solidaridad económica entre sus ciudadanos (art. 2 CI), pero un instrumento del que podría muy bien prescindir, a diferencia de lo que ocurre con el*

⁴⁰⁰ Sobre la poca frecuencia con que se inician reclamaciones de alimentos entre parientes en general, vid. MORENO-TORRES HERRERA, M.L., “Reflexiones sobre el deber de auxilio económico entre familiares”, Ponencia presentada con el mismo título en el Congreso internacional “La protección de las personas mayores: apoyo familiar y prestaciones sociales”, organizado por IDADFE y celebrado en Córdoba los días 7 a 9 de octubre de 2009. La ponencia está incluida en el Libro de actas del citado Congreso.

⁴⁰¹ RIBOT IGUALADA, J., “El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes”. *Anuario de Derecho Civil*. 1998, p. 1132.

⁴⁰² MORENO-TORRES HERRERA, M.L., *Las obligaciones de mantenimiento entre familiares*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, pag. 34.

*deber de mantenimiento de los hijos, que sí que tiene rango constitucional (art. 30. 1º CI y art. 29.3º CE) y no puede, por lo tanto, ser ignorado por las leyes*⁴⁰³.

8.3.- Origen histórico y posible fundamento de la norma sobre irrenunciabilidad.

Derecho comparado:

Como hemos avanzado, el artículo 151 CC, y la irrenunciabilidad allí contenida, son anteriores a la promulgación de la Constitución, lo que nos lleva a preguntarnos por el origen de este mandato legal, y si se cohonesta adecuadamente con los vigentes principios constitucionales.

Como señala PADIAL BALBÁS⁴⁰⁴, el artículo 151 del Código civil introdujo una novedad, respecto a la legislación anterior, al deslindar la renuncia, en sentido estricto, como desprendimiento voluntario de un derecho por parte de su titular, de la transmisión voluntaria del mismo a otra persona e, incluso de su compensación, *enumerando todas estas figuras por separado y, concediéndoles, por tanto, una entidad propia*; ya que, hasta ese momento, sólo se hacía referencia a la irrenunciabilidad del derecho a los alimentos, utilizándose dicho termino, en un sentido más amplio, como sinónimo de indisponibilidad. Antes de ese momento, dice la autora, bajo la única referencia legal al carácter irrenunciable del derecho a los alimentos, se pretendía impedir, no sólo la renuncia, sino, también, la transmisión o cualquier otro mecanismo que permitiera al alimentista desprenderse de su derecho, como sucedía con los antecedentes más inmediatos del Código civil (el artículo 73 del Proyecto de 1851, el artículo 100 del Proyecto de 1869 y el artículo 74 de la Ley de Matrimonio Civil), tal y como pone de relieve la doctrina del XIX; porque, la transmisión a una tercera persona de los alimentos, implicaría nada más y nada menos, que su renuncia.

Si acudimos a los antiguos comentaristas de nuestro Código civil, MANRESA fundamentaba la irrenunciabilidad del art. 151 CC (el cual sabemos que no ha sido derogado ni modificado desde 1889), y a pesar de la regla general de renunciabilidad de los derechos reconocidos en la ley del antiguo art. 4.2 del Título Preliminar, en la razón clásica de la imposición de los alimentos entre parientes, a saber, en que el derecho de alimentos es el medio que tiene el alimentista de conservar su existencia, lo que lleva a la

⁴⁰³ No obstante, sí se puede reconocer un dato común entre esos dos deberes de asistencia y socorro, y es el componente más complejo, que va más allá de lo puramente patrimonial, de ambos deberes legales en comparación con el resto de situaciones en las que surge un deber legal de alimentos, que se limita a lo estrictamente económico.

⁴⁰⁴ PADIAL BALBÁS, A. , *La obligación de alimentos entre parientes*, ed. Bosch, Barcelona, 1997, pag. 167.

irrenunciabilidad, así como a la admisión de la renuncia a los alimentos atrasados, al no ser ya estos últimos indispensables para la existencia⁴⁰⁵.

Desde luego, si esta ha sido la razón de fondo, en la medida en que, en la actualidad, la doctrina mayoritaria no encuentra en ese fundamento clásico la razón de ser de los alimentos, sino más bien en una idea genérica de *solidaridad familiar*, entonces perderá su razón de ser la regla legal de la irrenunciabilidad.

Pero sobre todo debemos tener en cuenta que, tras las reformas de familia del año 1981, ha cambiado sustancialmente la perspectiva, en cuanto se ha dado pie a que se produzca una neta separación entre los alimentos de los padres frente a sus hijos menores, y el resto de posibles alimentistas, lo cual seguramente debe tener efectos en materia de renunciabilidad o irrenunciabilidad a los alimentos, como ahora se expone.

Más recientemente, se ha dicho⁴⁰⁶ que el derecho de alimentos trasciende del mero interés personal para alcanzar a un interés general, de modo que no estamos ante un derecho individual sujeto a la libre disposición del particular, sino que existirá un interés público en su base, que puede jugar aun en contra del propio titular. A partir de ahí se termina defendiendo la irrenunciabilidad, en cuanto sería contraria al interés público la renuncia, de acuerdo con los límites del art. 6.2 CC.

A nuestro juicio, al margen de la errónea conexión que se establece con el art. 6.2 CC, en cuanto los límites señalados en esta norma son difícilmente aplicables a las renunciaciones unilaterales, no se percibe dónde reside el interés público de los alimentos, hasta el punto de llegar a justificar su anteposición a la voluntad del propio sujeto renunciante mayor de edad y plenamente capaz⁴⁰⁷.

Hoy existe una clara línea de separación entre el tratamiento legal de la posición jurídica de los menores de edad, en cuanto sujetos especialmente protegidos y cuyo interés se antepone al de cualquier otro sujeto, sea en sus relaciones con sus padres o con otros parientes o terceros, por un lado, y el de los hijos o parientes mayores de edad, por otro. Como hemos visto, existe al respecto un mandato constitucional en el art. 39.2 CE, que debe ser conectado con el apartado 3 del mismo artículo, para conformar un régimen jurídico específico de los alimentos y asistencia de los menores de edad, *separado*

⁴⁰⁵ MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español*, Tomo I, Ed. Reus, Madrid, 1956. pag. 845 y 847

⁴⁰⁶ MARTINEZ RODRIGUEZ, N. “Últimas tendencias en derecho de alimentos”, en *Nuevos conflictos del Derecho de familia* (Coord. E. Llamas Pombo), Ed. La Ley, Getafe, 2009, pag. 654-656.

⁴⁰⁷ Cuestión diferente es el posible perjuicio de tercero que una renuncia específica, respecto de un determinado alimentante, pudiera ocasionar a otros sujetos, tales como el alimentante o alimentantes subsidiarios, quienes sin duda deben tener derecho a ser protegidos frente a una actuación del alimentista que en estos casos podría considerarse contraria a la buena fe así como abusiva. Ahora bien, ese perjuicio de tercero, siendo sólo hipotético, y no susceptible de producirse en el cien por cien de los casos de renuncia, ni siquiera en un pequeño porcentaje, no puede estar en la base de la *ratio* del mandato legal de irrenunciabilidad del art. 151 CC.

*netamente del régimen legal de los mayores de edad. Y de hecho el legislador ordinario se ha ocupado en las últimas reformas del Código civil en materia de familia, de resaltar esa diferenciación, aunque como sabemos no lo ha conseguido de forma plena*⁴⁰⁸.

Debemos igualmente tener en cuenta que *los cambios recientes con la introducción del Ingreso Mínimo Vital (IMV) a favor de las personas necesitadas de asistencia, muy probablemente ha traído consigo una modificación del espíritu legal, en el sentido de facilitar aún más la consideración de que el derecho de alimentos sea renunciable, en aquellos casos en que se trate de un alimentista mayor de edad, en la medida en que éste, de forma consciente y deliberada, no quiera o no tenga intención de ejercitar el derecho concedido legalmente frente a sus parientes con capacidad económica para ello, pudiendo optar por reclamarlos del Estado; o bien ya reciba previa asistencia económica del Estado a través del IMV, o de otras instituciones públicas.*

Finalmente, se ha insistido desde un amplio sector doctrinal en la conexión entre indisponibilidad e irrenunciabilidad, como si ésta fuera un apéndice necesario o consecuencia inevitable de aquélla⁴⁰⁹.

Frente a esta postura, cabe recordar que la indisponibilidad no responde propiamente a una cuestión de interés público, sino a un efecto inevitable de la condición personalísima de los alimentos, en cuanto concedidos legalmente sólo a determinados sujetos en función de sus estrechos vínculos parentales, como derivación de la idea de solidaridad familiar. En cambio, la hipotética irrenunciabilidad, en los casos en que proceda, no responde a ese mismo fundamento de la indisponibilidad. Es decir, no por el hecho de que ser un vínculo personal ello debe traer como consecuencia inexorable la irrenunciabilidad, en la medida en que la renuncia posible no conlleva en ningún caso su cesión a tercero.

Como ha dicho AULETTA en Italia⁴¹⁰, la regulación de los alimentos, en cuanto a la protección del alimentista, se mueve entre dos intereses del mismo sujeto, a saber, el interés a un tenor de vida digna y el interés a la libertad, de ahí que la tutela del primero de ellos se concreta en la fórmula del derecho subjetivo, que estará en manos del titular, haciendo así viable el respeto a la libertad del necesitado.

Ello debe llevar, entre otras cosas, a reconocer la eficacia de cuando menos algunos actos, no ya dispositivos, sino abdicativos, del alimentista mayor de edad, en ejercicio de su poder de autodeterminación vital, que le puede llevar a no reclamar o no ejercitar su

⁴⁰⁸ Debe aclararse que, tras la reforma de la discapacidad por la Ley 8/2021 de 2 de junio, *no puede ya defenderse una posible equiparación* o aplicación analógica del régimen de alimentos de los menores de edad, *a los hijos mayores con discapacidad*, dada la equiparación legal generalizada de estos últimos a los mayores de edad, y la desaparición del principio de protección especial de los incapacitados hasta ahora existente en nuestra legislación. Sobre el tema vid. RUIZ-RICO RUIZ, J.M., *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio (Dir. Y. de Lucchi López-Tapia y A.J. Quesada Sánchez)*, Ed. Atelier, Barcelona, 2022, pag. 94 ss..

⁴⁰⁹ A título de ejemplo, MARTINEZ RODRÍGUEZ, N., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Ed. La Ley, Madrid, 2002, pag. 166 ss.

⁴¹⁰ AULETTA, T.A., *Alimenti e solidarietà familiare*, Ed. Giuffrè editore, Milano, 1984, pag. 29.

derecho de alimentos frente al pariente o parientes teóricamente obligados, aun existiendo una situación de necesidad actual en el primero. La cuestión radica en determinar qué alcance tiene o puede tener la autonomía del sujeto mayor de edad a la hora de fijar los efectos y consecuencias de esa hipotética renuncia, en todas las posibles modalidades.

Desde el punto de vista del **Derecho comparado**, debemos citar el vigente art. 447 del **Codice italiano**, el cual, curiosamente, no se refiere en ningún momento, al menos de manera explícita, a la irrenunciabilidad del derecho de alimentos. Así, afirma:

“Art. 447. Inammissibilità di cessione e di compensazione.

Il credito alimentare non può essere ceduto.

L'obbligato agli alimenti non può opporre all'altra parte la compensazione, neppure quando si tratta di prestazioni arretrate.

Como puede comprobarse, el legislador italiano no relaciona la renuncia o no renuncia a los alimentos, con la posible disposición o cesión a terceros, como hace nuestro Código civil, lo cual resulta interesante. Es decir, en dicha norma se excluye la posibilidad de disposición del derecho alimentos mediante cesión a terceros, así como la posible compensación, incluso aunque se trate de prestaciones atrasadas, esto es, ya vencidas, *pero no se hace lo propio con la renuncia, a la cual no se alude*. Esto implica, por lo pronto, una clara desconexión entre indisponibilidad e irrenunciabilidad, en cuanto que los alimentos no son disponibles ni cedibles, pero ello no arrastra ni lleva a la irrenunciabilidad de los mismos, como tradicionalmente se había dicho respecto de los derechos de la personalidad en general (lo que ya se puso en tela de juicio más arriba).

En este sentido, AULETTA⁴¹¹ señala que la justificación de la indisponibilidad e incedibilidad de los alimentos reside en asegurar el efectivo destino de la suma fijada al sostenimiento del alimentado, lo que lleva a una idea de protección del interés del alimentante en que la carga económica que se le impone se dirija justamente a cubrir las necesidades de aquél, y no de otros sujetos, reiterando además el carácter personalísimo del derecho como base de la indisponibilidad. *En cambio, la renuncia no responde a una razón de tutela del alimentante*, y por tal motivo el autor citado defiende la posibilidad, en ejercicio de la libertad de elección del sujeto, de renunciar a los alimentos por la voluntad unilateral de renunciante, renuncia que a su juicio debería sin duda tener efectos plenos respecto de la situación que dio lugar a dicha renuncia, no siendo viable la posible revocación de la misma, mientras las circunstancias sigan igual (*rebus sic stantibus*), y no distinguiendo entre la renuncia al derecho a alimentos futuros y al crédito ya actual derivado de su ejercicio⁴¹². Eso sí, defiende AULETTA que la renuncia no tendrá

⁴¹¹ AULETTA, *Alimenti ... cit.*, pag. 164 ss.

⁴¹² En dirección contraria parece manifestarse AMATO, V., “Gli alimenti” en *Trattato di Diritto Privato (Dir. Da P.Rescigno)*, 4, *Personae e Famiglia III*, Ed. UTET, Torino, 1982, pag. 843, quien, a pesar de afirmar que no es fácil explicar por qué no se podría renunciar al crédito una vez que juez se haya pronunciado sobre el deber y cuantía de los alimentos, sostiene, en cuanto a los efectos de ese posible acto de renuncia, el alimentista no pierde el derecho de exigirlos en un momento sucesivo, en tanto la la

virtualidad respecto de una nueva situación de necesidad distinta de la precedente que dio lugar a la renuncia, y lo justifica, además de en la norma que prevé la revisión de los alimentos, en el derecho de alimentista a una existencia digna, que está en la base de los alimentos⁴¹³.

A pesar de lo anterior, es usual en la doctrina italiana traer a colación la irrenunciabilidad como característica de su regulación de los alimentos, aunque con matices según las distintas opiniones⁴¹⁴. Así, hay quien como PROVERA⁴¹⁵, incide en que la renunciabilidad a los alimentos aparece vetada *implícitamente* en el art. 447 del *Codice*, al prohibirse la intransmisibilidad del crédito alimentario, y lo basa en que aquí se tutela un interés que no es sola y exclusivamente del alimentando, ya que con la renuncia se podrían a su juicio perjudicar gravemente los intereses generales de la sociedad a la que pertenece. Pone el autor sobre la mesa la cuestión de la renuncia a los alimentos y el posible perjuicio de terceros, aquí el Estado, tema al que ya hemos aludido y luego nos referimos con mayor profundidad.

Debe advertirse sin embargo que, en Italia, están netamente separados los alimentos derivados de las obligaciones de mantenimiento entre padres e hijos menores y entre cónyuges, por un lado, y la obligación de alimentos general, por otro. En este sentido, como dice MORENO-TORRES HERRERA⁴¹⁶, el derecho de alimentos regulado en los arts. 432 ss. del *Codice* italiano no se refiere a los alimentos a menores de edad, cuya sede se halla en el art. 30.I de la Constitución italiana, y luego es desarrollado en otros artículos del Código italiano, pero en una sede distinta a la de los alimentos.

Por el contrario, el **BGB alemán** mantiene el criterio tradicional de prohibir la renuncia a alimentos futuros. Así lo señala el & 1614 del BGB, cuando afirma que “*Für die Zukunft kann auf den Unterhalt nicht verzichtet werden*”. Por su parte, el & 1613 BGB establece el criterio de que, respecto de prestaciones pasadas, sólo puede obtener alimentos a partir de la reclamación, dirigida al sujeto obligado a prestarlos, de información sobre ingresos y patrimonio, lo que remite a un requerimiento extrajudicial.

necesidad permanezca o resurja, pudiendo ser reclamado de nuevo, surgiendo un nuevo crédito, incluso idéntico al renunciado con un nuevo plazo prescriptivo.

⁴¹³ Por lo demás, AULETTA, *ob.cit.*, pag.168, señala que, distinta de la renuncia, es la mera actitud pasiva de inercia del alimentando acerca del ejercicio del derecho, afirmando que el ordenamiento no priva a la persona en estado de necesidad de la libertad de elección sobre el ejercicio de la pretensión alimentaria, ni pueden ejercitarla los acreedores de éste en su lugar.

⁴¹⁴ Vid. al respecto la interesante exposición de la doctrina italiana en MORENO-TORRES HERRERA, *ob.cit.*, pag. 88 ss, quien señala sus dudas de que exista una conexión directa entre la prohibición de cesión del art. 447 italiano, y la irrenunciabilidad de los alimentos.

⁴¹⁵ PROVERA, G., *Degli alimenti, in Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Arts. 433-448, Bologna-Roma, 1972, pag. 164.

⁴¹⁶ MORENO-TORRES HERRERA, *Las obligaciones de mantenimiento ... cit.*, pag. 61-62.

Respecto del fundamento de la prohibición de renuncia al mantenimiento para el futuro, autores como KOHLER⁴¹⁷, REINKEN⁴¹⁸ o HAMMERMANN⁴¹⁹ destacan que, la prohibición pretende evitar la manipulación en detrimento de terceros, sea como medio de *tutela del Tesoro público*, el cual tendría que pagar las prestaciones sociales en caso de renuncia frente a los parientes, sea como medio de *tutela de las restantes personas obligadas subsidiariamente* a prestar asistencia, si se renuncia a los alimentos frente al obligado principal.

Como puede comprobarse, existe en Alemania una razón de protección de los terceros que se verían afectados directa o indirectamente por la renuncia frente al pariente más próximo, lo que remite a la idea de evitar una renuncia que vaya en perjuicio de terceros tal como prevé el art. 6.2 CC español. Pero ello conduce justamente a preguntarse acerca de la viabilidad de la renuncia si no se produce tal perjuicio (por ej., por renunciar frente a todos los posibles alimentantes, o sin subsiguiente reclamación frente a éstos), o si la propia ley admite el carácter principal y no subsidiario de la asistencia pública. Sobre ello se vuelve más adelante.

Por otro lado, no es seguro que la prohibición del BGB de renuncia a alimentos para el futuro se refiera a todo tipo de renunciaciones, pudiendo limitarse a los pactos de renuncia, por razones de inmoralidad o aprovechamiento de las circunstancias del futuro alimentista, dado que la doctrina alemana hemos visto que insiste en la idea de evitar manipulaciones en daño de terceros, las cuales seguramente provengan de acuerdos más que de actos unilaterales.

La conclusión que se puede extraer de este apartado es que la irrenunciabilidad no es una consecuencia necesaria e inexorable del carácter personal del derecho-deber de alimentos, en cuanto precisamente por ser personal, debe estar supeditado a la voluntad específica y puntual de su titular de querer ejercerlo o de renunciar a su ejercicio. No puede privarse al titular del derecho de alimentos, ya mayor de edad y en ejercicio de su libertad, de la decisión de no ejercitar de forma continuada o de renunciar de forma expresa a reclamar alimentos, actuales o incluso futuros, del sujeto o sujetos hipotéticamente obligados.

Del mismo modo, cabe concluir que la irrenunciabilidad de los alimentos no guarda relación directa con la característica de la indisponibilidad, dado que hemos visto cómo en otros ordenamientos jurídicos es posible separar indisponibilidad e irrenunciabilidad,

⁴¹⁷ KOHLER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Familienrecht (&& 1297-1921)*, München, 1978, pag. 1277.

⁴¹⁸ REINKEN, *Bamberger Roth Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3 && 1297-2385, 3º edic.*, München, 2012, pag. 781.

⁴¹⁹ HAMMERMANN, en *ERMAN Bürgerliches Gesetzbuch II*. 14ª edic. actualizada, Köln, 2014, pag. 4778, quien además considera que también se tutela a los propios beneficiarios del derecho de mantenimiento.

imponiendo lo primero pero permitiendo, con más o menos alcance, lo segundo, esto es, la facultad de renuncia.

8.4.- La irrenunciabilidad de los alimentos de los menores de edad:

De acuerdo con lo señalado anteriormente, parece poco dudoso que el legislador del Código civil, en el artículo 151 CC, *está pensando en los alimentistas menores de edad cuando trata de la irrenunciabilidad.*

Antes hemos avanzado que el fundamento de la obligación de la alimentos, así como el régimen jurídico, debe ser distinto en las relaciones entre padres e hijos menores, donde rige el art. 39.3 CE, que es el que seguramente fundamenta esa irrenunciabilidad, y en las relaciones entre alimentantes y alimentistas mayores de edad, cuyo fundamento y régimen jurídico se encontraría fuera de la Constitución, y regulado en el Código civil. Ahora examinaremos si esa primera idea se confirma, y si todas o algunas de las conclusiones referidas a los primeros pueden ser o no trasladables, en materia de renuncia, al resto de situaciones, de alimentantes parientes que no sean progenitores, o progenitores pero respecto de hijos mayores de edad.

No obstante, conviene tratar con algo más detenimiento el sentido del art. 39.2 CC.

Existen en las Constituciones –la española no es una excepción– preceptos en la parte dogmática de las mismas, que recogen no ya derechos fundamentales, sino determinados principios (como los de los artículos 39 y siguientes sobre “Principios rectores de la política social y económica”), donde se enmarca el art. 39.2 CE, que recogen, no ya derechos propiamente, sino en algunos casos deberes a cargo de los poderes públicos o la Administración, y excepcionalmente a cargo de unos concretos sujetos particulares. Esto nos lleva a preguntarnos si, a la vista de esta norma del art. 39.3 CE, los menores ostentan *un derecho* considerado como *fundamental* a ser alimentados (prioritariamente) por sus progenitores o padres durante su minoría de edad (como mínimo). En la medida en que fuese así, se podría concluir en la existencia de un trato legal diferenciado entre los alimentos de padres frente a hijos y los demás supuestos de alimentos legales (entre cónyuges, entre parientes más lejanos, etc.).

Sea o no cierta esta posibilidad, creemos que es incuestionable que el deber de alimentos de padres respecto de hijos menores exige a nivel legal, y por mandato de la Constitución, un tratamiento diferenciado del deber general de alimentos entre parientes de los arts. 142 ss. CC.

Por lo pronto, conviene referirse a la propia jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, que ya ha iniciado en sus últimas sentencias este camino diferenciado, aunque seguramente aún no ha concluido, a nuestro juicio⁴²⁰.

⁴²⁰ Al respecto, procede recordar la doctrina jurisprudencial contenida en la **STS de 30 de septiembre de 2016**, la cual incide en las diferencias entre los alimentos a menores derivados de la filiación y la patria

Del mismo modo, la doctrina civilista viene ya sosteniendo la existencia de un régimen jurídico distinto para los alimentos de los hijos menores, en relación al resto de sujetos con derecho de alimentos o asistencia. Así, se defiende, entre otras notas diferenciadoras, la de que respecto de menores, no juega el requisito de la necesidad, ni tampoco que la insuficiencia de ingresos del alimentante pueda justificar el cese o no nacimiento de la obligación frente al hijo menor, así como la inaplicación a los alimentos a menores de las causas generales de cesación de la obligación de alimentos del art. 152 C.Civil⁴²¹.

Ello lleva a *la pregunta de si uno de esos aspectos diferenciadores de los alimentos de los menores de edad debe ser el del tratamiento legal de la renuncia a los alimentos.*

En abstracto, no cabe duda de que no es lo mismo el caso de un sujeto que siendo mayor de edad y de forma plenamente consciente, renuncia a reclamar alimentos frente a un determinado o determinados parientes (ya ostente o no una necesidad actual de percibirlos, o se haga anticipadamente y de forma genérica a exigir alimentos en el futuro), que aquel caso de alimentos a favor de un hijo menor de edad cuando uno de sus progenitores, ostentando su representación legal, se planteara, por ejemplo, la posibilidad de renunciar a reclamar del otro progenitor/padre (o de otro sujeto obligado) los alimentos de ese hijo.

Ahora bien, en materia de alimentos, siguiendo aquí la norma del art. 151 CC, pueden darse dos situaciones: la primera, la renuncia al derecho genérico a los alimentos durante la minoría de edad; la segunda, la renuncia a prestaciones ya devengadas a favor del menor de edad.

8.4.1.- Respecto del derecho de alimentos globalmente considerado:

Para este primer caso de renuncia al genérico derecho de alimentos durante la minoría de edad, es evidente que *debe regir aquí la irrenunciabilidad total, en el sentido de prohibirse que los padres o representantes legales de un menor puedan, en ejercicio de*

potestad, y los alimentos a favor de mayores de edad o a cargo de otros parientes, citando a tal efecto otras sentencias anteriores de la Sala, como las 29 de septiembre de 2016 o la de 27 de noviembre de 2013. Esta jurisprudencia recalca “...*la diferente naturaleza existente entre la obligación de alimentos entre parientes y la obligación de alimentos a los hijos manifestada claramente, entre otros extremos, en el distinto fundamento que las informa, el valor referencial del principio de solidaridad familiar, por una parte, frente a un contenido básico derivado directamente de la relación de filiación (39.3 CE y 110 y 111 de Código Civil), la diferente finalidad y contenido de las mismas, el sustento básico para salvaguardar la vida del alimentista, por una parte, frente a una asistencia mucho más amplia que se extiende, estén o no estén en una situación de necesidad, a los gastos que ocasione el desarrollo de la personalidad de menor*”.

A pesar de estas afirmaciones, muy razonables, acaba manteniendo el TS la extensión del art. 148 CC y la exigencia de reclamación judicial, al ámbito de los alimentos a hijos menores por sus padres, cuestión ésta que debería reconsiderar en el futuro la Sala Primera del Tribunal Supremo.

⁴²¹ Así, a título de ejemplo, MARTINEZ RODRÍGUEZ, “Últimas tendencias ...” cit., pag. 684-685.

*sus funciones representativas, y durante su minoría de edad, renunciar a su derecho de alimentos*⁴²².

Ello será así, desde luego, tanto *frente a ambos padres*, en el caso de que exista un representante legal distinto de estos, como *de un padre frente al deber de alimentos del otro*. También incluso cuando se trate de los alimentos del menor de edad frente a otros posibles parientes alimentantes (aunque respecto de estos últimos la cuestión se torna algo más dudosa, como luego se expone).

Lo cierto es que, tratándose del derecho de los hijos a obtener y reclamar alimentos de sus padres legales, ya sea por parte de otro representante legal (v.gr., un tutor o un defensor judicial, cuando pudiera tener que intervenir) frente a los dos padres, ya sea de un padre frente al otro, es incuestionable que no debería admitirse la renuncia genérica a dicho derecho. *El fundamento se hallaría en la norma constitucional del art. 39.3 CE, al imponer el deber de los padres de asistir a sus hijos durante su minoría de edad, que no debe poder encontrar ninguna excepción legal, y mucho menos a través de una renuncia global o genérica al derecho de alimentos futuro.*

Esto será así sean cuales sean las circunstancias, esto es, ya sea a través de cualquier tipo de acuerdo o negocio bilateral, como también mediante un acto de renuncia unilateral del o de los dos progenitores/padres. En esta dirección, la irrenunciabilidad del art. 151 CC no sería sino una manifestación del mandato del art. 39.3 CE en el concreto ámbito de la asistencia de los menores por sus padres⁴²³.

8.4.2.- Respetto de las pensiones o prestaciones alimenticias/asistenciales concretas de los padres respecto de sus hijos cuando ya han vencido:

Aquí la cuestión, sin embargo, resulta más problemática.

⁴²² Así se ha manifestado recientemente MORENO-TORRES HERRERA, M.L., *Estudios sobre el deber de alimentos*, ed. Reus, 2021, Capítulo V, pag.81 ss., quien afirma que sería conveniente que la ley declarase expresamente la naturaleza irrenunciable e indisponible del derecho de mantenimiento del hijo menor de edad.

⁴²³ No obstante, es posible encontrar alguna sentencia, como la **S. A.P. de Tarragona de 24 de febrero de 1992**, en la que se otorga relevancia jurídica al hecho de que la madre hubiera renunciado a alimentos de su hijo frente al otro progenitor, en cuanto no necesariamente conlleva una privación de la patria potestad de este último:

“El hecho de que el padre no haya pasado pensión al hijo habiéndose acordado así en las medidas provisionales anteriores a la sentencia de separación, no lleva directamente a la conclusión de grave incumplimiento legal ni de abandono del hijo en todos los órdenes, que capacitaría para la adopción de una medida de tal envergadura como lo es la privación de la patria potestad, en el presente supuesto es preciso atender, por un lado, a que así se pactó al tiempo de la separación por renuncia de la esposa a percibir prestación económica alguna por este concepto y, por otro, la capacidad económica del señor G. ha sido durante el tiempo transcurrido desde la separación hasta el presente muy escasa y precaria, dado que sólo consta que haya conseguido trabajo de una forma muy esporádica...”

En este supuesto existe un problema adicional, y es el de que, en situaciones donde no hay una crisis de la pareja (suponiendo que padre y madre sean convivientes), o donde padre y madre nunca hayan convivido y exista sólo una filiación paterna y materna ya determinada legalmente, *no habrá una pensión o prestación alimenticia previamente fijada ni judicial ni convencionalmente, concretada en dinero o en otras formas de cumplimiento*, no habiendo tampoco una regulación específica sobre cómo cumplir este tipo de obligación, y a partir de qué momento y condiciones se puede entender vulnerado por los padres el derecho actual del hijo a sus alimentos.

Esa falta de regulación legal específica da lugar a *graves problemas*, como el del *momento en que se puede entender exigible la obligación/prestación*. Esa falta de regulación sobre este punto es lo que ha llevado al Tribunal Supremo a resolver *la aplicación (suponemos que analógica) de las pautas fijadas en el art. 148 CC a los alimentos de los menores de edad*, se hallen o no bajo la patria potestad de sus padres.

Esta solución, consistente en establecer que haya reclamación judicial para poder hacer exigible la prestación a favor de los hijos menores, igual que sucede con el resto de casos de obligación de alimentos, *es muy criticable, en cuanto que supone un grave perjuicio de los intereses de los hijos menores*, al hacer inviable en principio la reclamación de alimentos atrasados con anterioridad a la fecha de la demanda judicial de los mismos (recordemos que esos menores dependerían siempre de la mayor o menor diligencia de sus representantes legales a la hora de reclamar)⁴²⁴.

Esta jurisprudencia se aplicaría a los casos en que no se ha concedido una pensión dineraria concreta del hijo menor, pensando casi siempre en casos de crisis matrimoniales, pero lo cierto es que tiene también plena aplicabilidad a todo tipo de situaciones, incluidas aquellas en que los padres no viven ni han vivido nunca juntos, y, por ejemplo, se ha determinado la filiación paterna de forma sobrevenida (por sentencia o por reconocimiento), pero sin haberse ejercitado aún una pretensión en vía judicial de fijación de alimentos a favor del hijo⁴²⁵.

⁴²⁴ A este respecto, DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., “Obligación de alimentar a los hijos menores y la limitación temporal de la misma por aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 148 del Código Civil (Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 301/2014, de 16 de diciembre)”, en *Derecho Privado y Constitución*, Nº 29, Enero-diciembre 2015, pag. 13-17, sostiene que “...el párrafo inicial del artículo 148 CC no solo es preconstitucional, sino que forma parte de la redacción originaria del Código, pensada para un tiempo en el que no existían acciones de filiación, ni procedimientos de divorcio (supuestos en los que mayoritariamente se plantea el problema objeto del Auto), ni principios como el del interés superior del menor revestían la trascendencia que presentan en la actualidad como criterios de interpretación de las normas”, y llega a la conclusión de que en los alimentos que surgen de la filiación y la patria potestad, “... no puede alegarse ese desconocimiento previo que preside la interpretación de algunas reglas de los alimentos entre parientes”.

⁴²⁵ MARIN GARCIA DE LEONARDO, T., *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad*, Ed. Tirant lo Blanch Univ. Valencia, 1999, pag. 20, expone el caso hipotético de una separación de hecho en la que los cónyuges hubieran regulado insuficientemente las consecuencias de la separación, de modo puede

Concretado el asunto objeto de análisis, y trasladándonos a los casos de posible renuncia a prestaciones alimenticias ya generadas, hayan sido o no determinadas judicialmente, hay que especificar que *pueden a su vez darse dos posibilidades*: una, que el padre o padres (o el representante legal del menor) *decidan no reclamar* durante meses, o incluso años, los alimentos del hijo respecto del otro progenitor o de ambos, a pesar de ser ya exigibles, con lo que se estaría produciendo de hecho una renuncia continuada a los alimentos del hijo; y dos, que se produzca *un acto explícito de renuncia a las prestaciones ya devengadas*.

8.4.2.1.- Acto explícito de renuncia a las prestaciones alimenticias ya devengadas del menor por parte de sus representantes legales:

Empezamos por este último supuesto, es decir, el de la renuncia expresa a los alimentos ya devengados a favor de un hijo menor de edad cuando son los padres los alimentantes.

Esta situación parece, en abstracto, es decir, omitiendo la regulación legal vigente, poco probable en nuestro Ordenamiento jurídico. Así, parece en principio inusual la posibilidad de plantear una decisión de renuncia explícita a los alimentos del hijo, tomada por ambos o por uno de sus representantes legales (padres), ya que esa decisión implicaría, por lo pronto, *un conflicto de intereses* donde estaría excluida la facultad de decidir en nombre y representación del hijo menor representado (art. 162,II.2º CC).

No obstante, debemos ser conscientes, en primer lugar, de que *el artículo 151.II CC admite, al menos formalmente, la renuncia a prestaciones alimenticias atrasadas, sea quien sea el alimentista, por lo que quedaría incluido en principio el supuesto de renuncia cuando se trata de alimentistas menores de edad que ostentan un pensión/prestación de alimentos frente a su o sus progenitores/padres*.

Además, y en segundo lugar, como ya se dijo más arriba, no hay duda de que, *en la práctica, no son pocos los casos en que uno de los progenitores -el que se ocupa de su custodia, casi siempre- toma la decisión unilateral de no reclamar los alimentos al otro progenitor obligado, haciéndolo en claro daño de los intereses del menor, sobre la base de muy diversas causas o motivaciones más o menos personales, y así lo manifiesta de forma expresa y documentada* (también el caso en que simplemente no reclame, el cual analizamos más abajo)⁴²⁶. Ello nos induce a dar una respuesta adecuada a esta cuestión,

resultar que existiera, frente al otro cónyuge, un derecho de crédito del que utilizó sus propios bienes para hacer frente a los gastos devengados en el ejercicio de la potestad doméstica para cubrir las necesidades del hijo menor de edad, por lo que entiende que habría que dar cobertura a estas situaciones, a pesar de la irretroactividad de efectos de la interposición de demanda reclamando alimentos.

⁴²⁶ Ejemplos de lo que decimos los podemos encontrar en la **sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (sección 3ª) de 21 de julio de 2000**, donde se analizaba un supuesto de renuncia de la madre a los alimentos de la hija menor contenida en acuerdo, donde la Sala declaraba que *“En orden a la fijación del importe de dicha pensión alimenticia, ,.... la **renuncia** de la madre a los alimentos de la hija no tiene ninguna trascendencia para la resolución del presente litigio al tratarse de una materia no disponible, pues es sabido que la deuda alimenticia es personal, intransferible, proporcional, irrenunciable e imprescriptible”*.

y determinar si el art. 151 CC, en cuanto a la renunciabilidad de las prestaciones alimenticias atrasadas, es decir, las ya devengadas de una u otra forma, y no pagadas, permite que esas pensiones puedan ser renunciadas formal y explícitamente por los padres o representantes legales de los hijos.

A este respecto, la respuesta deber ser radicalmente negativa, y contraria a la aplicabilidad de la renuncia a los alimentos del menor en cualquier tipo de situaciones, inclusive en estos supuestos de renuncia a pensiones alimenticias atrasadas y ya devengadas.

Así, cuando se den esas situaciones de renuncia expresa a alimentos por uno o por ambos progenitores, a través de acuerdo o de acto unilateral, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que se generará seguramente *un conflicto de intereses* entre el hijo menor y su representante legal renunciante, entendido el conflicto en sentido amplio, que determinaría la exclusión de las funciones representativas del o de los progenitores para ese acto con base en lo dispuesto en el artículo 162.2º CC, *haciendo nula e ineficaz la renuncia.*

En relación a la nulidad de pleno derecho de los actos representativos de los padres respecto de sus hijos menores, procede traer a colación el criterio establecido por la conocida **Sentencia del Tribunal Supremo 5 de febrero de 2013**, referido al caso del menor futbolista que quiere cambiar de club de fútbol, donde se declaraba ineficaz el acuerdo previo suscrito por su padre con el primero de los clubes, y se viene a adoptar la solución de la nulidad de pleno derecho de todo o parte del contrato suscrito por el representante legal (aquí, la posible renuncia expresa a los alimentos). Esta solución se adopta por encima y al margen de la posible exigencia de responsabilidad por negligencia

O bien en la **sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22) 25 de mayo de 2001**, que señala:

“En esta tesitura es claro que concurren los requisitos legales para la pretendida privación de la patria potestad, así solicitada y con lo que el padre –sin vinculación alguna su manifestación a los efectos de esta medida, por lo anteriormente señalado–, mostró su conformidad lo que así se acordará, y ello al margen, claro está, de la subsistencia de las obligaciones paternas, en cuanto a que los deberes de alimentos, educación, etc., de los padres respecto de los hijos deben ser observados por aquéllos, sea cual sea la situación conyugal y las medidas que se adopten en torno a la patria potestad, disponiendo al efecto, el art. 110 del CC que el «padre y la madre aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y prestarles alimentos».

Por ello, y por cuanto los alimentos por su naturaleza y condición no pueden ser objeto de transacción o pacto (art. 1814 del CC, propios de los hijos, arts. 1810 y concordantes del mismo texto legal) ni cabe en torno a ellos renuncia o transmisión (art. 151 del CC) no procede sino mantener lo acordado en torno a la pensión alimenticia fijada en la sentencia de instancia, siendo inoperante a tales efectos, y por lo anteriormente expuesto, la expresa renuncia de la madre, y todo ello, sin perjuicio, claro está, de su efectiva reclamación en fase de ejecución de sentencia, razones todas por las que, con estimación del recurso planteado, procede revocar la sentencia apelada, acordando así la privación de la patria potestad de don José Luis J. P. respecto de su hija Andrea”.

al padre o padres, que no siempre resulta ser la solución más acorde a los intereses del menor, dado su carácter incierto y la probabilidad de no poder obtener nunca reparación (plena) por el daño sufrido.

En segundo lugar, *la representación legal paterna no debería alcanzar nunca a facultar al padre representante legal a tomar una decisión que afectaría a la persona misma del hijo menor*, por lo que quedaría fuera de sus funciones representativas esta posibilidad de renuncia⁴²⁷. Estaríamos, pues, ante una *renuncia a un derecho personalísimo* como el de los alimentos y asistencia, derecho que se encuentra encajado dentro de los deberes propios de la patria potestad del arts. 154 CC (o de la paternidad en general: art. 110 CC), y que sería *equiparable a estos efectos a un derecho de la personalidad del art. 162.II.1º CC*, de modo que no tendría cabida la representación legal.

En este sentido, es posible que los arts. 110 y 154 CC, al regular el deber genérico de asistencia de los padres e incluir el deber de alimentar a los hijos menores, estén introduciendo un matiz de fondo en la diferenciación con los alimentos a mayores, a saber, que *el deber de asistencia frente a los hijos menores no tiene un carácter meramente patrimonial*, como los arts. 142 ss. CC, sino que debería tener una calificación de *derecho* (deber de los padres) *de naturaleza personal*⁴²⁸. Al enmarcarse dentro del deber general de asistencia, todo hace pensar en que debe tener unas características diversas de los alimentos generales, que llevaría a pensar que estamos *ante normas con una fuerza mucho mayor que la de los artículos 142 ss., hasta el punto de llevar a su irrenunciabilidad general*.

Pero es que, además, incluso partiendo de los alimentos como un derecho de contenido patrimonial, considerando aquí también los supuestos de alimentos incluidos dentro de la más amplia función de la patria potestad, cuyos contenidos sabemos que no son propiamente patrimoniales, existe base suficiente en la propia normativa codificada sobre patria potestad, como es **el artículo 166 CC**, que en relación a los posibles actos de renuncia de los padres *proporcionaría en todo caso apoyo incuestionable a esta improcedencia de la renuncia a alimentos ya devengados*, en contraposición a la específica disposición del artículo 151 CC.

En efecto, el art. 166.I CC expresamente señala que *“Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares...”*. Estamos ante *una prohibición general*

⁴²⁷ Por lo demás, habría una cierta contradicción entre el hecho de que la ley otorgue la representación legal a unos padres, siendo ésta una de las manifestaciones propias de la patria potestad, y facultarles para renunciar, en nombre de sus hijos, justamente a uno de los deberes que se derivan de esa misma patria potestad.

⁴²⁸ En esta misma línea, MORENO-TORRES HERRERA, M.L., en libro *Estudios sobre el deber de alimentos*, en su Capítulo IV, , pag. 74, afirma: *“Así pues, aunque los alimentos de los hijos son, como el resto de las prestaciones alimenticias, una obligación de naturaleza patrimonial, una prestación de contenido económico, presentan un rasgo particular que debe inspirar a los aplicadores del Derecho. Este rasgo es su carácter instrumental, el hecho de ser su finalidad última procurar el desarrollo de la personalidad del menor”*.

de renuncia de cualquier derecho del que sea titular un menor de edad, sea de contenido patrimonial o personal, prohibición que tiene toda lógica, por cuanto lo usual y absolutamente normal es que una renuncia a un derecho o expectativa del menor, no beneficie nunca o prácticamente nunca a un menor.

Es cierto que la norma citada se refiere a la posibilidad de renuncia con posible autorización judicial y siempre que sea “*por causas justificada de utilidad o necesidad*”. La posible concurrencia de estas condiciones, en casos de renuncia de derechos del menor, parece muy poco probable que se dé, de modo que es muy posible que quede limitada a la otra parte de la norma, esto es, a los actos dispositivos de enajenación o gravamen de bienes inmuebles o de bienes o derechos de cierto valor⁴²⁹. Pero desde luego, parece muy poco probable que alcance a los casos de renuncia por los padres al derecho de alimentos o asistencia general del menor del art. 154 CC (o el del art. 110 CC, en caso de no haber patria potestad), tanto en cuanto a la renuncia global, como evidentemente a las prestaciones concretas de alimentos atrasadas.

A ello hay que unir el dato de que el Código civil en el citado artículo 166 considera como *excepcionales* los pocos casos explícitos de renuncia de derechos *de contenido patrimonial* de los menores en los que estaría permitida su decisión por parte de los padres, exigiendo controles legales importantes, como sucede, por ejemplo, con la repudiación de la herencia deferida al hijo, caso en el que se exige en todo caso autorización judicial (art. 166.II CC).

Conviene concluir por último señalando que, en todo caso, esa posible decisión de renuncia *sería siempre y en todo caso perjudicial para los intereses del menor, por lo que debería descartarse automáticamente*. Teniendo en cuenta que ese interés es el criterio guía en toda la regulación de la filiación y la patria potestad, *no debería admitirse en ningún caso la licitud de un acto de renuncia a las prestaciones alimenticias devengadas a favor del hijo menor*. Desde luego, tanto si ello sucede mediante un acto de renuncia unilateral efectuado por el representante legal, como incluso mediante un acuerdo de índole transaccional o novatorio suscrito entre el padre y un tercero, o entre los dos padres,

⁴²⁹ La doctrina no ha profundizado demasiado en esta cuestión. Cabe no obstante recordar que DIEZ-PICAZO, L., “Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, *A.D.C.*, enero-marzo 1982, pag. 19, sostiene que la renuncia de derechos del menor (sin distinguir entre unas u otras) y las disposiciones a título gratuito de bienes de éstos constituyen el ámbito siempre impedido a los padres como representantes del hijo.

Frente a ello, LINACERO DE LA FUENTE, M.A., *Régimen patrimonial de la patria potestad*, Ed., Montecorvo, Madrid, 1990, pag. 216-221, considera viables las renunciaciones gratuitas o abdicativas, unilaterales, con las condiciones del art. 166 CC, señalando que en materia de tutela se permite al tutor renunciar con autorización judicial conforme al antiguo art. 273.3 CC. Entendemos preferible la tesis negadora, de modo que, a lo sumo, lo que estaría autorizando el art. 166 CC serían básicamente las renunciaciones contenidas en acuerdos o negocios bilaterales o plurilaterales, en cuanto acuerdos habitualmente transaccionales o de fijación, donde sí se exigirían esos dos controles de la citada norma (constancia de la utilidad o necesidad y autorización judicial). No así en las renunciaciones unilaterales, que deberían quedar fuera del campo de la norma y por tanto fuera de la capacidad representativa paterna.

o por parte de los representantes legales del menor distintos de los padres (tutor o defensor judicial).

Es decir, y en conclusión, *las razones que abonan en teoría la renunciabilidad de pensiones alimenticias atrasadas o ya devengadas del art. 151 CC seguramente no deberían entrar en juego en el caso analizado de los menores de edad.*⁴³⁰.

8.4.2.2.- Casos de no ejercicio continuado de la acción para reclamar pensiones alimenticias de los hijos menores por parte de sus padres o representantes legales:

Todo esto que hemos mantenido respecto de los actos de renuncia explícita a las pensiones alimenticias ya devengadas, consideramos que *debería ser igualmente aplicable a los casos antes señalados en que el progenitor titular de la guarda decida, por las razones que sean, **no reclamar** al otro progenitor los alimentos que le correspondería pagar al hijo o hijos comunes menores de edad, o bien los casos en que el representante legal (tutor, defensor judicial) decida no reclamar a ambos padres los alimentos del menor representado, y deje pasar mucho tiempo antes de hacerlo*⁴³¹.

En estos casos, no puede sensatamente otorgarse relevancia jurídica a esa hipotética inactividad, por lo que debe ser equiparada la situación a todos los efectos a los supuestos de renuncia explícita, sin que por lo demás se pueda considerar aplicable a estos casos el

⁴³⁰ Ello al margen de cuál deba considerarse la verdadera intención o *ratio* del legislador al promulgarse el art. 151 CC, que bien pudiera ser la de referirse a la irrenunciabilidad de la obligación de alimentos entre padres e hijos menores de edad. A este respecto, MORENO-TORRES HERRERA ha dicho lo siguiente: *“Es difícil, a la vista de preceptos como los citados, mantener con todas sus consecuencias la afirmación de que este régimen jurídico no es aplicable al deber de los padres de mantener a los hijos menores de edad. De ahí que el TS haya afirmado, no que dicho régimen no rige para el caso de los menores de edad frente a sus progenitores, sino tan sólo que no es “integralmente aplicable”. Y es que todo indica que, a diferencia del legislador italiano, que redactó el capítulo dedicado a los alimentos con plena consciencia de que no estaba regulando el deber de asistencia económica de los padres frente a sus hijos menores de edad, el legislador español pensaba, entre otros, justamente en ese supuesto”.*

⁴³¹ Sobre la posible equiparación entre renuncia (expresa) y no reclamación, PADIAL BALBAS, *ob.cit.*, pag. 168, afirma que *a la renuncia explícita y tajante a los alimentos, debería asimilarse la falta de ejercicio del derecho, ya que, también supone dejación del mismo*. No obstante, la autora advierte que, sin embargo, el Código civil contradice esta opinión, ya que, al establecer, el primer párrafo del artículo 148, que los alimentos no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda, presupone la necesidad de reclamarlos judicialmente, como veremos, si el deudor no los prestase voluntariamente, dado que, a pesar, de la existencia del derecho, desde que concurre el estado de necesidad, el alimentante sólo deberá satisfacer obligatoriamente los que el alimentista necesite desde el ejercicio del derecho. Estas afirmaciones pueden ser correctas respecto de los alimentos a favor de mayores de edad, pero seguramente no respecto de alimentistas menores frente a sus padres, donde jugarían otros principios, de modo que, aun cuando no ejerciten los padres o representantes legales el derecho de alimentos de su hijo menores, frente al otro progenitor, o frente a ambos, debe ser aplicable el mismo régimen jurídico que la renuncia explícita, esto es, la idea de irrenunciabilidad a todos los efectos y con todas sus posibles consecuencias.

plazo prescriptivo del art. 1966 CC y las pautas generales de la prescripción. Más abajo se analiza esta última cuestión.

Estamos hablando de un menor de edad, con nula o escasa capacidad de discernimiento, cuya voluntad es suplida legalmente y de forma total por su representante legal, quien tomará las decisiones en su lugar. *Al no haber otra alternativa que actuar a través del representante legal*, es claro que *una hipotética inactividad de éste, ya sea fruto de una decisión deliberada y sopesada, o ya de una actuación impulsiva y caprichosa, no debe poder a la postre resultar perjudicial al hijo menor.*

Aquí no habría, como en el caso de la renuncia expresa a las pensiones alimenticias atrasadas, una declaración de voluntad *recognoscible* que pudiera ser declarada nula de pleno derecho, sobre la base de las normas y principios antes señalados. Aquí estamos ante una conducta de inactividad, que no es seguro que sea (al menos no siempre) una renuncia implícita o tácita, expresada mediante el no ejercicio continuado de la facultad de reclamar extrajudicial o judicialmente el derecho de alimentos que corresponde al hijo.

Debe reconocerse que no es fácil plantear la posible ineficacia *de un no acto*, ni siquiera aunque se pudiera -que es difícil- considerar como un acto de renuncia tácita, lo cual es difícil por cuanto podría no ser propiamente un acto totalmente concluyente e inequívoco.

Debemos, por tanto, plantear, aunque sea mínimamente, la cuestión de fondo sobre la naturaleza jurídica de esa “inactividad continuada”.

Desde nuestro punto de vista, la inactividad continuada en la reclamación de alimentos del menor por parte de su representante legal debe ser examinada caso por caso, para decidir, sobre la base de las pruebas existentes, si se trata de una renuncia tácita o derivada de hechos concluyentes, o no. Las circunstancias del caso pueden hacer pensar que, aun cuando no haya una manifestación explícita de renuncia a las pensiones alimenticias o a la asistencia genérica del progenitor/padre, sí que pueden existir otros hechos fehacientes, o incluso documentos de otro tipo, que permitan equiparar esas conductas a una verdadera renuncia tácita a los alimentos. En tales casos, a nuestro juicio, debería ser posible solicitar judicialmente, en el momento o trámite que sea, la declaración de nulidad de pleno derecho de esa conducta tácita de renuncia.

En aquellos otros casos en que no exista base probatoria suficiente para constatar una renuncia tácita o por hechos o actos concluyentes, nos habremos de remitir al examen de la conducta continuada de abstención del representante legal del menor, por si una reclamación posterior de los alimentos, pasado o no el teórico plazo legal de prescripción, pudiera implicar la aplicación de la doctrina de los propios actos en general como cauce de oposición del hipotético alimentante demandado. Dicho de otro modo, debemos de preguntarnos: ¿hasta qué punto resultará vinculante jurídicamente para el patrimonio del menor representado una inactividad continuada de su representante legal en la exigencia de alimentos del menor frente al posible alimentante demandado, en cuanto pudiera implicar una imposibilidad de conseguir las prestaciones de alimentos ya vencidas como

consecuencia de la aplicación al representante legal del menor de la doctrina de los actos propios?

Como ya dijo en su momento DIEZ-PICAZO en la comparación entre renuncia tácita y actos propios, el efecto de estos últimos no consiste en la pérdida del derecho o de la facultad, como sucede con la renuncia, sino en la inadmisibilidad de su ejercicio en un determinado litigio y en unas determinadas circunstancias, sobre la base de unos datos objetivos, y sin prejuzgar la suerte de futuras pretensiones⁴³². Según el autor, aquí, en los actos propios, no hay propiamente una voluntad de extinguir el derecho, ni el conocimiento del derecho.

El traslado de estas ideas al campo de la inactividad continuada en la reclamación de alimentos del menor por su representante legal se torna complicada. En primer lugar, porque en esas situaciones, lo usual es que ese representante siempre tenga *conocimiento* del derecho que corresponde a su representado, por ser un aspecto básico derivado de la patria potestad (art. 154 CC) o de la relación de filiación (art. 110 CC), tras haberse determinado su filiación con su conocimiento y haber adquirido las facultades paternas ex art. 154 CC. Además, es muy probable que esa inactividad, aun no siendo clara en su orientación o finalidad, sí que denote en sí misma una implícita intención de no reclamar.

Dicho más claramente, el hecho de no exigir los alimentos al alimentante ya obligado a prestarlos, habiendo normalmente el conocimiento previo del derecho a exigirlos por parte del progenitor, difícilmente permitirá llegar a otra conclusión que la de que no hay intención de hacerlo, lo que llevará casi automáticamente a calificar su conducta como una renuncia seguramente tácita, *por silencio*. Por lo tanto, serían muy excepcionales los supuestos en que la inactividad no suponga renuncia tácita, cuando menos derivada del silencio, entendido en el sentido positivo de querer abstenerse de demandar.

Vistas estas consideraciones, no cabe sino aplicar las mismas consecuencias que a la renuncia explícita a prestaciones alimenticias ya devengadas, esto es, *la de su nulidad de pleno derecho*, por los mismos argumentos más arriba expuestos.

Téngase en cuenta, como argumento adicional, que, como ha sido dicho⁴³³, no es propiamente “derecho (deber) de alimentos” lo que concierne a la asistencia de los padres respecto de sus hijos menores, sino un deber de mantenimiento, el cual, por tener un alcance mayor y más amplio, debería tener un régimen jurídico diferente del general de los arts. 142 ss. CC. En este sentido, parece que *el tratamiento legal de las conductas abdicativas de los representantes legales de los menores de edad*, en cualquiera de sus posibles situaciones, *no debería ser el mismo que para los restantes sujetos*, sino que debería estar presidido por el principio de interés prevalente del menor, respecto de cualquier otro interés en juego.

⁴³² DIEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1963, pag. 164-165.

⁴³³ MORENO-TORRES HERRERA, *Las obligaciones de mantenimiento... cit.*, ..pag. 61 ss.

Todo lo anterior serían consecuencias derivadas del mandato constitucional del art. 39.2 CE, donde viene establecido este principio, así como del contenido en el art. 39.3 CE, cuando impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad, lo que, en buena medida, lleva o debería llevar a la prohibición implícita y absoluta de renuncia en este campo, *sea por vía directa, o sea también por vía indirecta, como sería mediante la no reclamación continuada en el tiempo por parte del representante legal del menor.*

La irrenunciabilidad del derecho de los menores a la asistencia económica y de otro tipo de sus padres debe traer consigo una relectura de las normas aplicables, para separarlas netamente de las de los alimentos entre parientes de los arts. 142 ss. C.Civil.

En esta dirección, no tiene ninguna lógica que sea completamente ineficaz y nula una renuncia *explícita* de los padres/representantes legales a las pensiones atrasadas de los hijos menores, por prohibirla tanto el art. 151 CC como los propios preceptos legales en materia de patria potestad (art. 162 y 166 CC), y sin embargo pueda hipotéticamente llegar a ser eficaz en Derecho y producir efectos frente al menor *una conducta de inactividad continuada* que a la postre produciría el mismo efecto que aquélla. En la medida en que la primera esté excluida, debe suceder exactamente igual con cualquier otro cauce para conseguir las mismas consecuencias jurídicas.

Los supuestos de no ejercicio continuado del derecho de alimentos/asistencia del hijo menor por parte de su representante legal plantean, sin embargo, algún problema adicional, como el del juego de la revocación de la decisión. Es decir, supongamos que el progenitor custodio, para no tener relación futura con el otro, decide unilateralmente no reclamar alimentos a favor del hijo menor, y pasa el tiempo. ¿Hasta qué punto su decisión, no constatada de forma fehaciente en un documento de renuncia -que como hemos dicho sería un acto nulo de pleno derecho-, implica una decisión inamovible? ¿No sería posible deshacer en algún momento esa decisión, por cambio de las circunstancias que llevaron al progenitor a no activar el derecho de su hijo menor, a través de su ejercicio ulterior?

Sin duda, debería ser posible, pero no tanto por tratarse de una revocación de una renuncia previa (tácita o implícita), sino porque, además de aplicársele el mismo régimen jurídico que a las renunciaciones explícitas (la nulidad de pleno derecho), se pueda entender que no había una decisión definitiva, sino provisional, en el sentido de hacer perfectamente válida la decisión, ahora ya sí expresa, de reclamar *ex novo* los alimentos para el hijo, inclusive con plena eficacia respecto de las prestaciones atrasadas y no reclamadas en su momento. Estas últimas dependerán siempre de la adecuada actividad probatoria del reclamante, en el sentido de acreditar las necesidades del hijo (dado que podría tener fuente propia de alimentos), y su cobertura total (o no) por parte del progenitor ahora reclamante, no siendo de su cargo la totalidad de las mismas⁴³⁴.

⁴³⁴ Esto que decimos puede ser aplicable a aquellos casos excepcionales en que la conducta reiterada de inactividad no puede ser equiparada a una renuncia tácita, en los términos que más arriba se señalaron.

8.4.2.3.- Conclusión:

La idea que se defiende de la irrenunciabilidad en todo caso (más exactamente, de la nulidad de la renuncia efectuada), por los padres o representantes legales, de las pensiones alimenticias atrasadas o devengadas, en cualquiera de sus formas y manifestaciones, debería quedar reforzada con toda una batería de medidas legales (de criterios interpretativos) que tutelasen adecuadamente los derechos asistenciales del hijo menor.

Así, resulta imprescindible dejar ya bien sentado que las prestaciones alimenticias y asistenciales en general de los padres respecto de sus hijos menores *se deben devengar y ser exigibles de forma automática e inmediata, con la sola determinación legal de la filiación, matrimonial o no matrimonial*, sin esperar a que haya una reclamación judicial que las haga exigibles conforme al art. 148 CC (ni siquiera valdría una reclamación extrajudicial, como sucede en el Derecho catalán), en contra de la línea de lo que viene manteniendo, erróneamente a nuestro juicio, el Tribunal Supremo, desde la sentencia de 30 de septiembre de 2016.

Con todos los respetos, no creemos de recibo que se pueda considerar una “sorpresa” la reclamación retroactiva de prestaciones alimenticias, proporcionales a la capacidad del progenitor incumplidor en relación a la del cumplidor, *cuando existe una previa determinación legal de la filiación*, derivada del matrimonio mismo, o del reconocimiento de la filiación, o incluso de una resolución judicial firme declarándola (en la que sin embargo no se hubiera reclamado el pago de alimentos, lo cual es perfectamente imaginable, y hasta frecuente en la práctica judicial). *Todos estos hechos son conocidos (aunque quizás no siempre queridos) por el progenitor, quien por tanto no puede declararse sorprendido por su obligación de asistencia, por lo que el fundamento esgrimido jurisprudencialmente para aplicar el art. 148 CC cae totalmente por su base.*

Así pues, en esa línea progresiva de separación y diferenciación entre alimentos en general y alimentos de los hijos menores por sus padres, *el artículo 148 CC no debe ser aplicado en modo alguno a este último supuesto*, de modo que se podrían reclamar prestaciones económicas en concepto de alimentos/asistencia al hijo menor, correspondientes a *períodos anteriores a la fecha de la reclamación judicial*⁴³⁵.

De hecho, en la Propuesta de Código civil elaborada en el ámbito de la Asociación de Profesores de Derecho civil se prevé una excepción a la regla de la irretroactividad de los alimentos. El número 2 del art. 240-9 de dicha Propuesta establece que “*En el caso de los alimentos a los hijos menores pueden solicitarse los anteriores a la reclamación judicial*

⁴³⁵ Vid. al respecto RUIZ-RICO RUIZ, J.M., *Los procesos de filiación. Cuestiones civiles y procesales derivadas de su aplicación en la práctica de los Tribunales (director)*, Ed. Tecnos, Madrid, 2019, pag. 218 ss.

o extrajudicial, salvo que el deudor desconociera su paternidad. En este último caso se abonarán desde la reclamación judicial”.

Como vemos, se propone la inaplicabilidad del criterio jurisprudencial, al considerar que no hay sorpresa que merezca tutela del progenitor alimentante, en cuanto que, desde el momento que conoce su paternidad, ya no puede alegar ignorancia ni por tanto sorpresa, por lo que debe cumplir su deber de alimentos frente a su hijo menor. La confusión se introduce al señalar en ese último inciso del referido artículo que se abonarán desde la reclamación judicial, sin especificar si se refiere a la reclamación judicial *de la paternidad, en un proceso de reclamación de filiación*, aunque no se demanden alimentos en el mismo, o si se trata de *una reclamación judicial específica de alimentos*, con lo que, si fuera esto último, a la postre se estaría manteniendo el mismo criterio clásico, haciendo irrelevante toda la novedad señalada respecto de reclamar los alimentos anteriores a la reclamación en tanto el alimentante conozca su paternidad.

Pero es que, además, habría que ir más allá de esta propuesta, y defender, si no la imprescriptibilidad de las prestaciones alimenticias ya devengadas o atrasadas des hijos respecto de sus padres, sí al menos establecer legalmente *de lege ferenda* la previsión de que el plazo de prescripción para reclamar alimentos generados durante la minoría de edad, además de ser susceptibles de reclamación, *no empiecen a correr sino a partir de la mayoría de edad, como se prevé en la ley en algunos otros supuestos legales (vid. arts. 137 o 140 CC)*. Estamos pensando sin duda en los casos en que los representantes legales del menor no reclamasen el pago de las pensiones atrasadas, o en general no ejercitasen en vía extrajudicial ni judicial el derecho del menor representado a obtener asistencia alimenticia y de otro orden.

Es más, incluso *de lege lata*, no debemos descartar interpretar el artículo 1966.1 CC en el sentido de *aplicarlo exclusivamente a los alimentos a favor de los parientes mayores de edad, en cualquiera de sus posibilidades*, pero en ningún caso a los alimentos de los menores de edad, cuyo plazo sería el general del art. 1964 CC, pero *ejercitable razonablemente desde que el beneficiario pudo verdaderamente ejercitarlo*.

Así, en una interpretación adecuada de esta exigencia del art. 1969 CC (“desde el día en que pudieron ejercitarse”), quedarían fuera, y no empezaría a correr el plazo prescriptivo, las pensiones o prestaciones de los hijos menores frente a sus padres.

Ello debe ser así a pesar de la dicción del artículo 1933.I del Código, cuando establece que *“Los derechos y acciones se extinguen por la prescripción en perjuicio de toda clase de personas, incluso las jurídicas, en los términos prevenidos por la ley”*, y que *“Queda siempre a salvo, a las personas impedidas de administrar sus bienes, el derecho para reclamar contra sus representantes legítimos cuya negligencia hubiese sido causa de la prescripción”*.

Parece lo más lógico que, *siendo ilícito y nulo* como hemos visto *cualquier acto de renuncia* de los alimentos a que tiene derecho *un menor*, efectuado por su representante legal, no pueda afectarle el mandato legal del citado art. 1933 CC. Así, la remisión de la

norma a la responsabilidad de sus representantes legales no constituye una solución en muchos casos, como ya se vio, por cuanto es posible que exista *un alto nivel de precariedad económica de ese representante* (piénsese en la madre que decide no reclamar), que *puede hacer inviable para el hijo ya mayor reclamar una compensación por su negligencia*, aparte de la dificultad de demostrar esa negligencia misma, y sin olvidar lo irreal e improbable de que un hijo reclame a su madre o padre los daños causados por su falta de reclamación.

Parece mucho más sensato, en aplicación del principio de primacía del interés superior del menor, interpretar la normativa sobre prescripción de forma favorable al mismo, haciendo que el plazo prescriptivo de la acción para reclamar los alimentos vencidos no corra sino a partir de la mayoría de edad del sujeto beneficiario⁴³⁶. Entenderlo de otro modo supondrá una tergiversación del espíritu legal de la regulación de los menores de edad, cuyo interés es prioritario a cualquier otro, aquí el padre/madre alimentante que conoce su deber de asistencia respecto de su hijo menor de edad⁴³⁷.

8.4.3.- Otras situaciones:

⁴³⁶ Es más, probablemente deba plantearse en general la posible inconstitucionalidad de la interpretación y aplicación del art. 148 CC a los alimentos debidos a los hijos menores de edad, tal como la está haciendo hasta la fecha el Tribunal Supremo, por contravenir el mandato del art. 39.3 CE. Esa aplicación del art. 148 CC produce como resultado que por parte del legislador ordinario y de los Tribunales se estará limitando un derecho constitucionalmente reconocido a los menores de edad, sin los límites adicionados por la jurisprudencia.

En todo caso, debemos propugnar que el art. 148 CC sea objeto de una interpretación por parte de los tribunales, para hacerla acorde con este mandato del art. 39 CE y también con el principio del interés superior del menor, de manera que, al menos, debería interpretarse que, en el caso de menores de edad, baste cualquier tipo de reclamación, sea judicial o extrajudicial. Esto es lo mínimo exigible en caso de que finalmente se siga manteniendo por los tribunales esta dudosa aplicación del art. 148 CC a los alimentos debidos a los menores de edad.

⁴³⁷ En esta línea, el **Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1ª de 3 de noviembre de 2011)** ha mantenido la inaplicabilidad del plazo prescriptivo de 5 años, no ya a las pensiones de alimentos de los hijos menores cuando no fueron reclamadas por sus representantes legales, sino a los casos en que estos últimos *no hubieran reclamado la actualización* de las pensiones alimenticias (por tanto, respecto de la parte de la pensión que se corresponde con esas actualizaciones anuales previstas en las sentencias de divorcio o separación). En concreto afirma:

“...Por ello no puede nunca invocarse en estos casos como excusa la falta de reclamación durante un determinado periodo de tiempo. En definitiva el derecho a pedir el pago de la revalorización de las pensiones fijadas en sentencia de separación o divorcio, no caduca al transcurrir cada anualidad o por el plazo de 5 años aludido en el art 518 de la LEC, de manera que si el cónyuge obligado no paga el total de la pensión o no la actualiza conforme imponga la sentencia correspondiente, el beneficiario puede reclamar las pensiones impagadas o la revalorización no efectuada con efecto retroactivo al momento en que debieron actualizarse, sin perjuicio que haya transcurrido el plazo de cinco años de prescripción de la acción para reclamar pensiones atrasadas...”

- Todo lo sostenido con anterioridad respecto de los alimentos de los padres respecto de sus hijos menores de edad, y de la representación legal atribuida a estos, ***debe ser igualmente aplicable mutatis mutandi a la representación legal de menores sujetos a tutela***, en donde, por tanto, *ni es viable la renuncia directa o indirecta a los alimentos, ni cabe que, en funciones de representantes legales, los tutores de menores puedan adoptar esa decisión.*

Ello debe ser así a pesar de que el vigente artículo 271.3° CC admita la posibilidad por el tutor de “*renunciar derechos*” del tutelado, incluido en principio el supuesto de tutelado menor de edad, lo que llevaría a dar entrada a una posible renuncia a los alimentos del tutelado menor, siempre que haya autorización judicial. Aparte de lo improbable de que un juez autorice esa renuncia, no parece lógico que el tutor del menor tenga mayores posibilidades de actuación que los propios padres, por lo que debería aquí aplicarse *por analogía* lo dicho respecto de la irrenunciabilidad de los padres representantes legales, en cuanto que esa facultad prevista en el art.271.3° CC estaría pensada para otros tutores, y en todo caso no para el supuesto de renuncia al derecho de alimentos del menor de edad, por las razones antes expuestas.

- Queda finalmente una referencia a aquellos casos en que, siendo menor de edad el alimentista, carezca de padres, o estos no tengan capacidad asistencial alguna, y haya que recurrir a otros parientes (ascendientes). ¿Hasta qué punto jugará aquí la irrenunciabilidad así como las anteriores consideraciones? ¿Podría el representante legal (léase tutor del menor, o defensor judicial) realizar alguna acto de renuncia o desplegar una conducta deliberadamente inactiva en la reclamación de sus alimentos/asistencia frente a los parientes ascendientes? ¿No podría el alimentante distinto de los padres apoyarse en el artículo 148 CC para defender que no se le pueden reclamar pensiones alimenticias atrasadas?

Entendemos que la respuesta a estas preguntas, y en concreto la relativa a la posible renuncia, *debe ser igualmente negativa*, por los mismos o similares motivos a los expuestos anteriormente.

Tratándose de menores de edad, *la representación legal (paterna o tutelar) no alcanza a autorizar, sin o incluso con autorización judicial hipotética, la renuncia a los alimentos que pudieran corresponder a otros parientes (ascendientes, básicamente) del menor.* Por lo tanto, en cualquier momento se debería poder iniciar la reclamación, e incluso debería admitirse respecto de prestaciones asistenciales atrasadas.

Es ciertamente dudoso que juegue aquí el fundamento señalado antes del art. 39.3 CE, ya que son otros sujetos distintos de los padres los ahora obligados. Sin embargo, de nuevo el principio de preeminencia del interés del menor sobre cualquier otro llevará a mantener la nulidad de la renuncia, o la ineficacia total de la inactividad continuada del representante en la exigencia de los alimentos⁴³⁸. Es verdad, como ha sido dicho, que en

⁴³⁸ Como ha dicho MORENO-TORRES, *Estudios sobre el deber de alimentos cit.*, Capítulo V, pag. 88, en relación a la subsistencia del deber de alimentos de los ascendientes no progenitores en el Código civil,

estos casos los alimentos a los hijos pasarían formalmente por las manos de los propios padres, en cuanto a su uso y destino, cuando éstos no tengan medios suficientes y haya que recurrir por ejemplo a los abuelos, pero ello no lleva necesariamente a una conclusión diferente, al ser los menores los beneficiarios finales de las prestaciones.

Entendemos que tampoco jugaría aquí el art. 148 CC, ya que, a pesar de que estemos ante un alimentante regido por los arts. 142 ss, la tutela prioritaria del interés del menor debería anteponerse al interés del alimentante, en el sentido de aplicarse el principio de irrenunciabilidad de los alimentos, y permitirse al mismo obtener asistencia material referida a momentos anteriores a la reclamación judicial. Lo contrario supondría dar luz verde a la renuncia a alimentos decidida, de forma directa o indirecta, por el concreto representante legal del menor. Si nos referimos a pensiones alimenticias atrasadas, las mismas habrán sido fijadas previamente por pacto o por resolución judicial, por lo que decaería de nuevo la razón de “sorpresa” que está en la base de la inexigibilidad de las pensiones alimenticias ex art. 148 CC⁴³⁹.

8.5.- La renuncia a los alimentos por los alimentistas mayores de edad:

A diferencia de los alimentos de los menores edad, con un específico régimen jurídico, tratándose del derecho de alimentos que ostentaría un sujeto mayor de edad frente a sus parientes, padres incluidos, parece en abstracto mucho más aceptable la licitud y viabilidad jurídica de la renuncia a los alimentos, en tanto sea fruto de una decisión propia, independiente y bien pensada, y con las condiciones que ahora veremos⁴⁴⁰.

En esta línea, la reciente **Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2019**, parece acoger la viabilidad de la renuncia a los alimentos efectuada por un hijo mayor

“...el interés superior del menor se antepone con toda lógica a la libertad y otros derechos fundamentales de los abuelos, que quedarían en cierto modo limitados con la imposición de un deber coactivo referido a sujetos con los que no les une en principio ninguna relación jurídica, pues ni han celebrado con ellos un negocio jurídico ni son los responsables de su generación”.

⁴³⁹ Quizás podría plantearse finalmente el conflicto entre el hijo menor necesitado de alimentos, y un progenitor o progenitores también menores de edad, por ej., alimentante de 16 o 17 años. En tales casos, ¿debería aplicarse en este caso la limitación a la reclamación judicial del art. 148 CC habida cuenta de la minoría de edad del alimentante, o debe prevalecer lo sostenido respecto del art. 39 CE dispensando la mayor protección jurídica a aquel de los menores que parece más necesitado de protección? ¿Cómo se aplicaría aquí el principio del interés superior de menor cuando el conflicto se plantea entre dos menores de edad? La respuesta quizás pase por el hecho de que el art. 39.3 CE no distingue entre progenitores o padres mayores de edad o menores, por lo que deben asumir su función alimenticia y asistencial, impuesta constitucionalmente, exactamente igual que si fueran mayores de edad.

⁴⁴⁰ En general, sobre la necesidad de replantearse la regulación de los alimentos entre parientes, y la conveniencia de introducir la idea de la autonomía privada en este campo, vid. MORENO-TORRES HERRERA, “Reflexiones sobre ...” antes citado. La autora sostiene que el fenómeno de la llamada “privatización del Derecho de familia”, esto es la valorización de la esfera personal, debe también trasladarse al régimen jurídico de los alimentos entre parientes, que de lo contrario corre el riesgo de convertirse, si no se ha convertido ya, en un cuerpo extraño dentro del sistema.

edad, cuando se había desentendido de su conexión con la familia, *al considerar que decae el fundamento típico de los alimentos, que sería la “solidaridad familiar”*. En concreto afirma:

“Como algún tribunal provincial ha afirmado "cuando la solidaridad intergeneracional ha desaparecido por haber incurrido el legitimario en alguna de las conductas reprobables previstas en la ley es lícita su privación. No resultaría equitativo que quien renuncia a las relaciones familiares y al respaldo y ayuda de todo tipo que éstas comportan, pueda verse beneficiado después por una institución jurídica que encuentra su fundamento, precisamente, en los vínculos parentales”.

Previamente, la citada sentencia hace hincapié en las diferencias de régimen jurídico y de fundamento entre los alimentos a los hijos menores, y los alimentos a los hijos mayores:

“La sentencia 558/2016, de 21 de septiembre, citada por la recurrente, afirma que "el derecho de alimentos del hijo mayor de edad continuado o sobrevenido a la 'extinción de la patria potestad conforme al artículo 93.2 del Código Civil se apoya fundamentalmente en lo que la doctrina civilista ha denominado "principio de solidaridad familiar" que, a su vez, debe ponerse en relación con la actitud personal de quien se considera necesitado (art. 152 C.C); y de este modo, se concluye que el contenido de la obligación de prestar alimentos respecto de los hijos mayores de edad se integra sólo por las situaciones de verdadera necesidad y no meramente asimiladas a las de los hijos menores.

"Por ello en tales supuestos el juez fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes del Código Civil (STS de 19 enero 2015, Re. 1972/2013), pues como recoge la STS de 12 febrero 2015 , se ha de predicar un tratamiento diferente "según sean los hijos menores de edad, o no, pues al ser menores más que una obligación propiamente alimenticia lo que existen son deberes insoslayables inherentes a la filiación, que resultan incondicionales de inicio con independencia de la mayor o menor dificultad que se tenga para darle cumplimiento o del grado de reprochabilidad en su falta de atención”.

No obstante lo anterior, procede distinguir los distintos supuestos de alimentistas mayores de edad, por si hubiera razones para un trato legal diferenciado.

8.5.1.- Alimentos entre cónyuges y posible renuncia:

8.5.1.1.- La renuncia a los alimentos entre cónyuges. Consideraciones generales.

Nos referimos en primer lugar a los alimentos entre cónyuges, y la posibilidad de válida renuncia a los mismos por parte de uno de los cónyuges respecto del otro, sea en situación de convivencia normal, o en casos de crisis matrimonial.

Dice MORENO-TORRES HERRERA⁴⁴¹ con buen criterio que *“Entre cónyuges el deber de alimentos encuentra su última razón de ser en un acto de autonomía privada: la*

⁴⁴¹ MORENO-TORRES HERRERA, *Las obligaciones de mantenimiento ... cit.*, pag. 81-82.

celebración del matrimonio”, en cuanto que “...quienes contraen matrimonio asumen los deberes que las leyes establecen como contenido inderogable de la relación matrimonial (art. 160 Codice), entre los cuales se encuentra el de asistencia material (art. 143, 2º Codice y arts. 66 y 67 Cc), por efecto del cual los esposos disfrutan del mismo nivel de vida con independencia de la diferencia de medios económicos de uno y otro”.

Visto desde esta perspectiva, procede examinar de forma separada e independiente el caso de los alimentos entre cónyuges, y resolver acerca de la renunciabilidad o no entre ellos del deber de asistencia o mantenimiento asumido al prestar el consentimiento matrimonial.

Pensamos en primer lugar en las hipótesis en que esa renuncia sea fruto de un pacto entre los propios cónyuges, previo o simultáneo al matrimonio, o ulterior al mismo (en este último caso, acogiendo la posibilidad de la decisión de no reclamar, tomada por acuerdo documental o verbal sobrevenido).

Por lo pronto, resulta dudosa la cuestión de la licitud o ilicitud de los pactos, previos o coetáneos a la celebración del matrimonio, por los que se puedan excluir algunos o varios de los deberes conyugales típicos. Se ha dicho que esa exclusión previa supondría desnaturalizar el consentimiento matrimonial, que por sistema debe prestarse a un determinado modelo de matrimonio, el regulado en los arts. 66 ss CC, entre cuyos deberes se halla el de socorro mutuo, lo que impediría la renuncia previa a exigirse el cumplimiento de este deber entre uno y otro cónyuge⁴⁴².

Igualmente, otros autores, seguramente con base en la normativa entonces vigente, hoy en parte modificada, así como en concepciones jurisprudenciales también alteradas, han defendido, en relación al deber de los cónyuges de contribuir a al sostenimiento de las cargas matrimoniales, la imposibilidad de un pacto que exonere a uno de los cónyuges de su deber de contribución, al considerar la imperatividad de las normas reguladoras de esta materia⁴⁴³.

Al margen de lo anterior, nos preguntamos primordialmente por la licitud de un acto de renuncia *sobrevenida* a la asistencia de un cónyuge por parte del otro, ya sea como

⁴⁴² A favor de la indisponibilidad *a priori* de los derechos-deberes personales entre los cónyuges, mediante pacto, vid. por ejemplo, NOVALES ALQUÉZAR, *Los deberes personales entre los cónyuges ayer y hoy*, Ed. Comares, Granada, 2007, pag.73.

⁴⁴³ Así, GARCIA RUBIO, M.P., *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pag. 45-47, quien considera que tales pactos atentarían contra el principio de igualdad de derechos y deberes entre los cónyuges y serían por tanto nulos de pleno derecho por discriminatorios. En esta dirección, aunque más matizadamente, BARRIO GALLARDO, A., “Los límites a la autonomía de la voluntad en el derecho de familia”, en el vol. *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio (Dir. M^a A. Parra Lucán)*, Ed. Comares, Granada, 2016, pag. 55-56, quien considera que debería abandonarse la idea un tanto anticuada de dispensar protección al cónyuge más débil, a pesar de lo cual considera factible una distribución desigual del deber de levantamiento de las cargas familiares entre cónyuges, aunque siempre debería aportarse algo por cada uno de ellos, rechazando implícitamente la renuncia total.

decisión unilateral, ya como posible acuerdo modificadorio de las reglas sobre contribución a las cargas familiares (tanto en régimen de separación de bienes como en el de gananciales), en virtud del cual uno de los cónyuges se obligue a cubrir la totalidad de dichas cargas, sin exigir del otro posibles aportaciones. Y ello tanto durante la convivencia normal como en situación de crisis matrimonial (separación de hecho, separación legal).

Existe doctrina que considera, analizando concretamente el régimen de separación de bienes, la posibilidad de pactar en capitulaciones toda una suerte de estipulaciones sobre la distribución de cargas matrimoniales. En concreto, se plantea la duda de si es posible atribuir la totalidad de las cargas matrimoniales a uno solo de los cónyuges en el régimen de separación de bienes. *En la medida en que este tipo de estipulaciones pudiera ser viable, ello pudiera suponer implícitamente una posible renuncia del sujeto que asume plenamente ese deber*, a reclamar, no ya la contribución del otro a las cargas, sino además una renuncia a reclamarle alimentos en el futuro, en caso de necesidad o en supuestos de separación física de los cónyuges. Desde luego, mientras no se revoque el acuerdo y se acredite una ulterior necesidad de asistencia.

En contra de los pactos de limitación o exclusión de la asistencia al otro cónyuge en el régimen de separación de bienes, se manifiesta DE AMUNATEGUI RODRIGUEZ, C.⁴⁴⁴. Por su parte, RIBOT IGUALADA, parece excluir igualmente esta posibilidad cuando afirma que el deber de socorro mutuo entre los cónyuges es también una obligación *constitucional*, en cuanto que constituye uno de los elementos imprescindibles de la configuración legal de la institución matrimonial, “sin el cual dejaría de ser reconocible a los efectos de la garantía institucional constitucionalmente establecida”⁴⁴⁵. De acuerdo con esta opinión, parecería difícil acoger la posibilidad de asunción total de las cargas matrimoniales con consiguiente renuncia total a reclamar alimentos al otro.

Frente a ello, hay que recordar que, como sostiene MORENO-TORRES HERRERA⁴⁴⁶, en situaciones de convivencia matrimonial “...no cabe hablar de derecho de alimentos, ... no sólo porque lo que existe es el más amplio deber de mantenimiento, sino porque **la contribución por parte de ambos esposos a la atención de las necesidades familiares (arts. 1318 Cc y art. 143, 3º Codice) impide que surja como derecho autónomo, como pretensión de uno de los esposos frente al otro**”.

Esta idea resulta interesante a los efectos analizados, en cuanto que, siendo correcta, nos llevará a *sacar de la disciplina de los alimentos de los arts. 142 ss. CC el deber de*

⁴⁴⁴ DE AMUNATEGUI RODRIGUEZ, C., “La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes”, dentro del libro *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia (Dir . J. Rams Albesa)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, pag. 189.

⁴⁴⁵ RIBOT IGUALADA, J., “El fundamento...” cit., pág. 1132

⁴⁴⁶ MORENO-TORRES, *Las obligaciones de mantenimiento ... cit., pag. 43.*

*sostenimiento entre los esposos, incluyendo en ellos lo dispuesto en el art. 151 CC en cuanto a la irrenunciabilidad*⁴⁴⁷.

Por lo tanto, debemos situarnos exclusivamente en sede de disposiciones generales sobre regímenes económicos matrimoniales, y determinar si, en esa sede, son posibles los pactos o acuerdos de renuncia a la proporcionalidad en la contribución a las cargas, y si es finalmente viable que sólo uno de los cónyuges asuma en exclusiva ese deber de mantenimiento del otro, o de la familia en general.

La respuesta a esta cuestión entendemos que debe ser afirmativa.

No hay técnicamente una norma que prohíba este tipo de pactos de renuncia implícita de uno a reclamar alimentos o asistencial material al otro en el futuro. Tan sólo sería aplicable al caso el artículo 1814 CC, sobre prohibición de transacciones sobre alimentos futuros, pero dicha norma, además de limitarse al ámbito estrictamente transaccional, lo que exigiría un acuerdo en el que, a cambio de la renuncia, se recibiera otra contraprestación, se fundamenta en una razón de inmoralidad y de protección de los sujetos hipotéticamente débiles a la hora de negociar (los alimentistas necesitados económicamente), lo cual no tiene por qué darse en el resto de acuerdos entre cónyuges.

Pero nos preguntamos ahora por una *renuncia unilateral* sobrevenida de uno de los cónyuges, normalmente ya en fase de crisis matrimonial (separación de hecho, por ejemplo), a obtener alimentos o en general asistencia material por parte del otro.

De nuevo debemos volver a la distinción entre renuncia explícita, manifestada formalmente, y los casos de inactividad continuada en la reclamación de alimentos.

No podemos perder de vista la posibilidad de que, en situaciones de crisis matrimoniales, en particular en casos de separación legal o de hecho, el cónyuge necesitado decida no reclamar alimentos al otro cónyuge, aparte de la posibilidad de no reclamarle pensión compensatoria. Este que señalamos es un fenómeno relativamente habitual en la práctica, habiendo muchas razones de orden personal para esa posible renuncia o no ejercicio del derecho de alimentos, pudiendo perdurar durante mucho tiempo, no siendo posible en tales casos demandar luego el pago retroactivo de los alimentos.

Por lo que concierne a la renuncia explícita e inequívoca, expresada documentalmente, de un cónyuge a reclamar alimentos al otro, no parece que deba verse imposibilitada por el art. 151 CC. Si recordamos que la base de los alimentos de un cónyuge al otro es fundamentalmente *el pacto*, esto es, el consentimiento matrimonial mismo, la ulterior renuncia, ya se refiera a los alimentos genéricos, ya sea a prestaciones ya vencidas previamente previstas y cuantificadas en dinero, no sería otra cosa que una renuncia a un

⁴⁴⁷ En contra, GARCIA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges ... cit.*, pag. 112, quien sostiene la aplicación a los alimentos entre cónyuges de las mismas notas generales de personalidad, intransmisibilidad, irrenunciabilidad y tendencial indisponibilidad de los arts. 142 ss. CC.

derecho nacido convencionalmente, que no debería ser obstaculizado por el citado art. 151 CC.

En esta dirección, ha dicho recientemente MORENO-TORRES⁴⁴⁸, lo siguiente, al plantearse si el legislador debería acoger o no la posibilidad de renuncia o exclusión mediante pacto del derecho-deber de alimentos en el matrimonio: *“De entrada –afirma– podría pensarse que tal posibilidad debe descartarse, habida cuenta de la naturaleza indisponible del contenido de la relación matrimonial; pero no puede ignorarse que para las situaciones de no convivencia es aconsejable admitir el juego de la autonomía de la voluntad. El legislador debe reconocer la posibilidad de que el cónyuge separado con derecho a exigir del otro una pensión de mantenimiento **renuncie a ello**, pues aun tratándose de un derecho que es contenido propio de la relación matrimonial, es de naturaleza estrictamente económica. Goza de cierta aceptación en la doctrina española la idea según la cual no cabría la renuncia en la medida en que la pensión fuera necesaria para vivir, pero es este un punto de vista que descansa en una opinión que no compartimos acerca del fundamento de la indisponibilidad de los alimentos, el de que con ellos se tutela el derecho a la vida”*.

En cuanto a la licitud de un acto unilateral tácito de renuncia, o una inactividad continuada en la exigencia de alimentos/asistencia al otro cónyuge, la norma del art. 148 CC, ya citada, al exigir una reclamación judicial (o extrajudicial, en otros ordenamientos, como el CC catalán) para hacer exigibles y abonables los mismos, ofrece también un argumento importante a favor de esta interpretación.

Así, la no reclamación de alimentos por el alimentista al alimentante prioritario, en cuanto sea más o menos persistente y duradera en el tiempo, implicará de hecho una renuncia a los alimentos, que estaría reconocida como tal por el propio legislador, y que tendrá plena eficacia jurídica, y sin que se pueda proceder a la anulación de los efectos ya producidos, con base en una presunta irrenunciabilidad. De nuevo, ello sería una forma de dar entrada al silencio o inactividad como acto de declaración de voluntad tácita, con verdadera eficacia jurídica a pesar de la norma del art. 151 CC, eficacia que tendría continuidad en el tiempo en tanto ese silencio fuese la expresión de una verdadera voluntad de renunciar a los alimentos.

Aquí sí cabe traer a colación, en todo caso, las palabras de DIEZ-PICAZO sobre la posible aplicación de la doctrina de los actos propios, dado que sería razonable considerar que una inactividad continuada en reclamar pensiones alimenticias entre cónyuges ya establecidas debería producir el efecto de la ineficacia de la reclamación posterior, por extemporánea, vistas las cosas desde una perspectiva objetiva.

A ello ha de matizarse que, en estos casos de renuncia expresa o tácita, la posibilidad de obtener los alimentos de otros parientes de segundo o ulterior grado en el orden legal de reclamación (art. 144 CC) no se vería necesariamente afectada, aunque debe señalarse que el pariente al que se reclame siempre debería poder excepcionar frente al alimentista

⁴⁴⁸ MORENO-TORRES HERRERA, *Estudios sobre ... cit.*, Capítulo V, pag. 95.

que le reclamara, como fundamento para negar su pago, el deber de dirigirse obligatoriamente al cónyuge, antes de hacerlo a este otro, dada su prioridad legal⁴⁴⁹.

8.5.1.2.- El modelo de los pactos o renunciaciones unilaterales a la pensión compensatoria:

La confirmación de las anteriores conclusiones sobre la renunciabilidad de los alimentos entre cónyuges quizás guarde relación con la posición doctrinal mayoritaria sobre los pactos o renunciaciones anticipadas a la pensión compensatoria por parte de quien teóricamente tendría derecho a ella conforme a los artículos 97 y siguientes del Código civil.

Ha sido dicho recientemente⁴⁵⁰, con criterio seguramente razonable, que “...*el deber de ayuda mutua entre cónyuges desaparece tanto en la separación judicial como en el divorcio, porque no es un deber ligado al vínculo matrimonial, sino un deber propio de la relación matrimonial, y es lo razonable entender que ésta desaparece tanto si hay divorcio como si hay separación, sin perjuicio de su posible reviviscencia, en caso de separación, como consecuencia de la reconciliación (art. 84 Cc)*”, de tal modo que “...*entre cónyuges separados, al igual que entre cónyuges divorciados, la única prestación económica que contempla el Derecho español es la pensión compensatoria del art. 97 CC*”, y no el deber de alimentos.

Caso de ser cierto lo anterior, la renunciabilidad de estos últimos debería acabar sufriendo la misma suerte que la pensión compensatoria, por lo que habría que adoptar la misma solución de admitir su renuncia, tanto la contenida en pacto, como *a fortiori* la contenida en un acto de renuncia unilateral a reclamarlos por parte del cónyuge que pudiera hipotéticamente reclamarlos.

A este respecto, la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo sobre renunciaciones anticipadas a la pensión compensatoria futura es claramente proclive a su admisión generalizada.

Así, la **Sentencia del TS de 30 de mayo de 2018** declara la licitud del pacto de renuncia para el caso de separación o divorcio futuros, dado que no lesiona el principio de igualdad, en tanto se trate de dos personas instruidas y preparadas, al ser además la pensión referida un derecho de contenido puramente económico⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ Ello supone, a la postre, reconocer que, si este otro pariente paga los alimentos, lo estará haciendo de forma voluntaria y altruista, en cumplimiento de un deber moral, pues técnicamente no tendría por qué hacerlo según la norma. En suma, la posible renuncia no tendría por qué implicar la invalidez de la misma, por haber un perjuicio de tercero, conforme a las reglas generales del art. 6.2 CC.

⁴⁵⁰ MORENO-TORRES HERRERA, *Las obligaciones de mantenimiento ... cit.*, pag. 55.

⁴⁵¹ Por su interés, reproducimos lo fundamental de dicha sentencia:

“Las partes, él nacido en el año 1950 y ella en el año 1971, ambos divorciados, él abogado y ella según manifiesta con trabajo en el Ministerio de Hacienda de Rusia y madre de una hija, se conocieron en las

redes sociales, viniendo la Sra. Gloria , con su hija, a España e iniciando una convivencia con el Sr. Jose Miguel , en el año 2006. El 18 de junio de 2009 comparecieron ante notario, manifestando (documento 13), entre otras cosas, que en caso de separación o divorcio, ninguno de los comparecientes reclamará al otro indemnización o/y pensión compensatoria o el uso del domicilio conyugal cuyo uso corresponderá al esposo. El 18 de diciembre de 2009 contrajeron matrimonio.

...

Acta notarial de manifestaciones de 18 de junio de 2009 (doc. nº 13) .

En el acta notarial de 18 de junio de 2009, consta lo siguiente:

»ME REQUIEREN:

»A mí el Notario para que por mediación de la presente acta se haga constar de forma indubitada y fehaciente, las manifestaciones que los requirentes me hacen con relación a que:

»1.- Que es intención de los comparecientes contraer matrimonio civil.

»2.- Que realizarán ante los Registros Civiles correspondientes los trámites para que Dña. Gloria adopte el apellido o los apellidos de su futuro esposo, por lo que pasará a llamarse Elisa .

»3.- Que para el supuesto de separación o divorcio ninguno de los comparecientes reclamará al otro indemnización o/y pensión compensatoria o el uso del domicilio conyugal que se fija en Valencia, PLAZA000 NUM000 , puerta NUM001 , cuyo uso corresponderá al Sr. Jose Miguel , renunciando expresamente Dña. Gloria al uso y posesión del mismo en el supuesto de separación o divorcio, al tener carácter privativo del esposo, compensando, si fuera procedente, la atribución del uso con el alquiler de una vivienda adecuada, en el caso de que hubiera hijos comunes de los que se le atribuyera la custodia para su ocupación por Dña. Gloria , y los menores a su cargo.

... Convivieron desde 2006 y el acta de notarial de manifestaciones se otorga en 2009, seis meses antes de contraer matrimonio. La demanda de divorcio se interpone seis años después.

...De lo expuesto cabe razonar que Dña. Gloria conocía lo que firmó y la trascendencia de lo declarado, por su conocimiento del idioma, por su experiencia en una crisis matrimonial previa, y por la posibilidad de obtener explicaciones del notario.

El suficiente conocimiento del idioma es un hecho probado, que no puede cuestionarse en casación.

...

Fijado este extremo, cabe analizar si los pactos prematrimoniales, son contrarios al orden público.

Debemos declarar que la formación, edad, escasa duración del matrimonio, ausencia de descendencia común, posibilitan un desenvolvimiento de ella que posibilitan un marco económico fluido, por lo que no consta alteración del orden público.

Es más, los cursos desarrollados por Dña. Gloria , en España, en la Escuela Oficial de Idiomas, homologando su conocimiento del ruso y cursando estudios de español para extranjeros y de inglés, le facultan para una rápida inserción laboral que no hace aconsejable la fijación de una pensión compensatoria y por ello no puede entenderse cuestionado el orden público (1255 del C. Civil).

Estos elementos de juicio permiten inferir que cuando se firmaron los pactos prematrimoniales, no se sometió a Dña. Gloria a una situación de previsible precariedad.

... Pactos prematrimoniales. Derecho a la libertad, dignidad e igualdad.

De lo declarado probado no puede deducirse atentado alguno a la igualdad, libertad o dignidad de Dña. Gloria , por el hecho de firmar pactos prematrimoniales, dado que lejos de percibirse un sometimiento al esposo o predominio del marido, lo que se evidencia es una relación de confianza en el que la esposa resulta beneficiaria de prestaciones, se acoge a su hija, se firman los pactos con suficiente

Cabe advertir, no obstante, que algunas sentencias han examinado la posibilidad de hacer ineficaz de forma sobrevenida el pacto anticipado de renuncia a pensión compensatoria, como consecuencia de hipotético cambio de circunstancias (por ej., el empeoramiento de la situación económica del cónyuge renunciante). Desde hace tiempo, es conocida alguna sentencia, como la **Sentencia de la A.P. Granada de 19 de mayo de 2001**, muchas veces citada, que incide en la cuestión, y después de admitir la licitud en abstracto de los pactos prematrimoniales, acaba declarando ineficaz el pacto anticipado de renuncia por ambos cónyuges a pensión compensatoria, cuando se produce un cambio de circunstancias. Se argumenta en general, en estos caso, que las bases en las que se suscribió tal pacto han dejado de existir, ya que la esposa, aunque antes de casarse trabajaba, dejó el trabajo al casarse, sin haber realizado desde entonces actividad laboral alguna, careciendo al momento de la ruptura de medios económicos suficientes, por lo que es posible conceder una pensión compensatoria al darse las circunstancias del art. 97 C.Civil, a pesar de la renuncia previa.

Sin embargo, a nuestro juicio, esta doctrina resulta muy discutible, y consideramos que no existe base en estos casos para plantear la nulidad o modificación del pacto de renuncia, y mucho menos de la renuncia unilateral, con base en un hipotético cambio de circunstancias.

Téngase en cuenta que el teórico derecho a pensión compensatoria hipotéticamente sólo puede nacer justo cuando se produce la ruptura de la convivencia, siendo ése y no otro el momento para determinar si se genera o no desequilibrio, por lo que no se puede justificar la exigencia de pensión por un cambio sobrevenido de circunstancias inherentes al momento “de la propia ruptura”. Dicho de otro modo, la revisión de lo pactado conforme a la cláusula “*rebus sic stantibus*” exige una relación jurídica de vigencia muy prolongada en el tiempo, *no siendo de aplicación a obligaciones con prestación puntual, aunque retardada en el tiempo, como la presente de pago de pensión por desequilibrio.*

Además, no puede olvidarse que el pacto de renuncia *se otorga por las partes precisamente porque ambas quieren evitar la intervención de los Tribunales*, deshaciendo el riesgo o incertidumbre derivados de una resolución judicial futura. Aunque no se trata propiamente de un pacto transaccional, es importante valorar el hecho de que *los cónyuges hicieron, al pactar tal renuncia, una previsión de futuro*, debiendo haber *reflexionado sobre las consecuencias de esa renuncia*, por lo que no parece razonable, como criterio general, que los Tribunales puedan alterar lo que se pactó en su momento precisamente para evitar ese control judicial futuro (fuera, claro está, del control

antelación con respecto al matrimonio, por lo que tampoco pueden considerarse sorpresivos y una relación matrimonial no extensa temporalmente pero tampoco fugaz.

Por todo ello, la libertad, dignidad e igualdad de los cónyuges ha quedado preservada (arts. 14 , 17 y 19 de la Constitución).

En base a todo ello no puede entenderse infringida la doctrina jurisprudencial recogida en sentencia 392/2015, de 24 de junio, recurso núm. 2392/2013 .

de validez del acuerdo, en cuanto a la concurrencia de sus elementos básicos y la posible existencia de vicios del consentimiento). Seguramente, ese pacto quedó enmarcado en un acuerdo más amplio y general, contenido en Capitulaciones o en otro documento, que muy probablemente quedaría afectado en su conjunto si se anula una de sus estipulaciones (la de renuncia a la pensión compensatoria), y se dejan inmutadas todas las demás.

Esto que decimos es con mayor motivo aplicable a las renunciaciones unilaterales a reclamar pensión compensatoria, actual o futura, realizadas por uno solo de los cónyuges, sin la influencia del otro, propia del pacto de renuncia. En estos casos no tendrán relevancia las posibles objeciones derivadas de unas posibles (y acaso generalizables) coacciones del otro, en el caso de que el nivel de formación o la posición económica del renunciante fuesen menores o inferiores a las del obligado; tampoco entrarán en juego unas hipotéticas maquinaciones susceptibles de emplearse para obtener un consentimiento contractual⁴⁵².

Por otro lado, la admisión en la práctica de la posibilidad de modificar o declarar ineficaz “*a posteriori*” algún pacto prematrimonial, por circunstancias sobrevenidas, tiene seguramente su origen en el paralelismo con lo previsto para los Convenios reguladores de la separación o el divorcio, en tanto se deba a circunstancias imprevisibles en el momento de acordarse, y no hayan sido propiciadas por los propios cónyuges.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta, en relación a los pactos prematrimoniales, que su naturaleza jurídica difiere de la de los Convenios reguladores, por lo que *no cabe aplicar directamente la analogía*. Estos últimos constituyen *acuerdos casi siempre de índole transaccional*, en los que se regulan los efectos patrimoniales o personales para un período de vigencia temporal que puede ser muy amplio, por lo que estaría justificada la revisabilidad por cambio sobrevenido de circunstancias, no sucede lo mismo con los pactos prematrimoniales. En cambio, *en los pactos prematrimoniales, la previsión contractual está pensada específicamente para su aplicación en un momento diferido en el tiempo, pero con eficacia puntual y no necesariamente continuada* (v.gr., pago de una concreta indemnización, o renuncia a la pensión misma, cuando se produzca en el futuro la ruptura de la convivencia o del vínculo). Por lo tanto, no es razonable aplicar la analogía con los Convenios reguladores.

⁴⁵² Hay que recordar además que existe jurisprudencia que admite los pactos sobre renuncia temporal a la pensión compensatoria. Es el caso analizado por la **STS de 9 de febrero de 2010**. En ella, la esposa, en procedimiento de separación matrimonial, llega a un acuerdo con su esposo en el que *se concede a la primera una pensión de alimentos*, pero se desiste de la pensión compensatoria “*no sin perjuicio de reservarse su derecho en un ulterior procedimiento*”. En suma, se pacta una reserva de ejercicio futuro de su derecho a pensión compensatoria, renunciando temporalmente a la misma. La doctrina del TS es clara en cuanto al carácter dispositivo de la pensión compensatoria, y llega a la razonable conclusión de que, del mismo modo que se puede renunciar a exigir de forma absoluta dicha pensión, es lógico que se pueda lo menos, como sería una renuncia temporal. *El caso es interesante porque lo que subyace al pacto es, no obstante, una cierta confusión entre alimentos y pensión compensatoria.*

Por lo demás, el recurso al cambio de circunstancias, y la consiguiente remisión a la cláusula “*rebus sic stantibus*”, resulta complicada en estos pactos prematrimoniales de renuncia a pensión, al *no tratarse de una relación jurídica de tracto continuo*. Sería precisa una norma jurídica que expresamente previera la posibilidad de revisión o derogación de lo pactado -lo que de momento no existe en el Derecho común-, para poder recurrir a este expediente. Mientras eso no suceda, la remisión a la cláusula “*rebus sic stantibus*” para la revisión de pactos prematrimoniales como los señalados, resulta difícil como regla general, habida cuenta además que lo pactado por anticipado se hizo con seguridad previendo que la aplicación del pacto se haría en un momento lejano en el tiempo, por lo que faltaría la exigencia de la “imprevisibilidad”. En el fondo, la admisibilidad de modificación de lo pactado encierra un recurso a la equidad y al criterio de justicia material del Juez, que nuestro Código Civil en ningún momento autoriza.

Eso sí, respecto de la vigencia y duración de los pactos de renuncia a la pensión compensatoria, o *las renunciaciones unilaterales con ese mismo objeto*, habrá que analizar en cada supuesto las concretas circunstancias en que se redactaron y aprobaron dichos pactos o manifestaciones de voluntad, para determinar si los mismos han de tener una vigencia plena e indiscriminada, o si más bien surgieron tomando por base una situación determinada (v.gr., en fase de separación judicial o de hecho de los cónyuges) y por tanto si deben o no extenderse más allá de la misma, a fases o situaciones diferentes o no previstas.

La conclusión última que se extrae de todo este análisis de la renunciabilidad de la pensión compensatoria es que *las ideas expuestas pueden ser trasladadas al campo de los alimentos entre cónyuges*, de modo que, *siendo renunciable perfectamente el derecho a la pensión compensatoria*, en los casos en que hipotéticamente pudiera proceder, *debe serlo igualmente el derecho a los alimentos de un cónyuge respecto del otro*. Especialmente en las situaciones en que esa renuncia podría tener virtualidad, que es normalmente cuando se produce una crisis matrimonial que no conduce a un divorcio, sino a una separación de hecho o separación legal o judicial. *En estos casos, la existencia de una manifestación de voluntad, previa o simultánea de renunciar o de no querer reclamar alimentos al otro cónyuge, aun habiendo necesidad, debe anteponerse a la disposición legal del art. 151 CC de presunta irrenunciabilidad*.

8.5.2.- Alimentos entre padres e hijos mayores de edad, y entre alimentantes/alimentistas mayores de edad sin vínculo de filiación:

8.5.2.1.- Consideraciones generales:

Pensando ahora en los alimentos entre padres e hijos mayores, cuando estos tienen necesidad, que es el caso más específico al que se aplicaría en principio la regla de la irrenunciabilidad del art. 151 CC, nos preguntamos igualmente si se debe o puede hacer alguna consideración sobre su posible renuncia, igual o diferenciada de la de los alimentos entre cónyuges.

A este respecto, como punto de partida, conviene recordar, en palabras de MORENO-TORRES HERRERA⁴⁵³, que “*En cuanto al fundamento del deber de alimentos entre ascendientes y descendientes, ya no es, ni mucho menos, tan claro... Si el sujeto en situación de necesidad es un adulto, el deber de alimentos no encuentra ningún fundamento directo ni en el texto constitucional ni en ningún precepto o principio del Código civil. Se trata, por el contrario, de una decisión del legislador ordinario, probablemente acorde con el sentir social*”.

A partir de aquí, algunos de los argumentos antes expuestos, en especial la referencia al art. 148 CC, y su juego en materia de renuncia, pueden ser perfectamente trasladables a los otros supuestos de alimentos a favor de alimentistas mayores edad que no sean el cónyuge del alimentante. Por tanto, *será suficiente con no reclamar, durante un tiempo relativamente prolongado, para hacer eficaz jurídicamente la decisión unilateral de renunciar a los alimentos*, eso sí, con las matizaciones y distinciones que ahora veremos.

En esta dirección, autores contrarios a la renunciabilidad de los alimentos por los mayores de edad, como PROVERA⁴⁵⁴, en Italia, matizan su posición, *considerando diferente de la renuncia el no ejercicio del derecho*. Para el autor, la irrenunciabilidad no consiente el sacrificio del derecho por obra de su titular, pero ello no significa que sea constreñido a ejercitarlo, de modo que, respecto de los alimentos ya devengados tras surgir la necesidad, se producirá su pérdida efectiva al no haber sido reclamados judicialmente⁴⁵⁵.

⁴⁵³ MORENO-TORRES, *Las obligaciones de mantenimiento... cit.*, pag. 82.

⁴⁵⁴ PROVERA, *Degli alimenti ... cit.*, pag. 165. El autor admite igualmente la posibilidad de renuncia al resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento del alimentante imputable al mismo, así como los casos en que el alimentista reclame judicialmente menos de lo que le correspondería por ley, al no poder el juez superar el límite inherente a la cantidad demandada.

⁴⁵⁵ Sobre el supuesto concreto de renuncia de los alimentos de hijo mayor de edad, mediante no ejercicio, en los casos en que se hubiera fijado una pensión a su favor por haberlo reclamado la madre en un procedimiento de divorcio, en uso de la facultad especial concedida por la ley a ésta de reclamarlos aun siendo hijos mayores de edad, se ha pronunciado la reciente **sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2018**. Reproducimos por su interés el Fundamento de Derecho:

“...Consta que la demandante solicitó pensión de alimentos para sus dos hijas y así le fue concedida en la sentencia de primera instancia, si bien durante la tramitación ante el juzgado, la madre comunicó que la mayor de sus hijas, con más de 18 años, se había marchado del hogar por lo que no mantenía la petición de alimentos para ella.

Planteado el tema en apelación, se mantuvo la pensión de alimentos por el Tribunal, al entender la Audiencia Provincial que de acuerdo con el art. 151 del C. Civil los alimentos son irrenunciables.

En la oposición a la casación, la madre no se opuso a que se dejasen sin efecto los alimentos para su hija mayor de edad.

Esta sala debe declarar que no estamos ante unos alimentos renunciados, sino ante unos alimentos que desconocemos si son debidos, pues carecemos de datos para conocer si la hija mayor de edad es acreedora de ellos o si goza de suficiencia económica.

A nuestro juicio, no sólo es posible la renuncia válida y eficaz efectuada *a través de un no ejercicio duradero en el tiempo*, lo que implicaría normalmente, y en la mayoría de los casos, *una verdadera renuncia tácita, con efectos jurídicos plenamente válidos durante todo el tiempo en que el mismo perdure*, y ello a pesar del mandato formal de irrenunciabilidad. Junto a estas hipótesis, entendemos que *debe ser igualmente viable y eficaz la renuncia expresa* a los alimentos por parte del mayor de edad a pesar de la prohibición legal.

Es decir, si se admite lo primero, esto es, el no ejercicio duradero con plenos efectos jurídicos, como acto de verdadera renuncia tácita, y no como supuesto de aplicación de la doctrina de los propios actos (inviabile in principio, al haber un teórico mandato imperativo), lo mismo debe suceder con la renuncia expresa. No hay razón para tratar de peor condición a la expresa en relación a la tácita, que es admitida de hecho y eficaz jurídicamente por el art. 148 CC.

8.5.2.2.- Explicaciones posibles para la irrenunciabilidad establecida en el artículo 151 C.Civil respecto de alimentistas mayores de edad:

Lo anterior nos obliga a *encontrar una posible explicación razonable a la regulación contenida en el art. 151 CC y la irrenunciabilidad allí establecida*, y su traslación a los casos aquí analizados de alimentistas mayores de edad que pretenden renunciar.

- En principio, creemos que la norma no dispone una limitación total ni parcial al poder del titular de decidir el no ejercicio de su derecho legal de alimentos, en el sentido de hacer inválida y completamente ineficaz esa declaración de voluntad. Esto parece una consideración evidente, con base en lo afirmado por la doctrina italiana, sobre todo AULETTA, acerca de la libertad que ostenta todo sujeto de decidir obtener o no alimentos del o de los sujetos legalmente obligados.

Pero es que, además, desde la perspectiva del principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad y del principio de libertad (art. 10.1 CE), *no debería considerarse lícita una norma que impusiera a un sujeto mayor de edad y en plenitud de derechos, de forma absoluta, y sin matices de ningún tipo, la imposibilidad de decidir no reclamar los alimentos*, del mismo modo que tampoco lo hace el propio texto constitucional respecto de derechos del máximo nivel, como los derechos fundamentales, donde no hay en principio cortapisas relevantes para decidir no ejercerlos en mayor o menor medida. En

Unido a ello de acuerdo con el art. 93 del C. Civil, los progenitores solo pueden pedir alimentos para los hijos mayores de edad que con ellos convivan, lo cual no ocurre en este caso, al haberse independizado una de las hijas (sentencia 156/2017 de 7 de marzo)''.

tanto esto último resulta viable, de lo cual no cabe duda a la vista de lo expuesto en capítulos anteriores, la existencia de un mandato legal, aun de naturaleza presuntamente imperativa, de irrenunciabilidad del derecho de alimentos, como el recogido en el art. 151 CC, *no puede ser entendido como un freno a la libre decisión del sujeto de no querer exigir alimentos del sujeto o sujetos presuntamente obligados, una vez surgido su estado de necesidad.*

En suma, no puede entenderse que haya en la mente del legislador, vista desde una perspectiva actual, una tutela del alimentista mayor de edad *frente a sí mismo* tan poderosa, que llegue a superar incluso la otorgada por la Constitución a los mismos derechos fundamentales, que como sabemos son ejercitables o no por decisión de su titular.

- Por otro lado, tampoco puede sostenerse respecto de los alimentos de los mayores de edad la perspectiva del citado autor (AULETTA) de aplicar una suerte de cláusula *rebus sic stantibus* al acto de renuncia a los alimentos, conforme a la cual una necesidad sobrevenida, o un aumento de las necesidades del alimentista, permitiría a éste la reclamación al alimentante, a pesar del acto previo de renuncia, sobre la base de no haberse previsto dicha renuncia para esa situación.

Este planteamiento, aun siendo sugerente, adolece de importantes inconvenientes, algunos de los cuales ya se pusieron de manifiesto al tratar de la renuncia a la pensión compensatoria.

En primer lugar, deberá interpretarse el alcance del acto renunciador y la voluntad contenida en el mismo, por cuanto *es perfectamente posible que la decisión de renunciar explicita que su autor no quiere reclamar alimentos al obligado en ningún caso, sean cuales sean las condiciones futuras en que se halle.*

En estas situaciones, se estaría previendo anticipadamente, de forma siempre unilateral, y *siempre que se haga sin condicionamiento alguno* por parte del alimentante (lo cual sí sucedería o podría suceder en casos de pactos o acuerdos sobre alimentos, transaccionales o de otro tipo), una voluntad de no reclamárselos a ese concreto alimentante, *aun cuando en el futuro cambiaran las circunstancias en que la misma se expresó, incluso siendo excepcionales.* En esos casos, *no habría imprevisibilidad alguna* que justificara una posible reconsideración de la renuncia con base en la cláusula *rebus*, por cuanto habrían sido “*previstas*” todas las posibles situaciones futuras, de forma expresa o implícita.

Por otro lado, en los casos en que no hubiera sido suficientemente explícito el alimentista a la hora de renunciar, el sujeto renunciante tendría que asumir la carga de probar que se ha producido tal cambio, y que el mismo responde a *una alteración sustancial de circunstancias* de naturaleza *imprevista e imprevisible.* *En caso contrario, debería mantenerse la situación que sirvió de base a la renuncia,* dada la voluntad inequívoca del

sujeto al respecto, y la falta total de coacción sufrida, al tratarse de una renuncia unilateral⁴⁵⁶.

Como complemento de lo anterior, ha de tenerse en cuenta que al alimentista, al menos en el Derecho español vigente, *siempre le cabe, en casos de necesidad sobrevenida ulterior a la renuncia a los alimentos, el recurso a la asistencia pública*, especialmente en la actualidad, tras la entrada en vigor del *Ingreso Mínimo Vital (IMV)*, en tanto se den las condiciones legales previstas (lo que ocurrirá aquí en un porcentaje importante de casos).

En efecto, se ha podido comprobar, al examinar la reciente normativa reguladora del IMV, que en ella no se exige, como presupuesto para reclamarlo, el que previamente se acredite haber perseguido el cobro de alimentos de los parientes legalmente obligados a ello. En este sentido, debe decirse que, en caso de no reclamación previa de alimentos por el posible beneficiario mayor de edad del IMV, en principio, *la normativa vigente sobre dicho Ingreso no prevé esta posible situación*, por lo que podría darse el caso de que, teniendo en abstracto derecho de alimentos frente a alguno de sus parientes próximos, el sujeto necesitado *opte* por solicitar el IMV de la Administración, y *deje sin reclamar* de sus parientes próximos una pensión alimenticia, esto es, la renuncie, expresa o tácitamente (incluso por silencio⁴⁵⁷). En tal caso, la Administración competente ni puede subrogarse, ni puede reclamar un derecho de reembolso de cantidades abonadas como IMV, frente a los parientes, aun concurriendo los presupuestos del deber legal de alimentos respecto de ellos⁴⁵⁸.

- *Todo lo dicho anteriormente lleva al rechazo de la posición de quienes, en España y fuera de España, sostienen que estamos con el art. 151 CC ante una prohibición que trata de proteger a terceros, singularmente al Estado y las Administraciones públicas* (como vimos que se defiende en la doctrina alemana), frente a una decisión arbitraria del alimentista de no querer exigir alimentos a sus parientes más próximos, con una presunta finalidad lesiva de las arcas públicas.

No es así desde luego en los momentos presentes, tras la entrada en vigor de la normativa sobre el IMV. *Ya no se puede sostener que la irrenunciabilidad del art. 151 CC atiende a una finalidad de protección del Estado o las Administraciones públicas*, puesto que, siendo este IMV el modelo prototípico de orden asistencial a personas necesitadas, *la*

⁴⁵⁶ Obviamente, ello no excluye que, puntualmente, y a pesar de tratarse de una renuncia unilateral, el renunciante haya sufrido presiones o coacciones, o conductas engañosas, procedentes de terceros, que pudieran ser constitutivas de un vicio del consentimiento, aplicable *mutatis mutandi* al acto de renuncia, conforme a las reglas generales de los arts. 1265 ss. CC.

⁴⁵⁷ De hecho, lo estaría haciendo tácitamente, por el hecho de reclamar a la Administración el IMV, de modo que estaría manifestando una voluntad de elegir esta vía, y de renunciar a la vez a la vía “familiar” de los alimentos entre parientes.

⁴⁵⁸ Nos remitimos al respecto a nuestro artículo ya citado sobre “Primeras reflexiones sobre ...” *cit.*, Diario la Ley, 1 julio 2020.

asistencia pública ya no se puede decir que tenga, tras la nueva regulación, un carácter subsidiario, en cuanto dependiente del previo agotamiento de las vías civiles de obtención de asistencia por parte de la familia. No se ve por tanto, con esta nueva normativa, una conexión con la irrenunciabilidad del art. 151 CC, sino más bien lo contrario.

Expuesto lo anterior, volvamos de nuevo a la búsqueda de una explicación razonable, y adaptada a la realidad social actual, de la irrenunciabilidad de los alimentos, en el caso de alimentistas mayores de edad, y de un posible campo de operatividad de la prohibición legal del art. 151 CC.

- La primera y más segura explicación la vimos con anterioridad: el artículo 151 CC, procedente de la redacción originaria de 1889, *respondería fundamentalmente a la necesidad de tutela de los alimentistas menores de edad*, cuyo derecho debe ser sin duda irrenunciable para sus representantes legales, incluso como vimos respecto de las prestaciones ya devengadas.

- Un segunda explicación, ya más concretamente referida a los mayores de edad, vendría de que, aun cuando entendemos que la irrenunciabilidad del art. 151 CC encaja plenamente en los alimentos de los padres respecto de sus hijos menores, en los restantes casos (excluido también el deber de asistencia entre cónyuges, pero por motivos diferentes, como se ha señalado antes), *muy posiblemente la norma prohibitiva de la renuncia tendría sentido en su aplicación específica a los pactos de renuncia a los alimentos*, cuando esa renuncia estuviera contenida en un acuerdo transaccional, o en un acuerdo novatorio o contrato de fijación⁴⁵⁹.

En esta línea, en la medida en que pudiera pensarse hipotéticamente en obtener mediante contrato *una ventaja o provecho de la posición preeminente del alimentante frente al alimentista a la hora de pactar alimentos*, estaría justificada la nulidad de cualquier renuncia contenida en un acuerdo bilateral entre alimentante y alimentista mayor de edad.

Ello encontraría su fundamento en *la incuestionable conexión entre el art. 151 CC y la prohibición de transigir sobre alimentos futuros del artículo 1814 CC*, de modo que alcanzaría a todos los otros pactos o acuerdos posibles, cuando no tengan la consideración de transacciones. *Se cerraría así un círculo prohibitivo de las renunciaciones a alimentos futuros cuando sean fruto de una negociación, presumida por el legislador como*

⁴⁵⁹ Esta idea subyace en cierto modo a la postura de COBACHO, *La deuda alimenticia*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1990, pag. 27-28, sobre la irrenunciabilidad de los alimentos. Este autor, conectando la irrenunciabilidad con la intransmisibilidad y la indisponibilidad, señala que la prohibición legal incluye todas las operaciones equivalentes. “...No se trata sólo –dice– de impedir que el alimentista se despoje de su derecho sin obtener una compensación, sino cualquier operación que sustituya en su patrimonio el crédito alimentario legal por otro objeto, como si el alimentista **se compromete a no reclamar en el porvenir alimentos a su deudor, mediante el pago inmediato de un capital o acepta una cantidad inmutable cualesquiera que sean las modificaciones aportada a la situación del acreedor o del deudor, o consiente, a cambio de una pensión más elevada, una limitación en el tiempo de su pago**”.

*celebrada en condiciones de inferioridad para el futuro alimentista, y como forma de eludir el riesgo muy probable de que eso se produzca*⁴⁶⁰.

No cabe duda de que, en la base del art. 151 CC se halla la idea de que no sea viable llegar a acuerdos entre progenitor e hijo, o entre pariente alimentante y alimentista, ante la posibilidad -frecuente, casi generalizada- de que se aproveche por el primero *una situación de debilidad o angustia del segundo*, dada la superioridad económica de aquél. La norma estaría pensada además para aquellas situaciones en que se diera un estado de necesidad actual o inminente, que llevara precisamente a *una prohibición genérica, por inmoral y abstractamente abusiva, de los pactos de renuncia total o parcial a alimentos futuros, a cambio de una contraprestación actual de escaso valor o de menor relevancia económica*.

En cambio, *la cuestión es mucho más dudosa cuando hablamos de renuncia unilateralmente decidida por el alimentista mayor de edad*, quien, voluntaria y deliberadamente, manifiesta, sin ningún tipo de coacciones ni artimañas, su voluntad de no reclamar alimentos a su pariente o parientes con capacidad para ello, por múltiples motivos, aun estando actualmente necesitado de asistencia económica.

Como dato de Derecho comparado, COBACHO⁴⁶¹ da cuenta de cómo en el Código civil portugués, aun cuando se afirma que el derecho de alimentos no puede ser renunciado, sí se admite que puedan dejar de ser pedidos y que pueda renunciarse a las prestaciones ya vencidas (art. 182 CC portugués). Al margen de esto último, que está admitido en Derecho español, la singularidad del Derecho portugués es la admisión de lo primero, esto es, de las situaciones de “no ejercicio” por el alimentista mayor de edad, que decide *motu proprio* no reclamar nada a su alimentante. Esa no reclamación, como ya se dijo más arriba, no es un simple acto omisivo de valor relativo, entendido como posible “acto propio”: se tratará, si no siempre, sí en muchas ocasiones, de un acto de *renuncia tácita* a los alimentos, lo que debe tener relevancia jurídica equiparable a la renuncia, cuando menos a la hora de negar cualquier posibilidad de reclamar en el futuro la asistencia correspondiente a ese período de tiempo de “no ejercicio”. Aquí no hay prestación alimenticia ya concretada, por lo que estamos fuera de la órbita del art. 151 CC español. Sería una suerte de *tertium genus* no específicamente previsto por el legislador, cuyos efectos jurídicos no se pueden determinar de forma simple.

- En una perspectiva intermedia, PADIAL ALBÁS⁴⁶² opina que dado que los alimentos no consisten, únicamente, en la prestación de lo imprescindible para la vida del

⁴⁶⁰ En todo caso, debe tenerse en cuenta que el concepto codificado de “transacción” (arts. 1809 ss. CC) es seguramente más amplio que el que actualmente se tiene a nivel doctrinal y jurisprudencial, por lo que la prohibición podría servir para declarar ilegales cualquier tipo de acuerdos que fuesen “transaccionales”, o bien dudosamente “transaccionales”, entendiendo la transacción en el sentido amplio de nuestro Código Civil, en su versión originaria.

⁴⁶¹ COBACHO, *La deuda alimenticia .. cit.*, pag. 171-172.

⁴⁶² PADIAL BALBÁS, *La obligación ... cit.*, pag. 170.

necesitado, sino que se deben, según el artículo 146 del Código civil, en proporción al caudal o medios de quien los da, *cabe la posibilidad de que, a pesar de que el párrafo primero del artículo 151 no hace distinción alguna, el alimentista puede renunciar a todo cuanto exceda de lo estrictamente necesario para la vida, en tanto que no constituye, por esta razón, alcance de interés público*. Considera esta autora que sólo es indisponible lo estrictamente necesario para que el alimentista pueda vivir, que coincide con el concepto de auxilios necesarios para la vida, por lo que se podría renunciar al resto⁴⁶³.

- Al margen de estas consideraciones doctrinales, nos planteamos la posibilidad de la renuncia total para el futuro del derecho de alimentos por parte del alimentista mayor de edad, mediante acto unilateral.

Acaso debemos *distinguir entre aquellas situaciones en que haya una situación actual de necesidad, de aquellas en que la renuncia se produzca cuando aún no se ha generado en el sujeto alimentista esa necesidad*.

a) En el primero de los casos (situación actual de necesidad), el ejercicio negativo por parte del alimentista de su derecho ya nacido a reclamar a alimentos al primero de los alimentistas de la lista legal, *forma parte de la libertad de elección del sujeto, y debe tener plena eficacia*. Nos referimos no sólo al ejercicio de su derecho, dirigido a no ejercitar ya una reclamación judicial *ex art. 148 CC* (que haga exigible de forma efectiva el derecho a la prestaciones alimenticias), sino incluso a los casos de renuncia explícita a exigirlos, ya sea de forma expresa, ya mediante actos concluyentes.

El matiz vendría en relación al alcance de esa renuncia explícita, en cuanto que seguramente debemos defender su eficacia, pero limitada a la voluntad concreta del renunciante, que puede no ser la de extenderla a toda situación y circunstancias, como antes se veía, sino limitadamente a un momento concreto y en función de unos antecedentes de hecho determinados. En cambio, siendo una renuncia unilateral explícita con extensión a todo tipo de situaciones, no debería haber tampoco inconveniente para otorgar eficacia jurídica a la misma.

b) Por el contrario, *en el segundo de los casos* (alimentista que renuncia no habiendo necesidad actual), la prohibición legal de renuncia a los alimentos tendría algo más de sentido en ellos, dado que el renunciante no se halla necesitado actual ni inminentemente de ellos, a pesar de lo cual toma la decisión de renunciar.

Probablemente, en estos casos, podría ser en principio razonable aplicar un mandato como el del art. 151 CC, al tratarse ahora de una forma de tutelar su posible imprevisibilidad acerca de las consecuencias futuras de su acto de renuncia, o la inmadurez de quien se

⁴⁶³ Se trata de una opinión bastante discutible, en cuanto no encuentra acomodo ni fundamento ninguno en la regulación legal de la obligación de alimentos, y en que en el fondo lo que plantea esa relativa insatisfacción por no acogerse de manera explícita en la ley el principio de autonomía de la voluntad del alimentista a la hora de decidir con total libertad si quiere reclamar alimentos o si quiere renunciarlos.

deja llevar por motivaciones diversas para rechazar cualquier pretensión futura de asistencia familiar⁴⁶⁴.

Sin embargo, a pesar de todo ello, entendemos finalmente que los mandatos constitucionales de libre desarrollo de la personalidad y libertad de elección del sujeto, deberían autorizar incluso estas renunciaciones unilaterales a los alimentos, en estos casos en que no había aún una situación de necesidad.

No se puede olvidar que el derecho de alimentos -salvo en el caso de los menores de edad- no tiene rango constitucional, por lo que, siendo renunciables los derechos fundamentales, con más o menos alcance como vimos, no tiene sentido excluir la renuncia a los alimentos con carácter general, como hace el art. 151 CC.

En este sentido, *este art. 151 CC debe ser considerado, a los efectos señalados, como una norma desfasada, poco coordinada con los principios constitucionales, y desconectada de la mentalidad social actual*, en la que reluce por encima de casi cualquier cosa el principio de libertad individual de elección del sujeto plenamente capaz.

No se percibe en los momentos presentes, y vistas las reglas y principios constitucionales, una justificación suficiente para la tutela del renunciante de alimentos frente a sí mismo, frente a su propia decisión libre y consciente de no querer reclamar alimentos actuales ni futuros.

Eso sí, en los casos señalados, la renunciabilidad mediante acto unilateral de estos alimentos por parte de alimentistas mayores de edad, para ser válida y eficaz, *debería cumplir una serie de condicionantes:*

1.- Debería jugar matizadamente el límite derivado del posible perjuicio de terceros. En este sentido, indudablemente, una de las razones que podrían jugar en favor de la ineficacia (seguramente, parcial) de la renuncia a los alimentos prevista en el art. 151 CC, sería la de que, de admitirse la renuncia a reclamar alimentos a un concreto alimentante, se podría perjudicar a los otros alimentantes o a los siguientes posibles alimentantes subsidiarios.

Por ejemplo, ya hace algún tiempo MARIN GARCÍA DE LEONARDO⁴⁶⁵ daba cuenta de los casos relativamente frecuentes de ejecuciones de sentencia en las que el progenitor obligado a pagar una determinada suma en concepto de

⁴⁶⁴ Quizás en esta línea puede situarse a MORENO-TORRES, *Las obligaciones de ... cit.*, pag. 90, quien ha dicho que, desde su punto de vista, lo que se busca con la exclusión de la renuncia, compensación, transacción y cesión, es garantizar al acreedor de alimentos que, llegado el momento de atender sus necesidades vitales, disponga de modo efectivo de la prestación que nació precisamente con ese fin. Cabe recordar que la autora ya vimos que dijo que era posible la renuncia en el caso de los cónyuges, admitiéndola respecto de los deberes de asistencia/alimentos entre ellos.

⁴⁶⁵ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pag. 32-34.

alimentos aportaba un escrito del hijo mayor de edad renunciando a reclamarle. En estas situaciones, entiende la autora que esa renuncia a pensiones atrasadas no prejuzga el derecho de crédito del otro progenitor conviviente con el hijo a resarcirse de lo que hubiera adelantado para cubrir esas necesidades no satisfechas por el primero.

Al margen de lo discutible de considerar sobrevenidamente, *como deuda resarcitoria*, ese derecho del progenitor de reclamar, como sostiene la autora citada, es evidente que la renuncia respecto de un determinado alimentante, puede afectar al derecho del otro alimentante obligado conjuntamente con el primero (art.145.I CC) en cuanto deudores mancomunados o parciarios, cuya deuda se debe cuantificar en un mismo procedimiento judicial en función de la capacidad económica de cada uno, por lo que no sería correcto permitir la renuncia respecto de uno para cargar las tintas en el otro. Dicho de otro modo, la obligación de cuantificar de forma conjunta la prestación de alimentos al hijo o pariente, impediría la eficacia de la renuncia respecto de solo uno de ellos, sin perjuicio de que, una vez concretada, se pudiera proceder a la ulterior renuncia unilateral, en tanto en cuanto no se perjudicara al otro.

Lo mismo debe suceder con la renuncia respecto del primero de los obligados legalmente, en relación a los otros que *subsidiariamente* tendrían que hacerlo. Aquí no jugaría ya el anterior argumento legal, sino *el de la aplicación de las reglas de la buena fe y el abuso del derecho*, en cuanto *se trataría de una renuncia con clara finalidad lesiva de los obligados subsidiarios*.

A este respecto, entendemos que, por el contrario, sería viable y eficaz una renuncia a los alimentos por parte del mayor de edad *en la medida en que no se refiera a un particular alimentante*, sino que *incluya a toda la posible lista de parientes alimentantes*. Esta sería la única forma de tutelar adecuadamente el interés de los alimentantes coobligados, o de los terceros alimentantes situados en segunda o tercera línea.

Pensando ahora en el Estado como tercero hipotéticamente lesionado por la renuncia, cuando la misma ha afectado a todos los parientes teóricamente alimentantes (art. 143 CC), debe recordarse que, mientras no se modifique la actual normativa sobre IMV, no parece que le sea posible impugnar dicha renuncia, dado que, a fecha actual, el fundamento de la irrenunciabilidad no se puede residenciar ya en la protección de los intereses del Estado, como hipotético pagador último.

2.- Revocabilidad de la renuncia a los alimentos: Nos planteamos ahora si esa hipotética renuncia a los alimentos actuales, o a los futuros, efectuada por el sujeto con teórico derecho de alimentos, por hallar en estado de necesidad, podría estar también limitada por una posible revocabilidad sobrevenida de dicha renuncia. Es decir, en la medida en que se considere válida y eficaz jurídicamente, en cuanto a excluir la posibilidad de reclamar los alimentos para cubrir necesidades

teóricamente devengadas, hemos de preguntarnos por la cuestión de la posible revocación, ulterior y el juego en ello de la doctrina de los propios actos.

Por lo pronto, debemos pensar que, tratándose de los alimentos entre sujetos mayores de edad, y no menores, no existe un fundamento constitucional que pudiera justificar la libre revocabilidad de la renuncia.

Por tanto, seguramente la respuesta más lógica sea la de considerar la inviabilidad general de la revocación de la renuncia expresa o tácita a los alimentos.

Eso sí, a lo sumo, como se ha venido señalando, siempre se podría recurrir a la interpretación del acto de renuncia, y del ámbito concreto de actuación de la misma, conforme a la voluntad manifestada por el renunciante, de modo que se pudiera, no ya revocar, sino admitir una reclamación sobrevenida de alimentos cuando hubiese quedado perfecta constancia de que se trataba de situaciones no cubiertas explícitamente por el acto de renuncia.

8.5.3- Los alimentos entre hermanos:

Queda por examinar el supuesto de los alimentos entre hermanos y su posible renunciabilidad.

A la vista de lo señalado con anterioridad, no cabe duda de que, siendo éste el supuesto más fronterizo entre lo dispuesto en la ley y lo que la sociedad está dispuesta a aceptar, en cuanto que es bastante dudoso que socialmente sea bien acogida, a día de hoy, la idea de *obligar* legalmente a un hermano a alimentar a otro, siendo ambos ya mayores de edad, parece lógico defender que el juego de la renuncia deba tener mucha mayor relevancia, si cabe, en estas situaciones.

Como argumento adicional a los expuestos en el apartado anterior para los alimentistas mayores de edad, se debe recordar que la asistencia puramente económica de un hermano al otro, estando tan limitada la cuantía de la obligación alimenticia, en cuanto a cubrir sólo "*los auxilios necesarios para la vida*" (art. 143.II CC) seguramente sea fácil de no reclamar, dando así relevancia a la renuncia a dicha prestación.

Dicho más claramente, no dando suficiente cobertura estos auxilios a la totalidad de las verdaderas necesidades del alimentista, por ejemplo, en cuanto a vivienda, o educación y formación, es indudable que ese sujeto tendría que recurrir a otros parientes posibles, o más probablemente, a la asistencia pública. En consecuencia, caería por su base el fundamento tradicional de la "irrenunciabilidad", que se justificaba en hacer impracticable la renuncia *para proteger la vida del alimentista*, al ser evidente que los auxilios mínimos no proporcionarían de hecho la cobertura necesaria y suficiente a tal fin.

Por derivación de lo anterior, va a ser sin duda el nuevo IMV el que va a hacer efectiva la cobertura de las necesidades de los alimentistas hermanos, mucho más que los posibles

auxilios mínimos que pudieran prestar los hermanos alimentantes, lo que conducirá a la postre a la viabilidad de cualquier renuncia unilateral a la prestación alimenticia entre hermanos, al estar seguramente mejor cubierto en sus necesidades por la asistencia pública.

8.6.- Conclusiones sobre la renuncia en materia de alimentos y sobre el alcance del artículo 151 del Código Civil.

La primera conclusión es que la irrenunciabilidad puede ser perfectamente defendible respecto de los *alimentos de los menores de edad* por parte de sus padres.

La protección constitucional otorgada de forma explícita a los mismos debe llevar a que el art. 151 CC, más exactamente, la prohibición de renuncia allí prevista, tenga un campo específico de aplicación a estos alimentos entre padres e hijos menores.

Por lo demás, la jurisprudencia viene a ratificar esta conclusión, manteniendo el criterio radical de la irrenunciabilidad de los alimentos de los hijos menores de edad por parte de sus padres (uno de ellos o ambos). Así se puede comprobar, entre otras, en la **Sentencia de Audiencia Provincial Barcelona (Sección 13ª) de 13 de julio de 2004**⁴⁶⁶, la **Sentencia de la A.P. de Islas Baleares (sección 4ª) de 15 de septiembre de 2009**⁴⁶⁷, la **sentencia de la A.P. de Murcia (Sección 4ª) de 9 de mayo de 2013**, o la **Sentencia de la A.P. de Islas Baleares (sección 3ª) de 21 de julio de 2000** y la **Sentencia de la A.P. de Madrid (Sección 22ª) de 25 de mayo de 2001**, ya citadas estas dos últimas más arriba.

⁴⁶⁶ Dice al respecto:

“Como dice la sentencia de la Sección 18 de esta Audiencia Provincial de fecha 20 de septiembre de 2002 "mientras los hijos sean menores de edad, existe una obligación incondicional de prestar alimentos por parte del progenitor; es por ello que su tratamiento jurídico no puede verse afectado por las limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes -- art. 259 y ss. CF, y 142 y ss. CC--, permitiendo así afirmar que los Tribunales gozan de cierto arbitrio para su fijación en atención a las circunstancias concurrentes; es en definitiva una pensión que siempre debe fijarse imperativamente, puesto que lo contrario implicaría liberar a un progenitor de su obligación de prestarlos, obligación que es imperativa y positiva, por lo que ni la situación de paro, ni el aumento de las necesidades del alimentante, ni ninguna otra causa puede llevar a un juez o tribunal a no fijar los alimentos a los hijos menores de edad, pues los que un padre debe a su hijo repetimos es una obligación que surge desde su nacimiento, sin que la misma pueda quedar vacía de contenido por la alegación de que carece de ingresos, que estos sean mínimos, o carezca de cualquier clase de bien". Sentada esta doctrina sobre el ámbito y carácter permanente, indiscutible e irrenunciable de la obligación alimenticia de los progenitores para con sus hijos menores de edad, obligación impuesta ex lege y que siempre ha de tener un contenido mínimo e indispensable para atender las necesidades básicas de subsistencia del menor... ”.

⁴⁶⁷ Esta sentencia resulta interesante por cuanto, en un caso de no ejercicio de la acción para reclamar alimentos de los hijos menores y de posible renuncia tácita o implícita a tales alimentos por parte de la madre, reafirma la ilicitud de la actuación de ésta de no reclamar alimentos de sus hijos menores durante varios años, señalado el Tribunal que ello no implica renuncia de ningún tipo ni aplicación de la doctrina de los propios actos. La sentencia incide en la improcedencia en todo caso de una renuncia de un derecho de terceros, como es del la madre respecto del derecho de alimentos que corresponden a los hijos menores de edad.

Ahora bien, ese mandato constitucional del art. 39.3 CE debería ser mucho más amplio, *y alcanzar también a las prestaciones ya devengadas o vencidas*, en relación a las cuales *debería estar también vetada en todo caso su renuncia por parte de los representantes legales del menor*, si no *de lege lata*, a través de lo establecido en los arts. 162 y 166 CC, *sí de lege ferenda*, en una futura regulación legal, que debería ser mucho más explícita que lo contenido en los arts. 110 y 154 CC respecto del deber paterno de alimentos y asistencia a los hijos menores, que nada dice al efecto, al menos de forma expresa.

La segunda conclusión, referida ya al derecho de *alimentos a favor de mayores de edad*, en cualquiera de sus posibilidades, sería que no puede ser igual una renuncia a los alimentos contenida en un pacto, que una renuncia unilateral y completamente libre del titular del derecho.

En este último caso, no tiene mucho sentido la prohibición de la renuncia del art. 151 CC, al tratarse de un derecho susceptible de ejercitarse libremente por el sujeto mayor de edad, sin que haya una razón de fondo que obligue a una protección especial del sujeto renunciante frente a su propia y libre decisión, que lleve a excluir cualquier tipo de renuncia explícita, sea expresa o tácita, incluso la derivada o deducible del propio silencio continuado del alimentista, cuando resulta que el art. 148 CC deja la puerta abierta a la renuncia tácita, o derivada del silencio continuado del titular, en cuanto impide con carácter general la reclamación de asistencia con carácter retroactivo.

Este razonamiento está perfectamente justificado cuando se trata de aquellas situaciones en las que el alimentista tiene ya unas necesidades actuales que cubrir y ha nacido un derecho de alimentos frente al pariente o parientes obligados. En ellas, el titular actual del derecho de alimentos debe poder renunciar libremente a ellos, en ejercicio, ahora negativo, de su derecho, *incluso más allá del momento concreto en que se efectúe esa renuncia expresa o tácita, mientras persista la situación que sirvió de base a la dicha renuncia*. Al respecto, la norma reguladora del art. 151 CC no puede resultar tan sumamente estricta como para excluir esta modalidad de ejercicio del derecho subjetivo.

Por lo tanto, ello debe ser así tanto en cuanto a una renuncia singularizada a esa situación como en cuanto a una manifestación de mayor alcance, en el tiempo y en las circunstancias aplicables a dicha renuncia.

La duda surge respecto de las renunciaciones anticipadas *cuando aún no ha surgido el estado de necesidad*.

Por lo pronto, nos encontramos en estos casos ante unas *renunciaciones unilaterales que serán muy poco probables en la práctica*, ya que la voluntad de renunciar es normal anudarla a unas circunstancias en las que ya ha nacido el derecho, por haber unas necesidades no cubiertas, aun cuando no se hubiera reclamado judicial ni extrajudicialmente su pago. No obstante, siendo imaginable la situación, en estos casos, quizás podría dejarse abierta la posibilidad de reconsiderar la voluntad del sujeto mediante la reclamación ulterior al alimentante, de modo que es en estos casos en los que el art. 151 CC tendría acaso su plena virtualidad práctica.

No obstante lo anterior, *debe advertirse que la irrenunciabilidad del art. 151 CC no casa bien con los principios constitucionales ni con la regulación de los derechos fundamentales, donde la posibilidad de renuncia tiene perfecta cabida*, dentro de unos límites por supuesto.

Hay un claro desfase entre lo regulado en el art. 151 CC, entendido en su pura literalidad y considerando que tiene un alcance general, y los principios y reglas constitucionales básicas, las cuales autorizan al sujeto, en ejercicio de su autonomía, a decidir no ejercitar cualquier derecho, o incluso manifestar que no lo va a ejercitar, autorizando así a terceros a inmiscuirse parcialmente en su ámbito personal, y mantener por el contrario una imposibilidad legal de renuncia unilateral a los alimentos.

En esta dirección, *no existe una suficiente fundamentación para el mantenimiento de la regla de la irrenunciabilidad en materia de alimentos, en cuanto referida a una renuncia unilateral a alimentos futuros*, no sólo porque *no existe una razón poderosa para proteger al alimentista frente a sí mismo*, en aquellos casos de renunciaciones unilaterales, esto es, frente a su decisión libre de no reclamar alimentos en el futuro a un determinado alimentante. Sino también porque *las razones de protección del Erario público, como tercero hipotéticamente perjudicado*, como se aducía históricamente por la doctrina alemana, *en buena medida han desaparecido en España* tras la promulgación de la normativa sobre Ingreso Mínimo Vital, como se vio más arriba con detenimiento.

Sólo quedaría una razón de tutela de terceros alimentantes, aquellos co-obligados u obligados subsidiarios, pero *en estos casos parece razonable admitir la eficacia plena de la renuncia anticipada del alimentista, en tanto la misma no ocasione perjuicio a estos otros terceros en caso de serles reclamados alimentos*.

En este sentido, y desde un punto de vista práctico, la pregunta sería: ¿podrían estos otros sujetos alimentantes alegar una inoponibilidad general de dicha renuncia, o ya dentro de un proceso judicial, aducir procesalmente como excepción (de fondo), para justificar su negativa a una futura e hipotética pretensión del alimentista de reclamarles asistencia económica, el hecho de haber renunciado éste anticipadamente a sus alimentos frente al alimentante prioritario (o uno de ellos), como consecuencia de una decisión unilateral libre del futuro alimentista, y sin haber un pacto entre las partes?

Desde nuestro punto de vista, no hay duda de que sí sería factible. No sólo por el muy limitado alcance de la norma del art. 151 CC, conforme a una interpretación actual de la misma, sino además porque, de lo contrario, el ordenamiento jurídico estaría permitiendo la vulneración de los principios de buena fe y abuso del derecho, si se autorizara al alimentista a reclamar frente a los alimentantes obligados principal o subsidiariamente, después de haber abdicado de su pretensión futura respecto de uno de sus concretos alimentantes. Esa de la aplicación de la buena fe/abuso del derecho es seguramente la razón final, y no otra, que justificaría la inoponibilidad de la renuncia frente a estos terceros.

Por otro lado, la posible alegación basada en un cambio sustancial de circunstancias (cláusula rebus) en que se produjo la renuncia, esgrimida por un sector de la doctrina italiana, no servirá de fundamento para la ineficacia de la renuncia, al haber sido prevista (de forma expresa o implícita) esa situación futura en el momento mismo de la renuncia unilateral.

Finalmente, y como conclusión última, el mandato legal de irrenunciabilidad contenido en el artículo 151 CC, aplicado a los alimentistas mayores de edad, resulta ser un instrumento excesivo e inadecuado, dado que lo procedente no es una prohibición general, con el consiguiente efecto de la nulidad de pleno derecho, sino a lo sumo, y con las condiciones señaladas antes, una ineficacia parcial de la renuncia, limitada a los casos de perjuicio directo a los alimentantes subsidiarios o co-alimentantes, en tanto hayan sido efectivamente perjudicados como consecuencia de una reclamación de alimentos a los mismos, pero manteniendo la eficacia de la renuncia frente al propio sujeto renunciante y frente a los demás sujetos jurídicos que no tengan esa consideración.

CAPITULO 9: LA RENUNCIA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE FAMILIA

(I) LA RENUNCIA EN MATERIA DE FILIACIÓN, DE PATRIA POTESTAD Y DE INSTITUCIONES TUTELARES Y MEDIDAS DE APOYO A LA DISCAPACIDAD.

INDICE:

9.1.- Introducción. Consideraciones generales sobre la irrenunciabilidad de las funciones paternas y tutelares. **9.2.- La renuncia a la filiación. La renuncia a la maternidad/paternidad en el ámbito de la adopción:** 9.2.1.- La renuncia a la filiación en el Código civil y en la Ley del Registro Civil. 9.2.2.- Análisis del sentido y alcance de las normas referidas. 9.2.3.- Análisis breve de la doctrina jurisprudencial en la materia: 9.2.3.1.- El asentimiento paterno como posible acto de renuncia a la filiación y la patria potestad en la doctrina jurisprudencial. La renuncia a la filiación manifestada al hilo de un procedimiento adoptcional. 9.2.3.2.- Sobre la renuncia manifestada mediante acto formal fuera de los supuestos de asentimiento a la adopción. **9.3.- La renuncia a la patria potestad:** 9.3.1.- Introducción. La patria potestad como modelo de potestad o función y sus consecuencias jurídicas. 9.3.2.- La renuncia a la patria potestad en la jurisprudencia. La renuncia como base o fundamento para acordar la privación de la patria potestad. 9.3.3.- Sobre una posible renuncia parcial a la patria potestad. La renuncia a determinadas facultades o derechos: 9.3.4.- Conclusiones. **9.4.- La renuncia en el ámbito de las instituciones tutelares y de las medidas de apoyo tras la Ley 8/2021. La voluntad de los tutores y prestadores de apoyo a la discapacidad, en la constitución y continuación del cargo. Excusa y renuncia al cargo en la Ley 8/2021:** 9.4.1.- Introducción. 9.4.2.- Los cargos tutelares de menores de edad y las posibilidades de rechazo o renuncia a los cargos tutelares antes y después de la reforma legal de la Ley 8/2021. 9.4.3.- **El tratamiento legal de los prestadores de apoyo de personas mayores de edad con discapacidad en la Ley 8/2021:** 9.4.3.1.- Los prestadores de apoyo de origen voluntario: los poderes y mandatos preventivos, la autotutela y las demás alternativas voluntarias. 9.4.3.2.- Los prestadores de apoyo de origen legal: la posición de los guardadores de hecho en la Ley 8/2021. 9.4.3.3.- Los prestadores de apoyo de origen judicial. 9.4.5.- Algunas conclusiones sobre la obligatoriedad de los cargos tutelares y las medidas de apoyo a la discapacidad, tras la Ley 8/2021, y sobre las posibilidades de sometimiento de los cargos a la voluntad excluyente o renunciadora del sujeto designado.

9.1.- Introducción. Consideraciones generales sobre la irrenunciabilidad de las funciones paternas y tutelares.

Nos adentramos ahora en un ámbito complejo en el que la doctrina nacional y extranjera ha manifestado con bastante generalidad en contra de la facultad de renunciar a las funciones paternas y tutelares, debido fundamentalmente a la consideración de que, en ellas, prima el deber de los padres y cargos tutelares (respecto de los menores o sujetos con discapacidad) sobre el derecho de los primeros de desplegar una serie de actividades, que se consideran supeditadas al deber de ejercicio. Vamos a comprobar la necesidad de poner en tela de juicio algunas de esas consideraciones doctrinales, a la vista de algunos cambios legales y jurisprudenciales de cierta trascendencia, o al menos de introducir las convenientes matizaciones en lo que hasta ahora ha sido una posición doctrinal dominante.

En este sentido, desde hace ya bastantes años, ha sido habitual en la doctrina, especialmente en la doctrina alemana, mantener la idea de la irrenunciabilidad de la patria

potestad y de las funciones tutelares en general. Así, lo ha mantenido autores tradicionales como LARENZ o VON TUHR, entre otros.

El primero de ellos ya vimos más arriba⁴⁶⁸ que dijo que los derechos de la personalidad y los derechos-deberes de tipo familiar son básicamente irrenunciables, lo que sin embargo no le impedía admitir que un particular pueda disponer en favor de otro sobre determinados bienes de la personalidad, siempre dentro de los límites de las buenas costumbres, como sucede con la intervención en su integridad corporal, o con la publicación de su imagen, normalmente a través de negocios de naturaleza unilateral, siempre revocables.

Por su parte, para VON TUHR, la renuncia constituye un acto dispositivo por el que su titular abandona el derecho sin transmitirlo, y afirma que la renuncia es admisible salvo excepciones. Entre éstas incluye a los derechos que implican un interés público y aquellos derechos cuyo titular está obligado a ejercer, como sucede especialmente con la potestad paterna y tutelar, aunque a renglón seguido admite la posibilidad de renuncia del padre al (antiguo) derecho de usufructo especial sobre los bienes del hijo⁴⁶⁹.

Estas y otras afirmaciones de autores tan significativos como los citados han tenido importante acogida en la doctrina y jurisprudencia españolas, a pesar de no existir norma que directa ni indirectamente prescriba esa irrenunciabilidad.

En este sentido, ASÚA⁴⁷⁰ dice, al comentar el artículo 6.2 CC, que puede renunciarse a derechos subjetivos y también a derechos de configuración jurídica o derechos eventuales, pero no a situaciones de poder que impliquen un deber jurídico (ej. patria potestad), ni a facultades que carezcan de autonomía respecto de una situación jurídica principal (sin especificar a qué se refiere exactamente con esa expresión). También, GULLÓN⁴⁷¹ se manifiesta en el mismo sentido, y pone además ejemplo de lo último el supuesto de imposibilidad de renuncia a la facultad de usar y disfrutar de la cosa por su propietario⁴⁷². En la misma dirección, QUIÑONERO⁴⁷³ dice que no pueden renunciarse los derechos irrenunciables, llamados de función o potestad, en los que la situación de

⁴⁶⁸ LARENZ, K., *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts.... cit.*, pag. 240-241.

⁴⁶⁹ VON TUHR, A., *Derecho Civil. Volumen II, Los hechos jurídicos*, Ed. Marcial pons, (trad. De Tito Ravá), Madrid-Barcelona, 2005, pag. 239.

⁴⁷⁰ ASÚA, *Código Civil Comentado... cit.*, p. 80.

⁴⁷¹ GULLÓN BALLESTEROS, A., *Comentario del Código civil ...cit.*, p.35.

⁴⁷² Resulta sin embargo dudoso que no se pueda renunciar a determinadas facultades incardinadas dentro de un derecho subjetivo más amplio, en tanto ello no suponga transformar el derecho más pleno en otro de carácter limitado. Entendemos que podría renunciarse temporalmente, incluso por tiempo bastante amplio, a alguna de esas facultades, sin que se produjera una extinción o modificación del derecho real mismo.

⁴⁷³ QUIÑONERO, E., *Código Civil ..cit.*, pag. 124.

poder se produce sólo como instrumento de realización de un interés distinto del propio titular⁴⁷⁴.

Debemos comprobar ahora la veracidad y corrección de estas afirmaciones conforme al Derecho español actualmente vigente.

Para examinar con el debido detenimiento todas las cuestiones relacionadas con la renunciabilidad o irrenunciabilidad en este ámbito del derecho de familia, consideramos necesario discernir, por un lado, las normas reguladoras de la filiación y su posible renuncia, y por otro, las relativas a la renuncia en el ámbito de la patria potestad, distinguiendo esta última de la renuncia a los cargos tutelares, por las diferencias que entendemos concurren entre estos dos cargos familiares, como luego se explica. Todo ello a la luz de la regulación vigente, tras las distintas reformas legales de 2005 y 2015, incluyendo además la reforma operada por la Ley 8/2021 de 2 de junio, que también puede haber ejercido influencia en la cuestión analizada.

9.2.- La renuncia a la filiación. La renuncia a la maternidad/paternidad en el ámbito de la adopción.

9.2.1.- La renuncia a la filiación en el Código civil y en la Ley del Registro Civil:

Aunque puede parecer en abstracto como reprobable moralmente, y a pesar de existir una doctrina clásica negadora de la autonomía de la voluntad en este campo⁴⁷⁵, si se analiza con detenimiento la cuestión, nuestro Código civil contiene algunas normas, como las que ahora se señalan (el artículo 177 CC y los artículos 44 y 45 LRC), que dejan la puerta abierta a la renuncia a la filiación, o a una así denominada legalmente “renuncia” al hijo nacido.

En concreto, se regula, con los consiguientes efectos jurídicos, la posibilidad de que la madre, nada más nacer su hijo mediante el parto, pueda, mediante un asentimiento a la adopción, renunciar a él (renunciar en suma a su propia filiación materna) a través de una

⁴⁷⁴ También en esta dirección, MARÍN LÓPEZ, P., “La renuncia al beneficio de la ley en el derecho civil”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 2, 1962, pag. 853-854, para quien no pueden renunciarse los derechos concedidos como medios para el cumplimiento de ciertos deberes de interés social, como la patria potestad, y considera que tales derechos pueden perderse por vía de pena, pero de renuncia voluntaria.

⁴⁷⁵ Así, VALPUESTA FERNANDEZ, M.R., “El Derecho de familia”, dentro de la obra *Derecho de familia (Coord. Gema Díez-Picazo Giménez)*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pag.126, para quien la determinación de la paternidad o maternidad son indisponibles, siendo irrenunciables los derechos y obligaciones que de ellas se derivan.

declaración fehaciente, siempre que sea realizada después de las seis semanas posteriores al parto. Así se hace en el artículo 177.2 del Código civil⁴⁷⁶.

Es verdad que el asentimiento de la madre tras las seis semanas posteriores al parto, previsto en este art. 177.2.2º.IV CC, se efectúa a los fines exclusivos de la adopción ulterior de su hijo. No obstante, *es claro que lo que hace la norma es abrir la puerta a la renuncia a la propia filiación materna*, tal como ocurre cuando nace el hijo y la madre se considera imposibilitada de atenderlo, por su inmadurez o falta de preparación, o cuando por cualquier otro motivo no es su voluntad ocuparse de él⁴⁷⁷. A través de esta norma, la

⁴⁷⁶ Recordemos lo que dice el artículo 177 CC en relación a los consentimientos y asentimientos necesarios para la adopción de un menor por tercero o terceros:

Artículo 177. [Adopción de menores. Consentimiento]

1. Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años.

2. Deberán asentir a la adopción:

1.º El cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente, excepto en los supuestos en los que la adopción se vaya a formalizar de forma conjunta.

2.º Los progenitores del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. Esta situación solo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción.

Tampoco será necesario el asentimiento de los progenitores que tuvieren suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el artículo 172.2, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada.

El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto.

En las adopciones que exijan propuesta previa no se admitirá que el asentimiento de los progenitores se refiera a adoptantes determinados...”.

⁴⁷⁷ Sobre la identificación entre asentimiento de los progenitores a la adopción y renuncia, cabe citar el **Auto de la A.P. de Madrid (Sección 22) de 26 de abril de 2006**, que afirma:

“Se pide reposición del auto recurrido y que se revoque la denegación de la tramitación del recurso de apelación que se insta se continúe, lo que al parecer del Tribunal ha de ser estimado, en virtud de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 177 del CC., 1829 y 1830 de la LECiv, en relación con la doctrina jurisprudencial del TC., sobre el denominado interés legítimo.

Dispone el primero de los preceptos la regulación en torno al consentimiento, asentimiento y

ley otorga a la madre, cuya filiación materna ya ha sido legalmente determinada por el parto, y por tanto han nacido a su cargo los deberes inherentes a la filiación, una facultad de renuncia calificable como “asentimiento”, con unos efectos jurídicos relevantes, en cuanto constituye la vía para servir de base a una ulterior adopción.

Eso significa, en suma, que el legislador, a ese acto que podemos identificar como una renuncia, *le otorga validez como manifestación de voluntad unilateral, y además le atribuye efectos jurídicos*. Esos efectos no se limitan a permitir el inicio de los trámites para adoptar al recién nacido, sino que se producen consecuencias en cuanto a los deberes y derechos inherentes a la filiación. *No se trata, por tanto, de un acto nulo pero con determinadas consecuencias jurídicas: es un acto válido*, en cuanto regulado en la norma, al que la ley le otorga entidad, aunque no nombre, pero que en realidad encierra una verdadera renuncia unilateral a la filiación.

Seguramente, para completar algo el panorama, ha venido a dictarse el artículo 44.4 de la Ley del Registro Civil de 2011, en su redacción dada por Ley 19/2015 de 13 de julio⁴⁷⁸,

audiencia en la adopción, que como negocio jurídico de Derecho de familia exige la intervención de los sujetos entre los que se va a constituir el vínculo adoptivo, y la de otros sujetos interesados....

... Es significativamente importante, vista la regulación legal, el asentimiento a la adopción, porque los padres están haciendo una renuncia a su patria potestad. Ahí está el fundamento de la necesidad de su asentimiento, reservándose ya solo la audiencia para los padres que no hayan sido privados de la patria potestad cuando no sea necesario su asentimiento, constituyendo tal acto la ocasión de emitir una opinión, un punto de vista, ofreciendo razones para ilustrar el conocimiento del Juez y fundar su decisión. No es pues declaración negocial básica, como el consentimiento ni condición necesaria de la eficacia del negocio, siendo no obstante, el trámite obligatorio, so pena de nulidad del expediente pero el resultado de la audiencia no es en modo alguno vinculante para el Juez”.

⁴⁷⁸ Reproducimos completo dicho artículo:

Artículo 44. Inscripción de nacimiento y filiación.

1. Son inscribibles los nacimientos de las personas, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Código Civil.

2. La inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito.

3. La inscripción de nacimiento se practicará en virtud de declaración formulada en documento oficial debidamente firmado por el o los declarantes, acompañada del parte facultativo. A tal fin, el médico, el enfermero especialista en enfermería obstétrico-ginecológica o el enfermero que asista al nacimiento, dentro o fuera del establecimiento sanitario, comprobará, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, la identidad de la madre del recién nacido a los efectos de su inclusión en el parte facultativo. Los progenitores realizarán su declaración mediante la cumplimentación del correspondiente formulario oficial, en el que se contendrán las oportunas advertencias sobre el valor de tal declaración conforme a las normas sobre determinación legal de la filiación.

que dispone lo siguiente: “...***Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación.*** En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último...”.

Debe ser completado este párrafo con lo dispuesto en el art. 45.3 de la misma LRC, en el cual se regulan los sujetos obligados a inscribir la filiación, siendo uno de ellos los progenitores, señalando: “***No obstante, en caso de renuncia al hijo en el momento del parto, la madre no tendrá esta obligación, que será asumida por la Entidad Pública correspondiente***”.

Como puede comprobarse, estos arts. 44 y 45.3 LRC, de nuevo en referencia exclusiva a la madre y su filiación materna, admite formalmente la “***renuncia a ejercer los derechos derivados de la filiación***”. Esta norma tiene su antecedente en la Ley del Registro Civil de 1957, aunque en ella no se utilizaba la expresión “renuncia”⁴⁷⁹.

En defecto del parte facultativo, deberá aportarse la documentación acreditativa en los términos que reglamentariamente se determinen.

El Encargado del Registro Civil, una vez recibida y examinada la documentación, practicará inmediatamente la inscripción de nacimiento. Tal inscripción determinará la apertura de un nuevo registro individual, al que se asignará un código personal en los términos previstos en el artículo 6 de la presente Ley.

4. La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último...”.

⁴⁷⁹ Así se comprueba en el artículo 47 de dicha Ley, que establecía:

Artículo cuarenta y siete. En la inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria.

No constando el matrimonio de la madre ni el reconocimiento por ésta de la filiación, el encargado del Registro, sin demora, notificará el asiento personalmente a la interesada o a sus herederos.

La mención de esta filiación podrá suprimirse en virtud de sentencia o por desconocimiento de la persona que figura como madre, formalizado ante el encargado del Registro, el cual lo inscribirá marginalmente. Este desconocimiento no podrá efectuarse transcurridos quince días de aquella notificación. La supresión de la mención será notificada del mismo modo al inscrito o, si hubiere fallecido, a sus herederos; en su caso, si el representante legal del inscrito no fuere conocido, esta notificación se hará al Ministerio Fiscal.

Se trata de una renuncia que sorprendentemente sería válida (o al menos parcialmente válida), en cuanto *tendría determinados efectos en el ámbito registral*, como es del *restringir el acceso a terceros* a los datos de su filiación, cuando hubo renuncia al hijo y así lo hubiera solicitado, y además el de *excluir la obligación de la madre de inscribir a su hijo*. Se trata con ello de preservar la intimidad de aquella madre que, teniendo seguramente una previsión de que su hijo recién nacido pueda ser adoptado en un futuro, no quiere que nadie -salvo la entidad pública que va a tramitar la adopción o el acogimiento del menor- conozca de su maternidad.

Resulta sorprendente, decimos, por cuanto no concuerda con lo regulado en el antes citado art. 177 CC, donde en principio *quedan demorados todos los efectos* de la posible “renuncia” a que pasen las seis semanas desde el parto, como forma de evitar la precipitación que a veces puede sobrevenir a la mujer que acaba de dar a luz.

Por otro lado, es llamativo que la norma hable de la renuncia a ejercer *los derechos derivados de la filiación*, como si esta última, una vez determinada legalmente, otorgase (sólo) “derechos” o facultades al progenitor, cuando sabemos que lo único seguro, desde la perspectiva constitucional (art. 39.3 CE) y legal (art. 110 CC), es que con la determinación de la filiación *surgen deberes y obligaciones, pero no propiamente derechos*. Se trata seguramente de una expresión eufemística, con la finalidad de conjugar la renuncia con los efectos subsiguientes a ella, como serían la desaparición de los deberes de asistencia y alimentos, que pasarían en breve plazo a los padres adoptivos (o los acogedores)⁴⁸⁰. Sobre esto se vuelve más adelante.

Ha sido escasa la doctrina que se ha ocupado de la interpretación de este nuevo párrafo del art. 44 de LRC. VERDERA⁴⁸¹ ha mostrado su rechazo a que sea posible renunciar a la maternidad, entendiendo que más bien es una renuncia a ejercer los derechos derivados de la filiación, pero considera que esa manifestación no excluye la filiación materna ni su constancia registral, aunque con acceso restringido, llegando a la conclusión de que esta “supuesta renuncia” es más limitada de lo que aparenta, en cuanto no permite excluir su asentimiento en una futura adopción hasta pasadas las seis semanas del art. 177.2 CC, y señala que lo contrario supondría una revolución al introducir una visión voluntarista de la filiación al exigir que la madre acepte también implícitamente la maternidad en cuanto a no renunciar a la misma.

⁴⁸⁰ No obstante, quizás se refiera a que, a partir de esa manifestación, el progenitor (normalmente, la madre) ya no podrá dirigirse judicial ni extrajudicialmente frente a terceros, incluida la Administración, para reclamar la efectividad de su vínculo con el hijo, o bien en relación a los apellidos, no podrá reclamar ya la imposición de sus apellidos al recién nacido (salvo prueba de un error o vicio de consentimiento a la hora de prestar ese asentimiento). Como puede verse, se trataría de otros efectos jurídicos adicionales a los señalados.

⁴⁸¹ VERDERA SERVER, R., *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pag. 73.

Desafortunadamente, no creemos que la reforma legal en esta materia sea ingenua ni equivocada en este punto. Es muy posible que el legislador haya querido prever un cauce para favorecer las adopciones de recién nacidos en España, *dando entrada a una verdadera renuncia a la filiación por parte de la madre*, siendo obvio que no podría tener efectos inmediatos en cuanto al asentimiento para la adopción, al no haber sido derogado el citado art. 177.2 CC, aunque sí en cuanto a los concretos aspectos regulados en los arts. 44 y 45 LRC, y a los conexos derivados de ellos.

Es posible que el legislador de 2015 sea consciente de que, en la práctica, son, como ahora veremos, bastante habituales las manifestaciones más o menos formales de las madres y los padres de renunciar a su filiación, para dar cauce a una inmediata tutela de las entidades públicas y una subsiguiente adopción.

Por su parte. MUÑOZ DE DIOS⁴⁸² ha destacado la indeterminación de casos de la regulación citada de los arts. 44 y 45 LRC, y la incoherencia con otros preceptos legales, sosteniendo que dicha renuncia no está pensada para la gestación por sustitución, y planteando sus dudas sobre si afectará la renuncia de la madre a la filiación del padre biológico o de la esposa de la madre, que por lógica parece sensato entender que no.

9.2.2.- Análisis del sentido y alcance de las normas referidas:

Respecto del art. 177.2. CC, la norma no acierta a concretar sus presupuestos, quizás porque no quiere hacerlo, ante lo delicado que es desde el punto de vista moral admitir que una madre pueda “renunciar” a su hijo recién nacido. Tampoco regula sus efectos concretos. Eso sí, lo único que le preocupa es que esa manifestación de voluntad *no se haga en una situación angustiosa*, como puede ser la de los días inmediatamente posteriores al parto, donde es habitual que muchas madres se vean con grandes agobios ante lo que se le viene encima. Pero *una vez pasada esa etapa*, con la reflexión que supone la visión en perspectiva tras el paso de las primeras semanas, *sí llega a autorizar que la madre pueda deshacerse de su hijo, aunque ciertamente con efectos no inmediatos, al menos definitivos*.

Debemos suponer que esa renuncia, si se hace nada más dar a luz, supondrá algunos efectos puntuales, en cuanto a la asunción por el ente público asistencial de cada Comunidad Autónoma de las facultades de guarda, al menos de forma provisional. Esto no está explícitamente previsto en la ley, pero debemos suponer que, sea quien sea el que ponga en conocimiento de esa intención de desprenderse del hijo recién nacido, ya sea un centro sanitario público o privado, o la madre a través de éste, *se trasladará de inmediato a la entidad pública autonómica, para que se pueda ocupar del menor*, y asumir una guarda provisional (arg. ex art. 172 bis CC), y a partir de ahí, asignarle una fórmula de guarda por terceros.

⁴⁸² MUÑOZ DE DIOS SAEZ, L.F., “Madre que renuncia a su hijo en el momento del parto”, *El Notario del Siglo XXI*, 2016, nº 65.

Esta decisión de la madre no supondrá la desaparición inmediata de los deberes generales derivados de la filiación (alimentos y asistencia: art. 110 CC), pero de alguna manera no se le podrán exigir ya responsabilidades a la madre por tales incumplimientos, en tanto haya pasado ya a asumirlos, si no de derecho, sí de hecho, la Administración competente. De hecho, es probable que la intención de la reforma de la LRC sea justamente la de permitir la renuncia inmediata, en el momento del parto, como modo de exonerar a la madre de posibles responsabilidades sobre el hijo, aunque no se diga abiertamente.

A partir de ahí, se produce un período de reflexión de la madre, dentro del cual puede tomar cualquiera de las alternativas de forma totalmente libre, y con consecuencias negativas para la recuperación de la custodia, si esa fuese su decisión última.

Pasadas las seis semanas desde la primera manifestación de la madre, si es que se produce nada más sobrevenir el parto, se haría precisa *una segunda manifestación, ratificando la hecha en origen, o rectificándola*, si es ese el deseo de la madre, de modo que, siendo lo primero, tendría eficacia frente a cualquier adopción ulterior, sea cual sea, y ya no debería ser preciso su asentimiento puntual a una concreta adopción propuesta por el ente público, ya que la madre se encontraría, como mínimo, “incurso en causa de privación de la patria potestad”, a los efectos de no ser preciso ya su asentimiento a esa adopción⁴⁸³.

⁴⁸³ En este sentido se puede citar la **Sentencia de la A.P. de Valladolid (Sección 1) de 21 de septiembre de 2007**, que habla justamente de *ese doble acto o doble manifestación*, necesaria para hacer eficaz la exclusión de su asentimiento en una futura adopción:

“La controversia suscitada en el juicio verbal tramitado en este proceso de adopción en la que se dilucida si es necesario el asentimiento de la Sra. Frida para la adopción de su hijo Rogelio por terceros o si basta simplemente con que sea oída a dichos efectos entraña, tal y como ya indicaba esta misma Sala en sentencia de 1 de diciembre de 2003 , un problema humano de gran contenido ético y moral

...En este sentido, debe indicarse que desvirtúa acertadamente el Juez de Instancia el error de consentimiento que se aduce por la apelante cuando entregó a su hijo a los Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León, pues dicha entrega se produjo en un doble acto, primero mediante la entrega física del menor a los dos días del nacimiento del mismo, renunciando a su guarda y custodia, y 30 días después ratificando su actuación con la prestación de expreso asentimiento a la adopción, de tal manera que con independencia de que no se haya acreditado que no fue debidamente informada de las consecuencias de sus actos, sino más bien al contrario, bien pudo durante todo este tiempo sopesar el alcance de la decisión tomada, sin que tampoco después y hasta que ha sido citada en el proceso de adopción se haya interesado formalmente y de forma fehaciente para la recuperación del menor.

*...Como bien se indica por el juzgador el proceso de adopción es iniciado precisamente cuando se constata la imposibilidad de reintegración del menor a su familia de origen, y esta situación se produce cuando la sra. Frida ratifica mediante su asentimiento a la adopción su intención de no hacerse cargo del menor desentendiéndose del mismo en manos de la Entidad Pública, la cual inicia el proceso definitivo de adopción precisamente una vez constatada la **renuncia** de la madre biológica a ocuparse del menor...”.*

Es más, *puede ser incluso dudoso que, en tal situación, sea necesaria su audiencia*, tal como prevé el art. 177.3.1º CC, ya que esa declaración de renuncia, confirmada por el paso del plazo legal de seis semanas, tendrá a nuestro juicio la virtualidad de destruir su patria potestad, al suponer una privación automática de la misma, en cuanto consentida y querida por la propia progenitora, con lo que se excluiría también el trámite de audiencia⁴⁸⁴. A este respecto, es muy posible que el citado art. 177.3 CC esté pensando en otros supuestos distintos del analizado para preservar a los progenitores el derecho de audiencia (en cuanto padres “no privados de la patria potestad”).

En este sentido, el hecho de regularse en la ley (de forma ya explícita, tanto en el CC como en la LRC) esta posible manifestación de renuncia, en el plazo señalado, puede ser entendido como *una nueva y adicional causa de extinción/privación de la patria potestad*, junto a las de los arts. 169 y 170 CC, en la que no sería necesario un pronunciamiento judicial. A este respecto, creemos que no tiene sentido permitir la intervención, a través del asentimiento o incluso a través del trámite de audiencia, a quien de forma reiterada en el tiempo (y *doblemente*) ha manifestado de forma explícita y documentada su voluntad de abdicar de su filiación respecto del hijo nacido, de modo que su falta pudiera hipotéticamente poner en peligro la adopción⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ Por supuesto, esto no excluye un posible vicio del consentimiento, que por cierto sería muy dudoso, salvo, por ejemplo, un error de derecho sobre los plazos o el momento para renunciar.

⁴⁸⁵ No obstante, debe advertirse que esta conclusión chocaría aparentemente con lo dispuesto en el art.37 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que, además de fijar la posibilidad de renuncia o asentimiento genérico prestado ante la entidad pública, fija sin embargo un plazo de efectividad de la misma de *seis meses*, por lo que transcurrido ese plazo, deberían volver a prestarlo, ya sea genéricamente, ya en relación a unos adoptantes concretos que hubieran sido seleccionados.

Dice el citado art. 37 LJV:

Artículo 37. Asentimiento y audiencia.

1. También deberán ser citados, para prestar el asentimiento a la adopción ante el Juez, las personas indicadas en el apartado 2 del artículo 177 del Código Civil.

No serán citados aquellos que, siendo necesario su asentimiento, lo hubieran prestado con anterioridad a la iniciación del expediente ante la correspondiente Entidad Pública o en documento público, salvo que hubieran transcurrido más de seis meses desde que lo hicieron...”.

De llevar hasta sus últimas consecuencias lo señalado en la LJV sobre esa caducidad del asentimiento a la adopción, y aplicarlo a todo tipo de situaciones, lo cual es dudoso para los casos aquí analizados, se estará de alguna manera propiciando una posibilidad de revocación implícita de los efectos de la renuncia, lo que no parece muy lógico, dada la necesidad legal de reiteración de dicha renuncia. El hecho del que el art. 177.1.V CC señale que en las adopciones con propuesta previa de la entidad pública no se admitirá que el asentimiento se refiera a adoptantes determinados, y que el mismo art. 177.1 hable de progenitores “incurtidos en causa de privación de patria potestad”, hace pensar que la ratificación por la madre de su voluntad de renunciar a la filiación pasados las seis semanas sea justamente uno de estos casos, y por tanto, no debería aplicarse esa norma del la LJV sobre la caducidad de seis meses, que parece se refiere a progenitores no incurtidos o a adopciones singularizadas. Téngase en cuenta además que la LJV es norma

- No regulan específicamente estas normas una cuestión muy importante, como es la **revocabilidad de la renuncia al hijo**, cuando ésta es manifestada nada más nacer, al quedar condicionada su eficacia, como sabemos, a la ratificación ulterior pasadas las seis semanas. Esto último puede no producirse, en la medida en que la madre cambie de opinión, lo que supondrá una revocación de la primera manifestación realizada.

Por tanto, es claro que en una cuestión tan espinosa como ésta, la ley debe reconocer implícitamente la facultad de revocar el consentimiento prestado en las semanas posteriores al nacimiento, pero no lo hace adecuadamente. Por ejemplo, nada se dice sobre la forma de hacerlo, por lo que no parece preciso que se haga por escrito, ni siquiera tampoco que se haga ante el mismo ente ante el cual se hizo la primera manifestación, debiendo ser suficiente con que se haga *con carácter recepticio*, de modo que haciéndolo fehacientemente ante otro sujeto o entidad (v.gr, por vía notarial), llegue a conocimiento del ente público correspondiente, incluso aunque lo haga más allá del plazo legal.

La doctrina ha admitido esa posibilidad de revocación del asentimiento sin problemas, aunque algunos han exigido que se notifique a la entidad pública antes de que se presente en el Juzgado la propuesta de adopción⁴⁸⁶.

Por tanto, no debe considerarse primordial que llegue la revocación dentro del período de seis semanas fijado legalmente, pudiendo llegar después, en tanto se pueda constatar que la revocación se hizo antes del transcurso de esas seis semanas⁴⁸⁷.

La revocación de la que hablamos, en los casos en que finalmente tenga lugar lícitamente, producirá efectos automáticos, en cuanto a la recuperación de los deberes y facultades maternos, con independencia de que se restituya físicamente al hijo a su madre.

adjetiva o procesal, que debe poder enmendar las normas del Código civil, que son las que fijan las condiciones materiales para el asentimiento y su eficacia, en orden a la posterior adopción.

Por otro lado, si se lee correctamente la norma del art. 37 LJV, la salvedad del transcurso de más de seis meses desde que se manifestó el asentimiento, constituye en realidad una excepción a la excepción, de modo que sólo sería aplicable a aquellos casos que, *siendo necesario el asentimiento*, ya se hubiera prestado ante la entidad pública o en documento público. Pero a nuestro juicio, *deja fuera el caso en que no sea necesario ese asentimiento, por ejemplo, por encontrarse "incursos en causa de privación de la patria potestad"*, en cuyo caso no habría que prestar en ningún caso asentimiento ante el juez que decida la adopción. Por lo tanto, siendo la manifestación expresa de renuncia a la filiación un caso evidente en el que el concreto progenitor se halla "incurso" en causa de privación -cuestión distinta es que un juez finalmente lo llegue a declarar, o resuelva la privación efectiva-, entonces no habrá que prestar ese asentimiento en ningún caso, ni haya que renovar nada ante el juez de la adopción.

⁴⁸⁶ Así, ESPADA MALLORQUÍN, S., "La adopción en el Derecho Civil común", en el libro *Derecho de Familia* (Coord. Gema Díez-Picazo Giménez) cit., pag. 1783.

⁴⁸⁷ Al margen de este supuesto, es probable que esa revocación, en tanto sea expresa e inequívoca, quizás también podría tener lugar pasadas ya las seis semanas, siempre que no se hubiera iniciado el proceso adoptional y no se hubiera generado una situación de hecho respecto del menor, ya sea entregando el hijo en acogimiento a terceros, con una finalidad final de adopción, u otra situación asimilable.

No pueden existir objeciones por parte de la entidad pública, ni por parte de los acogedores provisionales, si los hubiera, pues la ley es taxativa al respecto, haciendo que la maternidad produzca sus efectos en cierto modo retroactivamente, pues será como si la madre nunca hubiera renunciado a su hijo. En casos de ponerse obstáculos a dicha restitución del hijo, la entidad pública podría incurrir en responsabilidad, como ha sucedido con diversas sentencias de Salas de lo Contencioso Administrativo en las cuales se condenaba a la Junta de Andalucía a una indemnización relevante por daños morales, por haber incumplido su deber de restituir al hijo a su madre⁴⁸⁸, así como con alguna conocida resolución, como el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6ª) de 30 de diciembre de 2005, que condenó a dicha institución a pagar 1,4 millones de euros por un desamparo ilegal. Esta posibilidad sería perfectamente viable también en casos en que se hubiera decidido por la madre revocar dentro de plazo su manifestación de renuncia, y no hubiese sido atendida esa voluntad por la entidad pública correspondiente.

Cuestión distinta, una vez decidida la revocación de la renuncia primera al hijo, es la posibilidad de tener que responder patrimonialmente frente a la Administración por los posibles gastos ocasionados, a los cuales lógicamente tendría que hacer frente, si los hubiera habido. Entendemos que no habría inconveniente en obligar a la madre a tener que hacerlo, pero lógicamente sin que ello suponga retener al hijo mientras no se pague lo debido. Debe evitarse a toda costa vincular de algún modo la decisión de recuperar al hijo de las consecuencias económicas negativas para la madre derivadas de esa recuperación. Esta es una cuestión crucial, en cuanto debe propiciarse que la decisión final de la madre de quedarse o no con el hijo no pueda depender de circunstancias ajenas a su decisión personal acerca de su capacidad subjetiva y su idoneidad para ocuparse del recién nacido.

La norma analizada del art. 177.2.2º.II CC, respecto de esta manifestación de la madre de renuncia a la filiación, es muy incompleta, en cuanto, además de lo anterior, no explicita nada sobre lo siguiente:

1.- No dice nada acerca de si tal manifestación podría hacerla igualmente, a tal fin, *el padre biológico* (casado o no con la madre). Pensamos en el supuesto de que, siendo una pareja casada o no casada, los dos progenitores estén perfectamente identificados al nacer el hijo, y padre y madre adopten conjuntamente la decisión de dar al hijo en adopción *renunciando* de hecho a su filiación.

Al efecto, podría pensarse en una aplicación por analogía al padre del mismo régimen que a la madre. Sin embargo, parece que las razones por las que se ha previsto legalmente ese plazo para la madre responden a la idea de solventar la fase de puerperio, que puede conllevar un cierto rechazo inmediato a la responsabilidad sobre el hijo, en suma, responden a motivos propiamente biológicos. Es obvio que estas razones no son trasladables al padre biológico que quiera renunciar al hijo nacido. Téngase en cuenta

⁴⁸⁸ Cabe citar al respecto las Sentencias del TSJA (Sala de lo Contencioso Administrativo Sevilla) de 5 de abril de 2006, 7 de noviembre de 2007, o Sentencias TSJA (Sala de lo Contencioso Administrativo Granada) de 30 de septiembre de 2013 y 7 de julio de 2014, o la STS (Sala 4ª) de 21 de octubre de 2011.

además que el padre, siendo filiación no matrimonial, habrá realizado un acto de reconocimiento del hijo pocos días antes, por lo que será muy poco probable la posibilidad de una renuncia posterior en tan corto espacio de tiempo.

No obstante, puesto que no es descartable que la renuncia de la madre pueda arrastrar la renuncia del padre biológico a pesar de su acto de reconocimiento, deberíamos poder recurrir a algún tipo de pauta legal a la hora de valorar el modo y las consecuencias de una decisión contraria del padre renunciando a su filiación. A nuestro juicio, no se podrían aplicar los plazos previstos para la madre, debiendo regirse por pautas más genéricas, en el sentido de admitir la posibilidad de renuncia del padre -negárselo al padre y permitírsele a la madre sería legalmente incoherente-, debiendo manifestarla de manera fehaciente, ya sea ante la entidad pública, ya por cauce notarial, *en cualquier tiempo, sin sujeción al plazo de seis semanas*.

Este mismo criterio debería valer para la madre cuando pretenda renunciar a su filiación *en momento posterior a las seis semanas*, debiendo regirse por los criterios generales, a los que más abajo nos referimos. En estos casos, se podrán producir o no efectos inmediatos, en tanto haya o no otras actuaciones de uno u otro progenitor demostrativas de su voluntad de desentenderse del hijo, como luego se analiza.

2.- Tampoco se dice nada en la ley sobre otros posibles efectos de esa renuncia o asentimiento en ámbitos distintos de la adopción.

Por ejemplo, es evidente que el art. 110 CC impide formalmente que la madre, cuya filiación ha venido ya determinada por el parto mismo, haya sido o no inscrita en el Registro Civil, pueda dejar de prestar los alimentos a su hijo, por lo que seguirá obligada a ello. Sin embargo, no cabe duda de que, estando controlado todo ese proceso por la Administración competente, será ella la que se ocupe materialmente de asegurar los alimentos al hijo, siendo improbable que pueda luego pedir el reembolso de lo abonado a la madre en el tiempo anterior al momento en que se haya consumado la adopción. Es decir, en la medida en que esa renuncia se confirme con el paso del tiempo y se produzca la ratificación posterior de la madre una vez pasadas las seis semanas, *no parece que se puedan reclamar los costes de la manutención del hijo a la misma, por ese período de tiempo*.

Del mismo modo, en los casos analizados de renuncia de la madre *confirmada* tras las seis semanas, resultará difícil imponer a la madre el deber de responder de los daños causados al propio hijo en ese período, como consecuencia de una hipotética vulneración del deber de asistencia y vigilancia. Hemos de suponer que ese deber lo habrá asumido la entidad pública correspondiente, como guardadora legal, siendo ella la responsable, y sin posibilidad de repercutir los daños en la madre renunciante.

En conclusión, parece que ese acto de renuncia unilateral de la madre a su propia filiación, puede producir, si no de derecho, sí *de hecho*, el efecto de *hacer cesar buena parte, si no*

todos, los vínculos de filiación (y también por derivación, los propios de la patria potestad), incluidos los deberes de alimentos y asistencia del art. 110 CC, por la sola voluntad de la madre renunciante, aun cuando no se haya producido aún la adopción de terceros.

Por otro lado, debe seguramente distinguirse entre lo que sería la renuncia unilateral a la filiación, y *los posibles actos de renuncia contenidos en un acuerdo entre el progenitor y el hijo (más exactamente, el representante legal del hijo).*

En este último grupo de casos, existe norma aplicable, como es el art. 1814 CC, que *prohíbe expresamente las transacciones sobre el estado civil*, refiriéndose dentro de esos casos, de manera singular, a los acuerdos de renuncia a reclamar la filiación en el futuro a cambio de algún beneficio económico o de otro tipo de contraprestación⁴⁸⁹. No obstante, sobre esto se vuelve más adelante.

9.2.3.- Análisis breve de la doctrina jurisprudencial en la materia:

9.2.3.1.- El asentimiento paterno como posible acto de renuncia a la filiación y la patria potestad en la doctrina jurisprudencial. La renuncia a la filiación manifestada al hilo de un procedimiento adoptional.

Debemos comprobar si lo dicho con anterioridad sobre los actos de renuncia a la filiación ha encontrado algún respaldo a nivel jurisprudencial.

A este respecto, debemos adelantar que las sentencias consultadas poco dicen sobre los problemas antes planteados. No obstante, es relativamente habitual hacer afirmaciones a la inversa, esto es, confirmar la existencia de resoluciones judiciales que califican - inadecuadamente, a nuestro juicio- la situación de “*estar incurso en causa de privación de la patria potestad*”, a efectos de la adopción del hijo, como un supuesto de renuncia implícita, aunque *la califican*, indebidamente a nuestro juicio, como renuncia *a la patria potestad*, cuando, en realidad, debería ser propiamente una forma de renuncia *a la filiación*.

⁴⁸⁹ Debe no obstante advertirse que no está excluida la posibilidad de otro tipo de acuerdos bilaterales de renuncia a la filiación, v.gr. entre los propios progenitores cuya filiación estuviera previamente declarada legalmente, en los que no haya propiamente una renuncia de los mismos al estado civil de progenitor, por lo que no sería aplicable directamente el art. 1814 CC. En estos casos, la fijación convencional de algún tipo de contraprestación a cambio de la renuncia, podría dar lugar a una calificación del acuerdo como nulo por inmoral o incurso en una causa ilícita o inmoral. Sobre ellos se vuelve en parte más adelante cuando se hable de los acuerdos de renuncia en el ámbito de la patria potestad.

Así se comprueba, por ejemplo, en la **Sentencia de Audiencia Provincial de Navarra de 22 de junio de 1992:**

“Pues bien de la regulación establecida en el art. 177.2 en que se utiliza la expresión «deberán asentir», debe concluirse en coincidencia con el juzgador «a quo» y discrepando por ende con lo sostenido por la recurrente, que el asentimiento es una «conditio iuris» (así lo califica también Sáncho Rebullida y la STS 19-2-1988) de manera tal que se elimina el carácter potestativo de la intervención de los que deben asentir, pues es un deber, una necesidad su intervención, ya que en definitiva supone una vía excepcional de renuncia voluntaria a la patria potestad, de ahí que no pueda producirse la adopción sin contar con los titulares de aquélla, pues la adquisición por parte del adoptante de la patria potestad sobre el adoptando debe ir precedida de la pérdida, en este caso por renuncia, de los padres por naturaleza”.

También es muy claro el **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 3 de julio de 2007:**

“No pueden admitirse, en modo alguno, los motivos formulados por la apelante en su escrito de recurso, a tenor de las circunstancias acreditadas y por aplicación del principio del interés superior de los menores. Ha quedado probado, a través de la prueba documental obrante en autos, que la propia apelante renunció a sus hijos Roberto y Miguel en el mismo momento en que nacieron, como ella misma reconoce, por el hecho de que consideraba que no podía hacerse cargo de ellos, planteándose igualmente en su escrito de recurso que sus circunstancias actuales tampoco son proclives para atenderles. De hecho, tras reconocer el hecho de la renuncia formalizada y la imposibilidad actual de tenerlos consigo, muestra su voluntad a que se mantenga la medida de acogimiento preadoptivo de los menores con todos los efectos que de ella se deriven.

Tanto el abandono de los derechos y deberes inherentes a la potestad que comporta la renuncia a los nacidos efectuada por la apelante, como la aceptación del acogimiento preadoptivo de sus hijos que expresamente manifiesta la apelante, son hechos que permiten y justifican la constitución de la adopción de los menores, incluso sin necesidad del asentimiento de la madre biológica, de conformidad con los artículos 122.1.b y 13.1 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, de protección de los menores desamparados.

En el momento del nacimiento, la apelante, madre biológica de los nacidos, formalizó su renuncia a los mismos y a los derechos y obligaciones inherentes a la potestad, teniendo pleno conocimiento de lo que ello supone y conlleva legalmente. En consecuencia, en fecha 20 de octubre de 2005 se declaró la situación de desamparo de los menores y al mes siguiente pasaron a convivir con los actuales padres adoptivos, constituyéndose en fecha 24 de febrero de 2006, su acogimiento preadoptivo, habiendo quedado acreditada la adecuada evolución en cuanto al desarrollo integral de los menores en este marco familiar.

En ningún momento la madre biológica se ha opuesto a las medidas de protección acordadas en interés de los menores y por ello entendemos que nada justifica su actual oposición a la adopción. Además, lo que resulta esencial, en nada favorecería a los menores la no consolidación del proceso de adopción iniciado, al constatarse que se hallan en el seno de una familia que les aporta todo lo necesario para su total y adecuado desarrollo emocional y físico y con la que llevan conviviendo desde que tenían un mes de vida.

La pretensión de la apelante de que se mantenga el acogimiento preadoptivo con carácter indefinido y que se revoque la adopción constituida, no sólo no tiene ninguna justificación ni fundamento, sino que resultaría contraria a la normativa legal aplicable al interés superior de los menores”.

Esta resolución de la A.P. de Barcelona resulta interesante, por cuanto que admite que *la revocación de la renuncia al hijo puede explicitarse* no sólo mediante una manifestación *ad hoc* revocatoria, sino también a través de una oposición a las medidas de protección acordadas respecto del hijo. No obstante, para ser efectiva esa oposición, habría que haberlo hecho *dentro del plazo de las seis semanas* posteriores al parto.

Por tanto, es muy dudoso que se pudiera considerar como revocación el hecho de presentar, dentro del plazo de *dos años* previsto en el art. 172.2 CC, escrito de oposición por la progenitora a la declaración de desamparo y las medidas derivadas del mismo, como parece desprenderse de esta resolución judicial.

Así, el hecho de que se disponga de un plazo de dos años en dicho precepto legal, no creemos que sea aplicable al presente caso en el que ha habido un acto explícito de renuncia al hijo, ratificado por el transcurso de las seis semanas del art. 177 CC: aquella norma está prevista para otro tipo de situaciones, en las que por ejemplo haya habido alguna irregularidad en el procedimiento administrativo. Así pues, a lo sumo (y podría ser discutible), sólo sería posible, en el caso aquí examinado, una ampliación del plazo para la revocación si, pasadas las seis semanas, aún no se hubiera adoptado por la entidad pública una medida específica de protección del menor, mediante su entrega a una familia acogedora, con fines adoptionales, y siempre que se pudiera acreditar una inequívoca voluntad sobrevenida de los padres de ocuparse del hijo, manifestada en actos externos que lo demostrasen.

En relación a la necesidad de diferenciación antes señalada entre renuncia a la filiación y renuncia a la patria potestad, conviene aclarar que serían diferentes sus efectos. En los casos hasta ahora examinados, la renuncia a la filiación, en especial la de la madre en el plazo legal de seis semanas, producirá en su momento, esto es, una vez consumado dicho plazo, la pérdida total y completa de los derechos y facultades inherentes a ella, así como la de las obligaciones legales derivadas de la filiación (las de alimentos y asistencia del art. 110 CC), que son independientes de la existencia o no de patria potestad a su cargo. En cambio, la renuncia a la patria potestad, en cuanto sea viable, como se verá en el apartado siguiente de este capítulo, sólo afectará a los deberes y derechos de los arts. 154 y 155 CC y demás preceptos concordantes, pero no implicará la desaparición de los deberes del artículo 110 CC, que persisten con independencia de que haya o no patria potestad, mientras subsista la filiación determinada legalmente respecto de ese progenitor o progenitores. Eso no significa que no sea posible una renuncia a la filiación que conlleve, al mismo tiempo, renuncia a la patria potestad, con las consecuencias jurídicas inherentes a ambas, pero *sí es posible e imaginable una renuncia a la patria potestad sin que ello suponga una renuncia a la filiación*, en los términos hasta ahora expuestos.

9.2.3.2.- Sobre la renuncia manifestada mediante acto formal fuera de los supuestos de asentimiento a la adopción:

Frente a los supuestos anteriores, es frecuente encontrar en la práctica de nuestros Tribunales, casos en donde se examina el valor de las manifestaciones escritas u orales de renuncia a la propia filiación y sus efectos (señaladamente la patria potestad), efectuadas fuera o al margen de los procedimientos adoptivos.

Así, sobre una renuncia a la filiación efectuada ante Notario, y el reconocimiento de su relevancia jurídica, es muy claro el **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 18) de 9 de noviembre de 2004:**

*“PRIMERO. 1. El auto impugnado, debe ser ratificado por sus propios, acertados y profundos razonamientos, al resultar éstos perfectamente coherentes con la situación de hecho y con la problemática jurídica planteada en el presente expediente de adopción; abundando en la tesis de la Juez «a quo» y frente a los alegatos revocatorios vertidos por el Ministerio Fiscal en su escrito de apelación, es de remarcar de forma somera, que en el caso que nos ocupa no ha existido incumplimiento de la normativa de pertinente aplicación al caso de autos por parte de la Juzgadora de Instancia, pues se han cumplido perfectamente los requisitos personales y de carácter constitutivo para dar lugar a la adopción previstos en los artículos 115 y siguientes del Codi de Família, incluso lo dispuesto en el artículo 122 del propio Codi, pues aparte de que el padre biológico sólo ha de dar el asentimiento a la adopción **si no está sometido a una causa de privación de la patria potestad**, según el número 1. b) del referido precepto, cual acontece en el presente supuesto en que **la renuncia expresa a ostentar la patria potestad de sus hijas realizada ante Notario, ya representa «per se» causa de privación de la misma**, lo cierto es que, en el caso examinado, aquél, que es súbdito guineano y que vive en su país de origen, además, **ha prestado de forma concluyente su asentimiento a la adopción de sus dos hijas, y a que lleven los apellidos del adoptante, por considerar que es lo más conveniente y beneficioso para las menores, y aunque el número 2. del mentado artículo 122 del Codi de Família, especifique que el asentimiento se ha de prestar delante de la autoridad judicial, ello debe entenderse como una norma de carácter genérico y habitual, pero debe valorarse asimismo que en supuestos realmente excepcionales, como el aquí enjuiciado, en que el padre biológico no puede trasladarse a nuestro país para acudir a prestar su asentimiento, pueda darse de cualquier otra manera, siempre que el mismo resulte claro, evidente, palmario y terminante, y además se haga de forma fidedigna y fehaciente, tal como se desprende de otros preceptos contenidos dentro del mismo Título V que nos ocupa –vid. art. 117, 3. C.F.–, y así lo ha entendido también nuestro Tribunal Supremo, en un caso análogo al de autos, si bien en aplicación de la normativa del Derecho común –antiguo artículo 173 del Código Civil –, al proclamar en la sentencia de fecha 20 de abril de 1987, que debe entenderse que si bien el consentimiento debe prestarse a presencia judicial, también puede darse fuera de la misma «siempre que fehacientemente se pueda justificar su existencia».***

*2. Por ello en el supuesto objeto de examen, en que el padre biológico de las menores Rebeca y Silvia prestó el consentimiento a la adopción de las mismas de manera indubitada y razonada, a través de escritura pública notarial, debidamente legalizada ante la Delegación Regional del Ministerio de Asuntos Exteriores y la del Consulado General de España en Bata, y cuya copia auténtica ha sido aportada a las presentes actuaciones (vid. folios 78 al 81), **debe estimarse tal asentimiento suficiente a los efectos establecidos por la norma. Pero es más, y ello se indica «ex abundantia», en materia de adopción, el artículo 119 del mismo Codi de Família expresa, que «deberá tenerse siempre en cuenta el interés de la persona adoptada», y en el presente caso, es evidente que la adopción de dichas dos menores es realmente beneficiosa para ambas niñas y***

redunda en interés de las mismas...”.

En el caso analizado, no se plantea la posible nulidad de la renuncia con base en ser presuntamente indisponible ya sea la filiación, ya sea la patria potestad. Al contrario, se asume la validez de la renuncia, y se le atribuyen efectos jurídicos, cuando menos para excluir la necesidad de asentimiento a la adopción. Se sigue además el criterio de la no necesidad de formalización ante la autoridad judicial, pudiendo valer en tanto se haga de forma fehaciente e inequívoca.

Por otro lado, es posible encontrar incluso diversas sentencias y autos de Audiencias provinciales en las que se declara que *el acto de renuncia al hijo por la madre tras su nacimiento tiene efectos permanentes, incluso aunque mejore la situación personal y económica de la madre*. Así, es muy clara la **Sentencia de la A.P. de Valladolid (Sección 1ª) de 8 de junio de 2012:**

“Señalado lo que antecede considera esta Sala, tras un nuevo examen y valoración de las actuaciones y pruebas practicadas en la instancia, que en modo alguno se equivoca la Juez "a quo", sino que muy al contrario y en disconformidad con lo que se sostiene en el recurso, la resolución judicial impugnada es absolutamente correcta y ajustada a derecho al ser la misma consecuencia de una ponderada valoración por la Juzgadora de instancia de la totalidad de la prueba que ha sido practicada en el acto del juicio verbal.

Así las cosas, y en absoluta consonancia con lo que ya indicaba esta misma Sala en resoluciones anteriores sobre idéntica cuestión, se estima que resulta ineficaz para enervar los acertados razonamientos de la Juez de Instancia la referencia que se hace en el recurso al cambio de circunstancias concurrentes en el momento actual en relación con las que acontecían cuando prácticamente al tiempo del nacimiento de Yolanda se produjo la renuncia de la madre biológica a su guarda y custodia manifestando su deseo de darla en adopción, pues con independencia de que dichas circunstancias efectivamente hayan mejorado y que objetivamente la situación personal y familiar de la apelante pueda haberse estabilizado, lo cierto es que resulta inobjetable que desde su nacimiento la menor Yolanda ha pasado por diferentes medidas de protección con dispar resultado hasta que en fecha 10 de abril de 2007 se produjo la citada declaración de desamparo de la menor, asumiendo la Junta de Castilla y León su tutela legal, formalizándose inmediatamente el acogimiento familiar simple con familia ajena (10 de julio de 2007) y su inscripción posterior, en fecha 9 de julio de 2008, en la Subsección de menores en situación de ser adoptados, acordándose finalmente el acogimiento familiar preadoptivo por auto de fecha 31 de julio de 2009 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ávila, con lo que es incuestionable que conforme se dispone en el expediente seguido al efecto ante la Administración se constata que se produjo de manera efectiva por la madre biológica el incumplimiento de los deberes legales inherentes a la patria potestad reseñados en los artículos 154 y concordantes del Código Civil, incumplimiento aquél que determina deba considerarse correcta la decisión de entender a la ahora apelante incurso en causa de privación de la patria potestad, declaración que no puede dejarse sin efecto con la mera mención al cambio de situación y al actual interés en reintegrar a la menor a su familia de origen, pues como bien apunta la Juez de Instancia con expresa alusión a resoluciones anteriores de esta misma Ilma. Audiencia Provincial, el factor principal de decisión no es sino el interés de la menor y la adopción de las medidas que favorezcan su beneficio y más adecuada protección para su ulterior desarrollo,

Estas resoluciones judiciales dan fe de que *existe una contradicción importante entre las afirmaciones doctrinales teóricas acerca de la irrenunciabilidad de la filiación, por un lado, y la existencia de frecuentes manifestaciones de renuncia a la misma, por otro, a las cuales los Tribunales no sólo no las consideran inválidas ni ineficaces, sino que les otorgan efectos jurídicos, incluso inmediatos*. Incluso, como vemos, en algunos casos, les atribuyen efectos permanentes, sin posibilidad de reconsideración si se produce un cambio de circunstancias.

9.3.- La renuncia a la patria potestad:

9.3.1.- Introducción. La patria potestad como modelo de potestad o función y sus consecuencias jurídicas:

Es también muy habitual en la doctrina estudiosa de la patria potestad⁴⁹¹ afirmar que la misma, *por tratarse de una función impuesta a los padres, con imposición a los mismos*

⁴⁹⁰ Del mismo modo, en casos de adopción internacional, cabe citar el **Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª) de 30 de abril de 2015**, respecto de una renuncia expresada por la madre marroquí ante las autoridades de ese país:

“De acuerdo con el art. 18 de la Ley de Adopción Internacional, la constitución de la adopción habrá de examinarse de acuerdo con lo dispuesto en la ley material española, al tener, tanto los adoptantes como el adoptado, su residencia habitual en España, autorizada por las autoridades marroquíes.

En el supuesto examinado, los adoptantes reúnen la capacidad necesaria, han prestado su consentimiento y tienen catorce años más que el adoptado.

El adoptado no ha de prestar su consentimiento, al tratarse de menor nacido el NUM000 del dos mil once, por lo que tampoco ha de ser oído, al no contar con suficiente juicio.

En cuanto al asentimiento de los padres, el art. 177 del Código Civil establece que no será necesario cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción.

*En el presente caso, cabe apreciar la imposibilidad de identificación y citación de los mismos, por cuanto del expediente se desprende que se trata de menor cuya guarda y tutela fue cedida por las autoridades judiciales marroquíes a los ahora adoptantes por expresa y voluntaria **renuncia** de la madre al ejercicio de la patria potestad, siendo el menor declarado en situación de abandono o desamparo en resolución dictada por el Juzgado de familia marroquí en fecha 27 de agosto del 2.012 (folio 15)”.*

⁴⁹¹ Utilizaremos en el texto la expresión tradicional de “patria potestad” por razones de facilidad terminológica, aunque somos conscientes de que la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2021 de 4 de

de toda una serie de deberes legales, contenidos en el art. 154 CC, resulta de todo punto irrenunciable⁴⁹². Esta justificación -el que se trata de una potestad o función establecida en interés del hijo menor- es la más frecuentemente utilizada por los autores para sostener, de una u otra forma, la irrenunciabilidad de la patria potestad, en cuanto que sólo se podrían renunciar propiamente a derechos, pero *no a funciones*, esto es, *deberes-derechos*, al estar establecidas en beneficio del hijo, por lo que resultaría contradictorio permitir la renuncia por parte del sujeto obligado.

Así, LACRUZ BERDEJO⁴⁹³ decía hace ya bastantes años que en el Derecho de familia los derechos se conceden a su titular (padres) para poder cumplir mejor sus deberes, de modo que el ejercicio del derecho sólo puede hacerse conforme al deber que le es correlativo; y de ahí deriva la indisponibilidad de esos derechos, y la consiguiente inadmisibilidad de la renuncia y la transmisión. Concluía el autor afirmando que no se puede renunciar a los poderes familiares, de modo que subsisten independientemente de la voluntad del investido con ellos, ya que no nacen para su servicio o utilidad, sino para un fin superior.

La idea de la patria potestad *como función*, en el sentido de atribución a los padres de un conjunto de facultades sobre la persona y bienes de los menores con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumben respecto del sostenimiento, educación, formación y desarrollo de los segundos, está muy asentada en la doctrina⁴⁹⁴.

junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ha modificado el artículo 154 CC, y ha introducido la expresión “*patria potestad, como responsabilidad parental*”, que parece haber alterado la concepción clásica de la institución aunque manteniendo el nombre, pero añadiendo esa idea de “responsabilidad parental”. Lo cierto es que se desconoce qué repercusiones prácticas y reales tendrá esa modificación, dado que el Preámbulo de la citada Ley Orgánica 8/2021 no dedica ni una sola línea a explicar ese cambio ni sus consecuencias jurídicas, si es que las tiene. Parece que se trata sólo de un cambio de mentalidad legal respecto de la figura, en cuanto a despojarla de cualquier señal de poderío paterno sobre los hijos menores, para adaptarla a una perspectiva más moderna de gestión paterna de los intereses de aquéllos en condiciones de equilibrio y respeto.

⁴⁹² Así, entre otros, CASTILLO MARTÍNEZ, C.del C, *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, Ed. La Ley, 2ª edic., Móstoles, 2010, pag. 32-33, quien conecta el interés del menor y la naturaleza de *ius cogens* de las normas sobre esta materia, con la consiguiente imposibilidad de renuncia de los padres.

⁴⁹³ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Ed. Civitas-Thomson-Reuters, Cizur menor, 2011 (Reimpresión de edición de 1963), pag. 25-26.

⁴⁹⁴ Así VAZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., “Las relaciones paterno-filiales. La patria potestad”, en el libro *Derecho de Familia (Coord. G. Díez-Picazo Giménez) cit.*, pag. 1819 y 1822, para quien es una nota de la patria potestad su irrenunciabilidad, “*toda vez que la patria potestad se configura como una institución de orden público*”.

También, BARRIO GALLARDO, A., “Los límites a la autonomía de la voluntad en el derecho de familia”, en el vol. *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio (Dir. Mª A. Parra Lucán) cit.*, pag. 73-74, para quien, en tanto que *officium*, la patria potestad sería irrenunciable, intransmisible e indisponible; no cabe abdicar de ella ni sería tolerable una dejación de funciones, aunque ello no impide sus suspensión o, en casos más graves, la privación de su titularidad, admitiendo igualmente la posible delegación breve y temporal de su ejercicio en familiares o allegados.

De hecho, muy recientemente, encontramos todavía en la doctrina este planteamiento. Así, MESSIA DE LA CERDA BALLESTEROS⁴⁹⁵, examinando el problema puntual de los padres que pretenden solicitar la ayuda pública ante la imposibilidad de educar a sus hijos sobre todo adolescentes, vuelve a dejar sentada acriticamente la idea de la tradicional irrenunciabilidad de la patria potestad, incluso aunque se trate de una medida a la postre beneficiosa para los propios hijos. Para el autor, hay una cierta correlación entre la indisponibilidad de las funciones, en cuanto deberes impuestos a los progenitores/padres, y la irrenunciabilidad, al considerar que no es admisible la abdicación de una potestad que beneficia a otros.

Del mismo modo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo ha ratificado, señalando que *“la naturaleza de orden público que en parte revisten las normas sobre patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto, en principio y sin aprobación del Juez, de pactos privados dirigidos a modificar su contenido, sobre todo si son perjudiciales para dichos menores, ya que no se pueden renunciar los deberes, de manera que la patria potestad es intransferible en situaciones de normalidad ...”* (STS 22 de mayo de 1993). En otro lugar ha dicho (STS 11 de octubre de 1991) que esa idea de derecho-función de la patria potestad hace *“...que su ejercicio se constituya no en meramente facultativo para su titular –como sucede en la generalidad de los derechos subjetivos- sino en obligatorio para quien lo ostenta...”* siendo *“corolario forzoso de ello .. el carácter de irrenunciable que ostentan los derechos .. que impide al mismo abandonar las finalidades que su cumplimiento persigue...”*.

Lo cierto es que no hay ninguna norma en nuestro Ordenamiento jurídico que disponga expresa ni implícitamente la irrenunciabilidad de la patria potestad, efectuada de forma unilateral por parte del padre o progenitor titular. Ello nos lleva a examinar hasta qué punto debe seguir manteniéndose la doctrina tradicional en los momentos presentes, tras la importante evolución producida en el campo de la protección de menores, y si cabe alguna modulación, y si en definitiva tiene algún juego en este tema la voluntad del titular.

A este respecto, nadie niega que la patria potestad (en menor medida, las instituciones tutelares, hoy ya desaparecidas con la Ley 8/2021) se erige históricamente en una función *constituida en beneficio de los hijos menores*, cuyo interés se considera prevalente, y bajo cuya fórmula debe ejercerse dicha tarea (art. 154.II CC). *Resulta entonces un evidente contrasentido defender a ultranza la irrenunciabilidad de la patria potestad cuando la renuncia paterna puede resultar ser al final la mejor opción para el menor, si pensamos en términos de búsqueda del mejor interés del mismo*. Porque, como mínimo, *unos padres que desean desentenderse del cuidado de su hijo o hijos menores, son la peor de las*

⁴⁹⁵ MESSIA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., “La inadmisión de la renuncia de los padres a la patria potestad y las medidas de apoyo a las familias de menores con problemas de conducta”, *Revista de Derecho de Familia*, Nº 89, Octubre-diciembre 2020, pag. 85 ss..

soluciones posibles para el desarrollo personal y psíquico de éstos, si se les obliga a desempeñar (o seguir desempeñando) unas tareas que no quieren cumplir⁴⁹⁶.

El hecho de que el contenido de esta función lo constituyan primordialmente obligaciones (también son derechos y facultades, aunque no ejercitables frente al hijo) no puede constituir un obstáculo a la renuncia. A nuestro juicio, se confunde lo que es una cosa, como el que, una vez determinada la filiación y nacida la patria potestad, los progenitores *no puedan dejar en ningún caso de seguir cumpliendo* las obligaciones impuestas legalmente (las de los arts. 110 y 154 CC), mientras persista esa función, y otra muy distinta que no exista la posibilidad de renunciar a ella, *en cuanto a la posibilidad de que la misma produzca plenos efectos a partir del momento en que se produzca la asunción de funciones asistenciales por parte de un tercero*, sea un nuevo padre adoptivo, sea también un tutor, persona física o institución pública asistencial (art. 172 CC).

Esto obliga a examinar mejor el sentido de lo que sea una potestad o un derecho-función desde el punto de vista doctrinal.

Se nos dice reiteradamente que la patria potestad tiene un marcado *carácter instrumental y finalista* en cuanto constituye la fórmula para conseguir unos objetivos, que son la protección del menor y el mejor desarrollo personal del mismo. *Pero al mismo tiempo se admite la privación de la patria potestad (art. 170 CC)* que, aun cuando atiende también al interés del menor como criterio último para resolverla o negarla, realmente se basa en *incumplimientos graves y/o reiterados* de las obligaciones paternas, *incumplimientos que perfectamente pueden ser debidos a una conducta deliberada y voluntaria de los progenitores de no ocuparse de su hijo y renunciar a sus tareas*.

En esta dirección, no parece que un juez pueda rechazar la solicitud de privación ex art. 170 CC, sea quien sea el que la plantee (cualquier pariente del menor, un defensor judicial del mismo o el Ministerio fiscal) por el hecho de que el incumplimiento sea debido a una conducta *voluntaria o deliberada del progenitor o progenitores*, sino que atenderá a la entidad del incumplimiento, la posible reiteración en el tiempo, así como en última instancia al interés del menor⁴⁹⁷. *Por lo tanto, no cabe duda de que una voluntad renunciadora del padre o madre, o una inactividad deliberadamente continuada de éstos, puede tener una evidente consecuencia jurídica de índole extintiva respecto de la patria potestad*.

De hecho, el que como hemos visto sea posible, para la madre, su renuncia al hijo (más exactamente, a la filiación sobre su hijo y a los consiguientes deberes-derechos derivados de ella), en las seis semanas posteriores al parto (art. 177.2 CC), demuestra que la renuncia

⁴⁹⁶ En contra, MESSÍA DE LA CERDA, *ob.cit.*, pag. 100, quien incluso llega a sostener que ni siquiera es viable una renuncia cuando la misma sirviese para mejorar la protección de los hijos, aduciendo al respecto que se trataría de una solución no contemplada legalmente.

⁴⁹⁷ En contra, MESSÍA DE LA CERDA, *ob.cit.*, pag. 98, para quien la privación de la patria potestad no se puede hacer depender en ningún caso de la voluntad de los padres.

de los progenitores es viable, es lícita y produce efectos. Por lo tanto, siendo posible *en esa fase*, no debería haber obstáculo para hacerlo *en un momento posterior*, por razones muy diversas y personales, y afectar tanto a la madre como también al padre.

Esa renuncia podría ser además, *no sólo una renuncia a la filiación*, sino que *podría ser también, ahora con efecto más limitado, una mera renuncia a la patria potestad sin renunciar a la filiación*, de modo que se extinguiesen los deberes -y derechos- inherentes a esta función recogidos en el art. 154 CC, pero *permaneciesen los propios de la filiación del art. 110 CC*, que como sabemos subsisten al margen de la patria potestad, por mandato expreso de dicha norma legal.

El juego de la autonomía de la voluntad en materia de familia va progresivamente ampliándose, en atención a la debida tutela de los derechos y expectativas de cada sujeto, en particular en atención al libre desarrollo de la personalidad, aquí de los propios progenitores. A pesar de haber una teórica subordinación del interés particular de éstos al de su hijo menor, la situación creada debe llevar a permitir a los primeros liberarse de la carga que en un determinado momento les puede suponer el cuidado y educación de los hijos menores. En este sentido, *no es posible que los poderes públicos puedan forzar a aquellos a realizar y desplegar una labor activa*, un hacer, que aun cuando constitutivo de una obligación jurídica con tintes especiales, *puede llevar a la imposición durante años de una conducta positiva no deseada*.

Ello sucederá en tanto *resulte ser lo más beneficioso para los menores -que lo será prototípicamente siempre o casi siempre*, por ser fruto de una decisión de rechazo de los padres a ocuparse de ellos-, y *en tanto se pueda encontrar*, sea en el seno de la propia familia en sentido amplio, sea en allegados o guardadores de hecho, o en instituciones públicas o privadas asistenciales, *una solución que satisfaga los intereses de aquéllos, en la mejor medida posible*⁴⁹⁸.

En este sentido, existen razones que fundamentan la posibilidad de renunciar a la patria potestad, a través de una manifestación unilateral del titular o titulares de esa función: no sólo la búsqueda del interés o beneficio del hijo, sino también la posible afectación del derecho constitucional a la libertad personal del progenitor (art. 17 CE), a quien no se le puede imponer a la fuerza una relación de convivencia que no quiere. Respecto de esto último, si sabemos que no se le puede imponer a nadie que conviva con su cónyuge, del cual puede separarse en cualquier momento a pesar de tener una obligación “legal” de

⁴⁹⁸ Es cierto que se podría aducir en contra de lo sostenido que el art. 39.3 CE impone a los padres el deber de *prestar asistencia de todo orden* a los hijos, *durante su minoría de edad*, lo que podría justificar una posible irrenunciabilidad de la patria potestad (por correlación con lo sostenido en el capítulo anterior respecto de la irrenunciabilidad de los alimentos a menores por parte de sus padres). Sin embargo, no es igual la prestación alimenticia, que consistirá normalmente en una deuda dineraria periódica, y que en ningún caso obliga a los alimentantes (progenitores) a tener acogidos a sus hijos en el domicilio particular durante la minoría de edad (arg. ex art. 149 CC), que las obligaciones asistenciales inherentes a la patria potestad, mucho más complejas y extensas, en donde existe además un deber de convivencia (art. 154 CC). En este sentido, parece difícil obligar a un progenitor que no quiere, a convivir durante años con un hijo, aun siendo de su sangre, pero de quien de forma más o menos reflexiva ha decidido no ocuparse en el futuro.

convivencia (art. 68 CC), debe suceder lo mismo respecto de los hijos, sean mayores o incluso menores.

Ahora bien, *la eficacia de ese acto de renuncia quedará supeditada en el tiempo a que se designe (legal o judicialmente) un nuevo sujeto como padre/madre, o como tutor del menor, momento a partir del cual esa manifestación de voluntad tendrá ya plenos efectos jurídicos. La ley supedita esa eficacia a un expediente de jurisdicción voluntaria o a una resolución judicial (o una declaración administrativa de desamparo), donde se produzca esa asunción de funciones por la entidad pública o por una persona o familia guardadora, pero el punto de arranque habría sido, en estas situaciones, el acto de renuncia unilateral del o de los progenitores a la patria potestad, de cuya eficacia jurídica no puede dudarse.*

En cambio, pensando ahora en *un pacto o acuerdo bilateral* donde se incluya una renuncia total o parcial a la patria potestad, sí que ha de reconocerse que, *desde esta perspectiva contractual, hay una normativa específicamente aplicable, como es el art. 1814 CC, que en buena medida dispone la irrenunciabilidad, en cuanto establece la prohibición de transigir sobre cuestiones de estado civil.* Es decir, prohíbe el acuerdo en tanto el mismo conlleve una posible obtención de *una contraprestación a cambio de esa renuncia*, como ahora tendremos ocasión de comprobar.

Del mismo modo, pueden reproducirse algunas sentencias de Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo que insisten en la idea de que la patria potestad implica derechos de los hijos frente a los padres, y deberes de éstos frente a los hijos, lo que estaría en la base de esa irrenunciabilidad:

Así, es posible citar la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18) de fecha 9 de noviembre de 2016**, que dice:

*“La potestad no es un derecho subjetivo del progenitor sino una función que se establece en beneficio del hijo o hija, es una responsabilidad que se asume en función de su protección, educación y formación integral. Las funciones que integran la potestad pueden distribuirse de mutuo acuerdo (art. 236-9) y la autoridad judicial también puede acordar su distribución en caso de desacuerdo (art. 236-13) pero en ningún caso se prevé la **renuncia** por parte de uno de los progenitores al ejercicio de parte de las funciones o deberes que son inherentes a la potestad.....El artículo 236-10 prevé el ejercicio exclusivo de la potestad parental por uno de los progenitores en los casos de imposibilidad, ausencia o incapacidad del otro y en el caso que la autoridad judicial lo disponga en interés de los hijos”.*

Puede decirse sin embargo que muchas de estas manifestaciones, u otras similares contenidas en las distintas resoluciones judiciales, son casi siempre bastante superficiales, en cuanto no aclaran con detalle el alcance de lo que afirman, sin hacer distinciones de ningún tipo, ni explicar posibles excepciones.

En particular, un sector doctrinal reconoce que la patria potestad también implica *derechos de los padres*, no imponibles sobre los hijos, pero sí *ejercitables frente a terceros, o frente a las Administraciones públicas, en caso de ponerlos en cuestión.* Así,

CASTAN VAZQUEZ⁴⁹⁹ ya advertía hace tiempo, por ejemplo, que los padres tienen un derecho a reclamar al menor cuando está retenido ilícitamente por un tercero, o el derecho de elegir la educación que quieran recibir sus hijos, *lo que demostraría que, desde esta perspectiva de la patria potestad como derecho, no es descartable la posibilidad de renunciar a tomar este tipo de decisiones, o de decidir no ejercitar dichas facultades, con consecuencias jurídicas diversas, según los casos*⁵⁰⁰.

Esto plantea, por tanto, la cuestión de si, en esa concreta faceta de derechos y facultades ejercitables *erga omnes* (salvo frente a los hijos mismos), podría darse *alguna suerte de renuncia o de modalización limitada a esa o esas concretas facultades, por decisión individual de los padres, o a través de acuerdos con terceros*, con preservación de los deberes frente a los hijos.

Para ello resultaría *condición necesaria que fuese viable de algún modo la escisión o segregación entre el lado activo y el lado pasivo de la función paternofamiliar en que consiste la patria potestad*, en el sentido de permitirse la renuncia, parcial cuando menos, a algunas de las facultades propias del art. 154 CC (o a su ejercicio en un supuesto puntual), sin que ello implique la pérdida automática de los deberes inherentes a dicha función.

A esta última cuestión no se ha referido la doctrina española de forma explícita, al menos que tengamos conocimiento.

Desde una perspectiva actual de las funciones paternas, la respuesta debe hallarse, como no podría ser de otro modo, *en el principio de tutela del interés o beneficio del hijo*. Es decir, la eficacia jurídica, mayor o menor, de la decisión de renuncia o no ejercicio de sus funciones paternas, en su vertiente ahora de derecho o facultad concreta concedida al progenitor, estará en función de que esa decisión del padre o madre de no actuar o no ejercitar una determinada facultad inherente a dicha potestad, teniendo teóricamente deber de hacerlo, *estuviese justificada en que eso era lo más beneficioso para el hijo*, lo cual habrá de valorarse judicialmente cuando sea sometida esa decisión a la consideración del juez o Tribunal. Ello no necesariamente supondrá la pérdida del conjunto de los poderes, ni constituirá por sí sola una causa de privación de la patria potestad. Sólo lo será en la medida en que esa renuncia a ejercitar alguna de las facultades derivadas de la función paterna, resulte perjudicial para el hijo menor, pero no si la renuncia le beneficia, o al menos no le supone un perjuicio.

En cambio, sí sabemos que está admitido doctrinalmente de manera expresa que los padres puedan *delegar* en terceros todas o algunas de sus facultades/deberes, en tanto se

⁴⁹⁹ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M^a, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, tomo I, Madrid, 1991, pag. 547.

⁵⁰⁰ Ya vimos más arriba cómo VON TUHR, en Alemania, admitía la posibilidad de los padres de renunciar al derecho de usufructo paterno sobre los bienes de los hijos menores, concedido como una facultad incluida dentro de la patria potestad, hoy ya desaparecida nuestro Código Civil.

den determinadas condiciones o exigencias⁵⁰¹, básicamente referidas a que no supongan de hecho una intención implícita de desistir de sus funciones, y en tanto no resulten lesivas para el hijo⁵⁰².

Téngase en cuenta que toda la doctrina tradicional sobre la irrenunciabilidad de la patria potestad contrasta frontalmente con lo dicho más arriba sobre la posibilidad legal y jurisprudencial de renunciar a la filiación misma, y sus efectos. En tanto hemos comprobado, en el apartado anterior sobre filiación, que la propia ley acoge formalmente la posibilidad, en determinadas situaciones (que no es seguro que excluyan a otras posibles), de renunciar a la filiación misma, con unos efectos inmediatos y otros diferidos, *existiría, en consecuencia, base para cuestionar la doctrina tradicional sobre patria potestad, al ser ésta un efecto natural y casi siempre automático de la determinación legal de la filiación.*

Por lo pronto, no por el hecho de que la ley no haya previsto la renuncia a la patria potestad, la misma está automáticamente excluida. Otra cosa serían los efectos de esa manifestación de voluntad.

Por ejemplo, *podría pensarse en una renuncia con eficacia (inmediata) inter partes, entre los propios progenitores, cuando sea solo uno de ellos el que renuncia.*

En estos concretos casos, es sabido que, legalmente, existe una previsión expresa al respecto, en cuanto *el acto de renuncia de un progenitor puede tener el efecto automático de asignar las funciones decisorias, en exclusiva, al otro progenitor, conforme a lo dispuesto en el art. 156.V CC, para los casos de “defecto” de uno de los padres, o de “incapacidad o imposibilidad” de uno de ellos (sin por eso hacer desaparecer, por la sola voluntad del sujeto renunciante, su deber de alimentos, que como sabemos persiste por mandato del art. 39 CE y del art. 110 CC).* Téngase en cuenta que esa “imposibilidad” a que alude la norma citada puede tener su origen tanto en un hecho externo o de fuerza mayor, como en una decisión unilateral *de naturaleza puramente voluntaria* del concreto padre, dado que la ley no excluye estrictamente esa situación.

Cuestión distinta, como antes se avanzó, sería un pacto de renuncia con contraprestaciones a cargo del otro, que sería o podría ser un pacto probablemente inmoral o con causa ilícita. En este sentido, debe ponerse de nuevo en tela de juicio la tradicional asimilación de la indisponibilidad con la irrenunciabilidad. El que no se pueda disponer de las funciones paternas, ya sea mediante su cesión definitiva (total o parcial) a otro (sea el otro progenitor o un tercero), ya mediante una renuncia onerosa o con contraprestación, lo que puede tener una buena justificación desde la perspectiva moral y legal, no debe llevar a la automática conclusión de que no se puede renunciar

⁵⁰¹ Vid. al respecto RUIZ-RICO RUIZ, J.M., *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, ed. Comares, Granada, 1989.

⁵⁰² Vid. al respecto RUISANCHEZ CAPELASTEGUI, C., *La privación de la patria potestad*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006, pag. 91-93.

unilateralmente, en una u otra forma, a ejercer (o seguir ejerciendo) las funciones paternas.

Cuando hablamos de *una renuncia unilateral* del padre o progenitor, bien sea la de ejercer *ab initio*, nada más adquirirse la patria potestad por efecto de la determinación de la filiación, bien sea la de renunciar a seguir ejerciendo los distintos deberes paternos a partir de un momento dado, de forma sobrevenida, *entendemos que no puede tener el mismo tratamiento que el pacto de renuncia o de transmisión*. Estamos pensando en aquellas situaciones en las que el padre o madre toman, de forma separada e individual, *una decisión personalísima de no seguir ejerciendo sus funciones paternas*, unas veces bien sopesada, otras veces adoptada en una situación angustiosa por las circunstancias personales, pero que siempre va a repercutir en el hijo.

Pero precisamente por repercutir de forma inmediata en el estado del hijo, *no puede ser descartada en su eficacia*, con base en una mera concepción doctrinal o planteamiento jurídico abstracto, que se pudiera desenvolver al margen de la realidad vivida por ese menor. Son relativamente habituales en la práctica los casos en que uno o ambos padres renuncian de una u otra forma a la patria potestad adquirida, o a algunas de sus facultades, *y sin embargo, los Tribunales no tienen más remedio que otorgar en muchos casos efectos jurídicos mayores o menores a esa manifestación, por resultar la manera más adecuada de tutela de los intereses del menor*.

En este sentido, debemos pensar que una renuncia *unilateral* (no por pacto) de uno de los progenitores, *debería tener un efecto jurídico inmediato: el de excluirlo de algunas de sus tareas o deberes, en cuanto con seguridad no los va a cumplir satisfactoriamente, por desinterés, desgana o abandono*. Nos referimos a los deberes de guarda o convivencia, o incluso al de velar por el hijo⁵⁰³. En tales situaciones, una vez resuelto el problema de la asignación de las funciones de guarda, vigilancia y representación, se producirá el trasvase total e inmediato de deberes-derechos, bien a favor del otro progenitor/padre, conforme al citado art. 156 CC, bien a favor del tutor en algunas de las modalidades previstas legalmente, cuando no exista el primero o esté excluido previamente de esas funciones.

Para comprobar la veracidad de lo que se sostiene, nada mejor que examinar casos jurisprudenciales donde se plantea el problema, y se adoptan soluciones.

⁵⁰³ Cuestión diferente es lo que ocurra si, por abandono de esos deberes, se causan daños a terceros por descuido en la vigilancia del hijo: en estos casos, ¿respondería incluso el renunciante? A nuestro juicio, sí lo haría frente a terceros, pero en las relaciones internas, lo haría el otro progenitor, en la medida en que fuese fruto de un acuerdo. Si no hubo tal acuerdo, la cuestión sería más dudosa, debiendo seguramente aplicarse el criterio del art. 1903.II CC, según quien tuviera la guarda de hecho en esas situaciones.

9.3.2.- La renuncia a la patria potestad en la jurisprudencia. La renuncia como base o fundamento para acordar la privación de la patria potestad:

Aunque pueda resultar sorprendente, es habitual en la práctica encontrar situaciones en las que uno o ambos progenitores realizan un acto o negocio jurídico de renuncia a la patria potestad que por ley les corresponde. Así, es posible citar un número relevante de sentencias y resoluciones judiciales donde tales actos aparecen.

La cuestión que debemos resolver es *el valor jurídico* que se puede atribuir a tales actos, y si los mismos pueden considerarse lícitos, y/o productores de algún tipo de efectos.

Por lo pronto, parece claro que *estas manifestaciones de renuncia se han venido planteando ante nuestros tribunales al hilo de su consideración como posible causa para acordar la privación de la patria potestad*, o bien para considerar a dicho progenitor o progenitores *como incurso en causa de privación* (a los efectos de excluir su asentimiento en el actual o inminente proceso de adopción del hijo menor, conforme al art. 177.2 CC)⁵⁰⁴.

Existen sentencias del TS y de Audiencias Provinciales, al margen de las recogidas más arriba sobre renuncia a la filiación, que consideran que una manifestación efectuada por un progenitor, en documento público notarial o documento privado, de renuncia a su hijo, o a ocuparse de su hijo, o bien de renuncia a su derecho de visitas al hijo previamente concedido al progenitor en proceso de separación o divorcio (o por acuerdo previo entre los cónyuges), puede ser base suficiente para una ulterior solicitud y declaración judicial de privación de la patria potestad, con el consiguiente efecto de hacer desaparecer los deberes paternos (salvo los de velar y alimentar: art. 110 CC).

1.- Así es posible encontrar supuestos en que hubo **renuncia expresa**, normalmente **documentada**, por parte de la madre, siendo el caso más frecuente el de manifestación, tras el parto, de la voluntad de renuncia al hijo al que se ha dado a luz por parte de la madre, efectuada normalmente ante la entidad pública o Administración competente, quien recoge esa manifestación.

Así se comprueba, por ejemplo, en la **Sentencia de la A.P. de Alava (Sección 1ª) de 29 de diciembre de 2004**, en donde la madre, reclusa en centro penitenciario, de forma expresa, renunció a su hija, a pesar de que se le ofreció traslado a otro Centro donde podría ocuparse de ella, siendo por ello privada de la patria potestad.

2.- *Otras veces esa renuncia a la patria potestad se constata a través de un documento privado entre padre y madre, en el que uno de ellos renuncia frente al otro a la hija, asumiendo este último la guarda exclusiva del hijo, documento que aparece en momento*

⁵⁰⁴ Sobre la conexión entre pactos privados de renuncia y privación de patria potestad, vid. QUESADA GONZÁLEZ, M.C., *Derecho de familia Vol. II. Diccionario práctico de Jurisprudencia*, ed. PPU, Barcelona, 1992, pag. 689.

posterior cuando se solicita la privación de la patria potestad. Al respecto, la **Sentencia de la A.P. de Barcelona (Sección 18) de 11 de junio de 2019** recoge este supuesto:

*”En el caso de autos, se ha acreditado que el demandado no ha tenido relación con su hija Genoveva, de 7 años de edad en este momento, desde que los progenitores se separaron cuando la niña contaba con dos años de edad. El padre no se interesado por la evolución de la niña ni le ha dado soporte económico o afectivo de ninguna especie. **Ambos progenitores firmaron un documento cuando se separaron por el que el Sr. Paulino "renuncia a la niña..."**, cediendo así a la madre el cuidado y atención de la hija común. Tampoco ha comparecido en primera instancia para solicitar el reinicio de la relación con su hija, por lo que fue declarado en rebeldía y en esta alzada se ha opuesto al recurso con argumentos jurídicos, pero en ningún momento ha manifestado que pretenda ejercer la potestad que como titular mantenía sobre la menor. No ha pedido visitas ni mantener relación alguna con su hija.*

El incumplimiento de los deberes de auxilio material hacia la menor ha sido constante y absoluto, puesto que el padre nunca cumplió con la obligación de contribuir a sus alimentos.

La actora, madre de la menor, ha venido ejerciendo en solitario las funciones y responsabilidades derivadas de la patria potestad...”

Esta sentencia no anuda de forma directa e inexorable el documento de renuncia con la privación de la patria potestad, sino que analiza la conducta posterior del renunciante, por si pudiera ser confirmatoria o no de una voluntad continuada de desentenderse del hijo. Este criterio -el de no privar de la patria potestad sólo por el hecho de haber un acto formal documentado de renuncia a la misma- parece ser una constante en la doctrina de nuestros Tribunales, como ahora se confirma.

Así, la **Sentencia de la A.P. de Valencia (Sección 10) de 12 de septiembre de 2016** deniega el efecto de la privación de la patria potestad de la madre, a pesar de haber un documento manuscrito de renuncia a los lazos consanguíneos con la hija menor, otorgado al poco tiempo de nacer, por entender que debería venir acompañado de una conducta reiterada en el tiempo de incumplimiento de sus deberes legales⁵⁰⁵.

⁵⁰⁵ Dice en concreto:

“Son circunstancias relevantes para la resolución del recurso el que las partes, nacido el en el año 1972 y ella en 1982, mantuvieron una relación sentimental de pareja, sin connivencia, de la que nació Paula el NUM000 de 2007. La paternidad reclamada judicialmente por el progenitor fue reconocida mediante sentencia de 13 de mayo de 2011 .

*Ya en el momento del embarazo, abril de 2007, firmó un documento manuscrito por el mismo en el que renunciaba a todos los lazos sanguíneos, derechos sobre la menor, aun cuando reconoce la firma del mismo como propia manifiesta que fue firmado en blanco so pretexto de recoger un objeto de correos. (folio 67). Niega la firma en el documento dos (folio 68) en el que convienen una serie de efectos personales y que lleva fecha de 7 de julio de 2007 en el que **renuncia** a visitar a su hijo y a la patria potestad. Lo cierto es que no se practicó pericial caligráfica. Lo cierto es que no ha visto a su hija prácticamente desde su nacimiento, y tampoco ha abonado ninguna cantidad para su manutención.*

Del mismo modo, aunque ahora en sentido contrario, la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 28 de julio de 2009**, priva de la patria potestad al padre, pero lo hace no sólo por haber firmado con la madre un documento de renuncia a las visitas a su hija a cambio de un precio, sino también porque su conducta en los meses posteriores fue de total desentendimiento de la hija y de sus necesidades. Es llamativo en este caso que, a pesar de reconocerse la existencia de renuncia a la hija a cambio de un precio, no se plantea el Tribunal la nulidad de dicho acuerdo por ilegal e inmoral, o la posible reprobación de la conducta del otro progenitor (madre) por suscribir ese acuerdo.

3.- En otras ocasiones esa renuncia se manifiesta como parte de un acuerdo entre los dos progenitores en el que el padre renuncia a la patria potestad a cambio de que la madre renuncie a reclamarle pensión de alimentos.

Así se comprueba en la **Sentencia de la A.P. de Albacete (Sección 1ª) de 21 de mayo de 1996**, en donde se declara la nulidad de pleno derecho de dicho acuerdo, dada su evidente ilegalidad (conforme al art. 1814 CC), pero se considera “válido” a los efectos de probar y por tanto declararse la privación de la patria potestad:

*“...Por otro lado el documento de fecha 20 de noviembre de 1991, en el que el hoy demandado **renuncia** a su derecho a visitar a la hija a cambio de que la hoy actora renuncie a reclamarle el pago de pensiones, si bien nulo, por razones obvias, es válido sin embargo para poner de manifiesto el absoluto desinterés del demandado por su hija, en cuanto que, para librarse del pago de la pensión a que viene obligado, no duda en renunciar a visitar a ésta, sin importarle los evidentes perjuicios que el impago de pensión representan para su hija y el hecho de que así, de modo definitivo, se desvincula afectiva y materialmente de la misma. Y esta manera de obrar eleva ya al máximo la gravedad de la vulneración de los deberes inherentes a la patria potestad. Siendo, por ello, ajustada a derecho la privación de la patria potestad decretada por la sentencia de instancia, cuya confirmación consecuentemente procede, con desestimación del recurso.*”

Como puede comprobarse, ese acuerdo bilateral de renuncia suscrito, a pesar de su ilegalidad, aun siendo incorrecto decir como hace la sentencia que “es válido”, que no lo

...En cuanto al primer motivo del recurso centrado en la titularidad y ejercicio de ella patria potestad sobre la menor. En términos generales la medida de privación de la patria potestad que se solicita debe revestir, por su gravedad, un carácter excepcional, lo que implica que no basta para su adopción cualquier clase de incumplimiento sino que éste debe ser grave, bien por la intensidad del peligro o ataque que la conducta paterna supone para los intereses del hijo, o bien por su reiteración o duración en el tiempo, constituyendo en todo caso el principio normativo esencial a tener en cuenta el interés del menor, en orden a la plena satisfacción de sus derechos legalmente sancionados según dispone el propio artículo 179 del Código Civil en relación con el art. 39 de la Constitución española y los artículos 92 y 154 del citado Código . Es reiterada doctrina del Tribunal Supremo, el carácter restrictivo con que deben ser interpretadas sus limitaciones y en el caso de autos no existe prueba evidente de esa despreocupación que se imputa al progenitor que hubo de reclamar judicialmente la paternidad...”

sería, *sí que resulta relevante jurídicamente y produce determinados efectos, en cuanto sirve de base para privar de la patria potestad al padre, al manifestar una conducta inequívoca de incumplir sus deberes legales.*

No obstante lo anterior, quizás hubiera sido razonable de nuevo *plantearse la el posible reproche judicial a la conducta de la madre, quien prestó su consentimiento a un acuerdo ilegal y además gravemente perjudicial para la hija, por lo que también podría estar incumpliendo sus deberes legales, y hallarse incurso igualmente en causa de privación de su propia patria potestad.*

Ahora bien, como ya hemos visto antes, hay que tener en cuenta a este respecto que una manifestación, hecha por escrito, de acordar la renuncia de un progenitor al hijo, o a la patria potestad sobre el mismo, o de aceptar esa renuncia del otro progenitor, en la medida en que la finalidad de la madre fuese proteger al hijo frente a un progenitor de alguna manera “tóxico” para su desarrollo, *constituiría sólo una manifestación puntual, de modo si no viniera contradicha por hechos posteriores en los que se demuestre una conducta de la madre de desprotección de sus intereses, no siempre conllevará la privación de la patria potestad de la madre, entendida como medida excepcional y radical, según jurisprudencia asentada.*

En cuanto a otros posibles efectos de la renuncia, resulta obvio señalar que, en todo caso, *una renuncia de esta índole no puede servir para conseguir un efecto de dejar de prestar alimentos al hijo, por cuanto entrará siempre en funcionamiento el mandato del art. 110 CC, que obliga a alimentar al hijo menor aunque se pierda la patria potestad. Eso siempre dejando a salvo los casos en que se produzca la inmediata declaración de desamparo y asunción de la tutela por parte de la entidad pública, o en que el hijo menor sea adoptado por otra persona o familia, o haya un acogimiento formal (aunque aquí ni siquiera servirá para dar por extinguida esa obligación, a la vista de la normativa vigente sobre desamparo), casos en los cuales puede haber un cese en el deber de alimentos, por haber sido asumido el mismo por estos terceros.*

Por tanto, en la práctica judicial, la renuncia al hijo, o a la patria potestad sobre el hijo, no es que sea ilícita por ir contra el orden público o ser indisponible, o sobre todo por ser una función formalmente irrenunciable, cuestión ésta que no encuentra acomodo en ningún precepto legal, ni expresa ni implícitamente, como hemos visto más arriba. *Es más bien que se considera irrelevante jurídicamente porque muchos de los efectos hipotéticamente deseados con ella no pueden anudarse a la sola manifestación de renuncia (pérdida o privación global de la patria potestad), efectuada en un momento y circunstancias dadas, sino que se precisan datos y acontecimientos complementarios, muchas veces posteriores, de abandono continuado, para poder confirmar -junto con la renuncia- la concurrencia de causa de privación de las funciones paternas. Y en cuanto a alimentos, es manifiesto que, por mucho que se intente, no se puede legalmente dejar de prestarlos, por mandato del art. 110 CC, ello con independencia de que haya o no tal renuncia.*

Por otro lado, es muy probable que los jueces y Tribunales no consideren en algunos casos como inválidas e ineficaces las renunciaciones a la patria potestad o a algunas de sus facultades-deberes, a partir del hecho de que *la propia ley reconoce la figura de la guarda de entes públicos* (art. 172 bis CC), que perfectamente *se configura como una suerte de renuncia temporal “institucionalizada” a la guarda sobre los hijos menores*. Es decir, en la medida en que se admite esta última opción de la guarda de entes públicos, *se está reconociendo un cierto poder* -en principio susceptible de “revocación”- de ceder a terceros (aquí, la entidad pública) las facultades paternas básicas, con posibilidad de convertirse en cesión o renuncia con eficacia definitiva. Ello nos conduce a la postre a prescindir en general de manifestaciones grandilocuentes sobre la irrenunciabilidad de la patria potestad, cuando vemos que resulta perfectamente viable una suerte de acto de dejación, temporal pero con aptitud de ser duradera en el tiempo, como es la solicitud por los padres de la guarda de entes públicos, por circunstancias “graves” concurrentes en el seno de la familia, siendo evidente que esa “gravedad” puede estar referida a los hijos, pero también a los propios padres⁵⁰⁶.

A la vista de los anteriores casos jurisprudenciales, en los que se conceden efectos jurídicos relevantes a las manifestaciones expresas o tácitas de renuncia a la patria potestad, cabe preguntarse: ¿qué valor jurídico real tiene el hecho de señalar, como hace y sigue haciendo mucha jurisprudencia, que la patria potestad es una función cuyo contenido es fundamentalmente el establecimiento de deberes asistenciales de los padres respecto de los hijos, que no pueden ser soslayados de forma voluntaria?

Ejemplo claro de esta doctrina lo representa la **Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991**, que declara:

*“Fundado el recurso de casación en un motivo único, amparado en el ordinal 5.º del artículo 1692, por inaplicación del artículo 154 del Código Civil, en relación con el 158 del mismo Cuerpo Legal y del artículo 39 de la Constitución, un detenido examen del motivo nos lleva a su necesaria desestimación en atención a las siguientes razones: Primera: **Que el derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores y dentro del mismo, el específico a la guarda y tutela de los mismos, viene incluido entre los que la doctrina dominante denomina derechos-función, en los que, la especial naturaleza que les otorga su carácter social, que trasciende del ámbito meramente privado, hace que su ejercicio se constituya, no en meramente facultativo para su titular –como sucede en la generalidad de los derechos subjetivos– sino en obligatorio para quien lo ostenta, toda vez que adecuado cumplimiento llena unas finalidades sociales –en este caso de interés familiar– que le hacen especialmente preciado para el ordenamiento jurídico. Corolario forzoso de ello es el carácter de irrenunciable que ostentan los derechos – como consecuencia de la forzosidad de su ejercicio por parte de su legítimo titular– que impide al mismo abandonar las finalidades que su cumplimiento persigue, así como su imprescriptibilidad, hasta el punto de que su no ejercicio, voluntario o forzoso, durante un cierto***

⁵⁰⁶ En este sentido, quizás debería poder ampliarse la posibilidad de delegar los padres en otros familiares, como suerte de renuncia parcial y temporal: de hecho, al regularse el desamparo de menores, se asume por el legislador la posibilidad de renunciar los padres en favor de otros familiares, quienes, al ocuparse de asistir al menor, eludirían la posible declaración administrativa de desamparo.

tiempo carece de virtualidad extintiva del mismo, subsistiendo la posibilidad de su ejercicio, a no ser que, por alguna razón legal, y previa resolución judicial, se haya producido su extinción. Ésta parece ser la concepción sustentada por el Código Civil español que en el artículo 153 contempla de manera especial los intereses trascendentes que subyacen en la patria potestad –al decir que se ejercerá siempre un beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad– y resalta el carácter de derecho-función de la misma, proclamando que comprende derechos y deberes que se enumeran en el indicado precepto. Segunda: La indisponibilidad del derecho a la patria potestad y a la guarda de los menores, que cristaliza en su ya aludida irrenunciabilidad e imprescriptibilidad de transmisión a terceros, no impide que, en determinados supuestos, su falta de ejercicio temporal o su ejercicio en forma no encaminada a la finalidad social que su institución comporta, puede acarrear la extinción del mismo, siempre que concurren los requisitos que la ley contempla, y aquélla sea acordada por un organismo judicial. Así resulta del tenor literal del artículo 158, según el cual, el Juez, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal dictará las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la potestad de guarda, y del 170 del mismo Cuerpo legal, a cuyo tenor el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma. Tercera: Que, sin embargo, la importancia que el ordenamiento jurídico concede al ejercicio por parte de sus titulares naturales de este derecho a la patria potestad –al que, por lo demás se refiere incluso el artículo 39-2 de la Constitución, en su vertiente obligatoria de derecho-función, cuando dice que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda–, es tal que la doctrina jurisprudencial tiene reiteradamente sentado el carácter restrictivo con que deben ser interpretadas las limitaciones que alcanzan al mismo por aplicación de los preceptos legales Quinta: Que en el caso que nos ocupa, habiéndose producido una interrupción temporal en el ejercicio por parte de los padres actores del derecho material a la guarda de su hija, guarda que se llevó a cabo por los abuelos maternos, y apreciado por el Tribunal de Apelación, en uso de sus facultades discrecionales, cuyo resultado no es combatible en casación, salvo los supuestos –que aquí no se dan– de impugnación de los fundamentos fácticos en que la misma se apoye para dictar su resolución, que tal interrupción pasajera no alcanza virtualidad suficiente para operar la extinción del derecho a la guarda y tutela, derecho que ha de permanecer íntegro, si bien, y como medida acordada a iniciativa del Ministerio Fiscal, debe la hija menor continuar, por ahora, confiada a la guarda y custodia de sus abuelos maternos, estableciéndose un régimen de visitas en favor de los padres por un período, pasado el cual se otorgará la guarda al padre, la aplicación de la doctrina sentada en los anteriores párrafos hace inviable la prosperidad del motivo único del recurso, sin que quepa apreciar la infracción de los preceptos que en el mismo se mencionan”.

En el caso resuelto por esta sentencia, se demandaba por el padre a los abuelos, quienes se venían encargando durante años de la custodia de la nieta, solicitando que se pudiera recuperar su derecho de relación y convivencia con la hija. Ello da pie al Tribunal a recoger esta doctrina, luego reproducida por diversas sentencias de Audiencias Provinciales. *Lo cierto es que el objeto de la sentencia no es tratar de imponer al padre el ejercicio de sus funciones paternas, por considerar las mismas como irrenunciables, sino que es el padre mismo el que pretende frente a los abuelos maternos el reconocimiento de su derecho de convivencia, lo que lleva al Tribunal a considerar que no hay base suficiente para acordar la privación de la patria potestad, a pesar de lo cual*

mantiene temporalmente a la menor bajo la custodia de los abuelos, hasta que pueda recuperarse la relación entre padre e hija.

Como puede comprobarse, la idea de la irrenunciabilidad de la patria potestad no constituye el fundamento de la referida sentencia, ni por tanto la manifestación (expresa o tácita) de renunciar a la patria potestad tiene suficiente relevancia frente a las situaciones -que a juicio de la Sala no son las del presente caso- de abandono continuado, en donde efectivamente lo razonable es acordar la privación de la patria potestad. Dicho de otro modo, la voluntad de desentenderse del hijo, plasmada o no en un documento de renuncia, tiene o puede tener virtualidad para extinguir -siguiendo el cauce procedimental pertinente- los deberes legales paternos, a pesar de declararse formalmente la condición de irrenunciable de la función paterna, pero ello en la medida en que venga seguida de una conducta reiterada de dejación de funciones.

Es curioso, sin embargo, que *toda esta flexibilidad de los Tribunales* acerca de la presunta invalidez de las renunciaciones a la patria potestad, con unos u otros contenidos, no queda reflejada *cuando se trata de un procedimiento adoptional. En este ámbito, los tribunales son mucho más proclives a considerar que un documento de renuncia a la patria potestad, por ejemplo, otorgado ante Notario, es suficiente para entender al padre incurso en causa de privación, sin que por tanto, sea exigible su asentimiento a la adopción del hijo menor por terceros.*

Así, cabe recordar la antes citada **Sentencia de la A.P. de Barcelona (Sección 18) de 9 de noviembre de 2004**, donde expresamente se afirma que *“El auto impugnado, debe ser ratificado por sus propios, acertados y profundos razonamientos,.... pues aparte de que el padre biológico sólo ha de dar el asentimiento a la adopción si no está sometido a una causa de privación de la patria potestad, acontece en el presente supuesto en que la **renuncia expresa a ostentar la patria potestad de sus hijas realizada ante Notario, ya representa «per se» causa de privación de la misma...**”.*

En el ámbito de la declaración de desamparo de menores, el **Auto de la A.P. Tarragona (Sección 1ª) de 15 de julio de 2002**, va en la misma línea de *considerar especialmente relevante la manifestación del renuncia del progenitor*. En este caso, por el conjunto de circunstancias concurrentes, así como por el hecho de haber renunciado a la hija hasta en tres ocasiones.

En realidad, y a la postre, esta doctrina tiene *un primer efecto*, en casos de renuncia a la patria potestad efectuada de forma expresa o tácita (por hechos concluyentes), como es *la consecuencia de demorar la efectividad de la renuncia a un momento posterior, el de la privación formal* (o el de la adopción ulterior del hijo por terceros), haciendo que pervivan las obligaciones, sobre todo asistenciales, del progenitor sobre el hijo, hasta tanto la asistencia material o afectiva sea asumida por un tercero, sea entidad pública, acogedores, o finalmente adoptantes. *Ello no obstante, la renuncia manifestada por el progenitor tendrá consecuencias, en cuanto a la privación final de la patria potestad, siempre que esa renuncia no constituya un acto aislado, sino que junto con otros acredite una conducta del progenitor merecedora de privación de la patria potestad, o de la*

declaración de estar incurso en causa de privación, a efectos de no exigirse el asentimiento a la adopción ex art. 177 CC, o de confirmar la declaración administrativa de desamparo del hijo menor.

Hay que pensar además que ese acto de renuncia, tanto si es unilateral como bilateral, seguramente tiene el efecto jurídico adicional antes señalado, cuando exista el otro progenitor y ostente la patria potestad con el renunciante, como es el de *asignar todas las decisiones de forma automática a ese otro progenitor* (si es que tiene la filiación predeterminada), con lo que *la renuncia no supondría muchas veces, en este tipo de situaciones, una demora siquiera, sino que tendría una eficacia inmediata, con la adquisición o concentración de todos los poderes decisorios en el otro progenitor, cuando menos de forma provisional*, a falta de una decisión o resolución judicial definitiva que ratifique esta solución, o que adopte medidas más concretas sobre el cuidado de los hijos.

9.3.3.- Sobre una posible renuncia parcial a la patria potestad. La renuncia a determinadas facultades o derechos:

El análisis de las sentencias anteriores nos pone sobre la pista de las posibles renunciaciones a determinados derechos en la patria potestad, o las renunciaciones parciales a la patria potestad, ya sea en cuanto a renunciar a determinadas facultades inherentes a ella, y no a todas, ya en cuanto a renunciaciones puntuales o temporales, o renunciaciones a determinadas medidas en casos de crisis matrimoniales.

No cabe duda que el Código civil contiene un tratamiento legal de determinados actos de renuncia susceptibles de ser realizados por el padre o padres titulares de la patria potestad, lo que se explicita en el art. 166 CC. Estos supuestos *constituyen en realidad actos de toma de decisiones* sobre bienes o derechos del hijo menor, *más que propiamente renunciaciones a determinadas facetas de la patria potestad por parte de los padres*. No obstante, conviene examinarlos por si de los mismos se deduce algún criterio, pauta o principio aplicable a otros supuestos de propia y verdadera renuncia.

El art. 166 CC contiene, por ejemplo, la facultad del progenitor/padre de renunciar o repudiar la herencia o legado deferidos al hijo (párrafo II), o en general de renunciar a cualesquiera derechos de los que sean titulares los hijos (párrafo I), imponiendo como cortapisas a esa facultad la exigencia de que responda a *“causas justificadas de utilidad o necesidad”* y además que haya una *“previa autorización judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal”*.

Parecen importantes estas restricciones, en particular la exigencia de control judicial previo, y la supervisión del Ministerio Fiscal, como medidas genéricas en la actuación de

los titulares de la patria potestad, en cuanto responden al necesario cumplimiento del principio de protección de los intereses del menor como criterio guía de toda la regulación de la institución, evitándose así decisiones de renuncia que puedan perjudicar al hijo. No obstante, se refiere a renunciaciones a determinados derechos en ejercicio de concretas facultades como la de administración o representación, por lo que no son renunciaciones a las facultades mismas integrantes de la patria potestad.

A este respecto, es conocida la **sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2013**, sobre el menor futbolista, que, aunque no referida a una renuncia propiamente, viene a establecer el efecto de la *nulidad de pleno derecho* de aquellos actos o contratos realizados por el padre como representante legal del hijo que les resulten perjudiciales, o afecten a su derechos de la personalidad, o les vinculen más allá del tiempo razonable⁵⁰⁷.

Estas pautas de atender al interés superior del hijo menor, por encima de intereses propios del progenitor, y el control judicial previo de decisiones de renuncia, así como la idea de la nulidad de pleno derecho cuando el acto (aquí, una renuncia a derechos) resulte lesiva para aquél, pueden ser trasladables a otras posibles actuaciones del progenitor/padre a la hora de decidir sobre su validez o invalidez.

En este sentido, un acto de renuncia parcial del padre/madre, sea del tipo que sea, debe ser examinado a través del tamiz del interés del menor, e incluso pensar en su posible invalidez e inoponibilidad frente al hijo, en la medida en que pudiera haber en el fondo un “conflicto de intereses” (art. 162.II.2º CC) que excluiría la representación paterna. Se trataría de entender en sentido amplio y expansivo esa idea del “conflicto de intereses”, hasta llevarla a cualquier decisión -aquí una renuncia parcial a las facultades paternas- que pudiera tener consecuencias directas o indirectas en el menor, y su desarrollo personal y patrimonial.

9.3.4.- Conclusiones:

En primer lugar, no se puede obviar que la manifestación seria e inequívoca de renunciar a la patria potestad, tiene consecuencias jurídicas prácticas: normalmente, existiendo dos titulares de la misma, y renunciando uno de ellos, *automáticamente se producirá el efecto de asignar la totalidad de los poderes al otro progenitor (ex art. 156 CC)*, incluso aunque éste haya tenido conocimiento previo de la intención de renunciar, e incluso aunque haya asentido o dado una suerte de “visto bueno” a esa decisión unilateral del otro.

⁵⁰⁷ Esta solución de la nulidad de pleno derecho en estos y otros casos similares en los que los padres actúen excediéndose del ámbito de su poder de representación, ya fue defendida antes de dicha sentencia por RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y GARCIA ALGUACIL, M.J., en *La representación legal de menores e incapaces*, Ed. Aranzadi, Cizur menor, 2004.

Por otro lado, si pensamos en *la finalidad última y primordial de tutela de los intereses del menor*, no debe excluirse sin más la eficacia real de la renuncia, dado que quien lo hace *no quiere* ocuparse de su hijo, por lo que *el mantenimiento a la fuerza de esa potestad, va a perjudicar a la postre al hijo*.

En consecuencia, *resulta un tanto absurdo afirmar que la patria potestad es irrenunciable*, cuando esa renuncia, en tanto sea seria y se confirme con una conducta posterior de inactividad, supondrá normalmente una carga de profundidad que no puede obviarse en las relaciones entre padre/madre e hijo.

A esta conclusión contribuye lo dicho con anterioridad sobre la posibilidad de renunciar a la filiación misma, por parte de la madre, una vez transcurridas las seis semanas posteriores al parto, y en cualquier momento ulterior por parte de ambos progenitores, dado que nuestra legislación civil y registral en la materia es perfectamente consciente de que estos últimos pueden no hallarse en la situación adecuada para ocuparse del hijo, en cuyo interés prioritario han de tomarse las decisiones judicialmente, y al que hay necesariamente que atender para interpretar el alcance de las normas legales.

En conclusión, *la renuncia unilateral a la patria potestad funciona de manera efectiva, sólo que queda o puede quedar demorada en sus efectos*, ya sea en su totalidad, ya sea sólo en algunos de ellos, *a la espera de que se produzca una resolución judicial de privación de la patria potestad, o bien de tramitación y resolución de un procedimiento adopcional*, en el cual esa renuncia tendría relevancia a los efectos de excluir, de forma casi automática, la exigencia del asentimiento a la adopción por parte del progenitor renunciante.

Debe tenerse en cuenta que, *en la actualidad, en la medida en que la privación de la patria potestad se hace pivotar exclusivamente sobre el interés del menor, cualquier acto de renuncia expresa o tácita al hijo o a sus funciones paternas*, en tanto sea de relevancia, y no fruto de un acto aislado, inmediatamente reconsiderado mediante actos posteriores, *deberá producir los efectos jurídicos de pérdida o extinción de todo o parte de las funciones paternas*, a pesar de que se proclame doctrinalmente, y también en múltiples sentencias, de forma rotunda y enfática, que la patria potestad es irrenunciable.

En cuanto a su eficacia, como se ha dicho, quedará demorada hasta que se produzca el correspondiente relevo por parte de quien se va a encargar del cuidado y asistencia del hijo menor a partir de la renuncia. No obstante, existiendo instituciones o entidades públicas encargadas del cuidado de los menores, *si tras la renuncia se produce una situación de desamparo, su intervención será inmediata y automática*, supliendo así en buena medida los deberes paternos del renunciante o renunciantes, que cesarán de ser de hecho exigibles, en lo fundamental, por haber sido asumidos por las referidas entidades.

Debemos plantearnos igualmente la cuestión de si es viable renunciar a las facultades derivadas de la patria potestad (a todas o algunas de ellas), pero sin afectación de los deberes. Hay que señalar que los deberes inherentes a la patria potestad son siempre frente a los hijos, mientras que las facultades derivadas del art. 154 CC, se ejercen siempre frente

a terceros, ya sean las Administraciones públicas o terceros particulares, pero también frente al otro progenitor, quien ostenta las mismas facultades. Es decir, no debemos descartar la eficacia jurídica parcial de una renuncia unilateral a las facultades del art. 154 CC, en tanto se haga frente al otro progenitor, al suponer, como se ha dicho, una suerte de atribución automática de todos los poderes paternos, y una concentración en el mismo de todas las facultades decisorias, aun cuando todavía no hubiera un pronunciamiento judicial (o no lo hubiera en el futuro). Más dudosa sería una renuncia frente a terceros, en cuanto esa conducta pudiera encerrar unos efectos netamente perjudiciales para el hijo menor de edad, de modo que debería seguramente sostenerse su ineficacia, en cuanto acto nulo de pleno derecho y en todo caso inoponible al propio menor, como sujeto especialmente protegido, en caso de conflicto de intereses con terceros.

Por otro lado, hay muchas modalidades de renuncia, con uno u otro alcance, en función de lo querido en cada caso por el progenitor renunciante, y cuya eficacia estará condicionada a lo que resulte del interés preponderante del menor.

Sin embargo, como excepción, hay un ámbito en el que la renuncia, total o parcial, a la patria potestad o algunas de sus facultades, no va a tener eficacia, y es en el ámbito de los alimentos, donde es claro que hay una norma como el art. 110 CC que lo excluiría, a pesar de haber sido el progenitor privado de la patria potestad como consecuencia de un hipotético acto de renuncia a la misma.

Ello no obstante, en la medida en que sobrevenga la sustitución de funciones del progenitor por parte de la correspondiente entidad pública, o de los acogedores, o cuando el menor haya sido adoptado por otra familia, se producirá igualmente el cese en esa obligación legal derivada de la patria potestad y de la filiación misma (en el último de los casos citados). Por lo tanto, no se puede negar que el acto unilateral de renuncia paterna también puede producir efectos en este ámbito de los alimentos, cuando menos de forma indirecta. Una vez más, el interés superior del menor llevará a hacer irrelevante (en todo o en parte) la proclamación de la tradicional irrenunciabilidad de las funciones paternas⁵⁰⁸.

9.4.- La renuncia en el ámbito de las instituciones tutelares y de las medidas de apoyo tras la Ley 8/2021. La voluntad de los tutores y prestadores de apoyo a la

⁵⁰⁸ La distinción que hemos visto se deduce legalmente entre renuncia a la filiación y renuncia a la patria potestad puede tener cierta relevancia jurídica. Con la segunda, se pueden extinguir algunas de las facultades y deberes paternos, pero no todos, por cuanto seguirán vigentes -en principio-, a pesar de la extinción/privación de la patria potestad ex art. 170 CC, el deber de velar (este es dudoso) y el deber de alimentos, conforme a lo dispuesto en el art. 110 CC, que son deberes en todo caso inherentes a la filiación, mientras persista la misma. La duda surgirá cuando, habiendo tal renuncia, no pueda interpretarse que también se está expresa o implícitamente renunciando a la filiación misma, abriendo así la puerta al proceso adoptional (en su caso), en cuyo caso también se podría producir la extinción de los deberes del art. 110 CC por efecto de una decisión de renuncia del progenitor o progenitores.

discapacidad, en la constitución y continuación del cargo. Excusa y renuncia al cargo en la Ley 8/2021.

9.4.1.- Introducción.

Para concluir este repaso de las potestades (paternas o tutelares) y el juego en ellas de la renuncia por parte del sujeto vinculado (progenitor, tutor o cargo tutelar en general), y como complemento necesario de lo examinado en el apartado anterior sobre renuncia a la patria potestad, resulta necesario examinar qué sucede con los actos de renuncia en sentido amplio producidos en el ámbito de las instituciones tutelares de menores o de las actuales medidas de apoyo a la discapacidad, tras la Ley 8/2021.

Debemos reiterar la opinión de la doctrina tradicional española y extranjera, que mantiene también la condición de irrenunciables de los distintos cargos tutelares (tutela, curatela, defensor judicial), en cuanto instituciones donde de nuevo no existen propiamente derechos, sino que estos están siempre en función de los correspondientes deberes, en aras de proteger los intereses prioritarios de los menores y de los (antiguos) incapacitados.

Es indudable que *la condición de indisponible e irrenunciable de esos cargos se había venido manteniendo tradicionalmente a partir de la consideración de la patria potestad como modelo básico de función*, de la que derivaba su calificación como cargo obligatorio e inexcusable, donde no tendría en principio cabida la renuncia (a pesar de no existir norma expresa que lo dispusiera), y *de ahí se acababa extendiendo a los cargos tutelares*⁵⁰⁹.

A la vista de lo expuesto en el apartado anterior respecto de la patria potestad, merece la pena analizar en qué situación han quedado esas instituciones, y las nuevas medidas de apoyo a la discapacidad, introducidas por la Ley 8/2021, siendo por tanto oportuno analizar el juego de la autonomía de los prestadores de apoyo y sus posibilidades de excusa o renuncia a las funciones atribuidas a ellos, sobre la base de la vigente regulación del Código civil después de la Ley 8/2021. En esta dirección, una cuestión que está quedando pendiente en los estudios doctrinales tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021, sobre personas con discapacidad, es la relativa a la condición en que han quedado los tutores de menores y los prestadores de apoyo a la discapacidad tras la citada Ley 8/2021, a partir de la nueva regulación de la tutela y de las figuras creadas como apoyo a los discapacitados (curadores en sentido amplio, apoderados preventivos o actuales, guardadores de hecho, etc.).

La primera gran diferencia que se observa entre la anterior regulación de la tutela y los restantes cargos tutelares de la antigua normativa, y la actual, es que *ha desaparecido, respecto de las medidas de apoyo a las personas con discapacidad, la explícita referencia*

⁵⁰⁹ En esta dirección, entre otros, LINACERO DE LA FUENTE, M., *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos. Procedimiento. Jurisdicción. Formularios*, 2ª edic. ; ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pag. 568.

al carácter de cargo de obligado cumplimiento, ya que no aparece abiertamente la condición de “deber” de los prestadores de apoyo a la hora de desempeñar sus respectivos puestos, condición que sin embargo sí presidía de forma inequívoca la regulación de los antiguos tutores y demás cargos en el ya derogado artículo 216 CC.

Todo ello debe ser *contrastado, además, con la amplísima preponderancia de la autonomía y libertad de la persona del discapacitado*, hasta el punto de haberse erigido en uno de los principios y orientaciones básicas de la nueva regulación en la materia, por lo que entendemos resultará un tanto paradójico que pueda no suceder algo similar con la voluntad de los propios prestadores de apoyo.

No obstante, conviene no generalizar, dado que el cambio legislativo reciente, con la supresión de las instituciones tutelares, tal como eran concebidas desde 1983, nos obliga a distinguir, por un lado, entre la tutela de menores, y por otro, las nuevas medidas de apoyo a discapacitados (mayores). Respecto de la primera, persiste en el actual artículo 200 CC la consideración del cargo tutelar como “deber” al que en principio no podría sustraerse la persona designada como tal. Son más significativos, como veremos, los cambios respecto de las medidas de apoyo a los discapacitados.

Por lo demás, nuestro interés principal girará alrededor de las dos posibilidades de que dispone el cargo tutelar o el prestador de apoyo, como son: por un lado, la de rechazar libremente el cargo *ab initio*, es decir, en el momento de ser propuestos, y por otro, la de dar por concluido o renunciar, de forma sobrevenida, al puesto de tutor de menores o al de prestador de apoyos de discapacitados, estando ya el mismo en funcionamiento (lo cual nos remite sin duda al examen de los supuestos legales de excusa o negativa en general del sujeto a aceptar el cargo de prestador de apoyos) de conformidad con la normativa vigente.

9.4.2.- Los cargos tutelares de menores de edad y las posibilidades de rechazo o renuncia a los cargos tutelares antes y después de la reforma legal de la Ley 8/2021.

Para analizar la situación actual de las instituciones tutelares de menores de edad, el punto de partida no puede ser otro que el del antiguo y ya derogado artículo 216 CC, que de una manera explícita disponía que las funciones tutelares *constituyen un deber*, del mismo modo que se ha venido sosteniendo respecto de la patria potestad.

La doctrina anterior a la reforma de 2021 no ha sido demasiado explícita acerca de lo que ha de entenderse como “deber” respecto del ejercicio de las antiguas funciones tutelares. Parece presuponerse la concepción clásica de la institución tutelar como “potestad” o “derecho-deber”, en el sentido de *otorgar facultades pero siempre supeditadas al cumplimiento de tareas obligatorias en interés de la persona tutelada*. De ahí que la norma del art. 216 CC diga a continuación que *“se ejercerán en beneficio del tutelado”*. Seguramente no se ha valorado demasiado por doctrina y jurisprudencia la importancia

de este dato finalístico, en particular en el asunto que nos trae aquí, y que no es otro que el de la disponibilidad del cargo por el sujeto designado, y el juego en general de la autonomía privada en esta materia, a través de la posible renuncia o disposición del cargo tutelar.

Al respecto, frente a opiniones que mantenían antes de la reforma razones de “interés público” como justificación de ese deber de actuación⁵¹⁰, creemos que es bastante dudoso que fuera así incluso antes de la reforma de 2021, ya que el antiguo artículo 216 CC, después de señalar que los cargos tutelares constituyen “un deber”, a continuación señala que se habrá de ejercer “*en beneficio del tutelado*”. De este modo, *viene a conectar el citado deber con la satisfacción de un interés netamente privado al que sin embargo la ley eleva a categoría de interés especialmente protegido frente a otros posibles*. No se ve por tanto la presencia de un “interés público” que justifique ese deber, o al menos no con carácter prioritario⁵¹¹.

El debate debe ser puesto en una posición mucho más próxima a la realidad a la que deben ser aplicadas las normas y principios legales, donde es frecuente el juego de la voluntad del designado no sólo en origen, para hacer inviable su nombramiento, sino también sobrevenidamente, para hacerlo cesar.

En esta dirección, LEGERÉN MOLINA⁵¹², al comentar el antiguo y ya derogado art. 217 CC, según el cual sólo se admitirá la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos, y tras afirmar que el juez puede en interés del tutelado rechazar la causa de excusa presentada por el tutor o cargo tutelar, *reconoce que todo debe examinarse con gran flexibilidad y considera que debe tenerse en cuenta el hecho mismo de la presentación de la excusa, evidenciándose así una voluntad de no querer cumplir el cargo, o de no hacerlo adecuadamente*, lo que supondría un pérdida del vínculo afectivo que estaría en la base de su designación. El autor acababa proponiendo que será de mucha utilidad la audiencia del sujeto propuesto previa a la constitución de la tutela.

⁵¹⁰ Así, GARCÍA GARNICA, *Comentarios al Código Civil (Dir. R. Bercovitz)*, tomo II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2013, pag. 2064, para quien ese carácter de deber “*obedece al interés público que subyace en la regulación de las instituciones tutelares e informa todo su régimen jurídico*”, y “*en particular, determina su carácter irrenunciable, de modo que el designado para su ejercicio sólo podrá excusarse si media alguna de las causas establecidas por la ley a tal efecto*”. Afirma además la autora que “*...como contrapartida de su obligatoriedad, cuando la causa de excusa invocada por el designado tutor, curador o defensor judicial sea rechazada por el juez, será responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa (art. 256 CC). Y si el tutor hubiera sido designado en testamento, perderá lo que le hubiera dejado el testador en consideración al nombramiento (art. 257 CC)*”.

⁵¹¹ A lo sumo, ese interés público se podría concretar en la exigencia de continuar en el puesto asignado mientras no se proceda a un nuevo nombramiento, como modo de asegurar la continuidad en la protección del sujeto sin que haya ruptura en la continuidad de la asistencia.

⁵¹² LEGERÉN MOLINA, A., *Código Civil Comentado* (Dir. Cañizares Laso/ del pablo Contreras, Orduña Moreno/Valpuesta), vol. 1, 2ª edic., Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pag. 1044 ss.

Esto sin duda lleva a desmitificar la concepción de los cargos tutelares como figuras de orden totalmente imperativo, en los que hipotéticamente no tendría cabida la voluntad del sujeto designado. Si es el interés del tutelado el que justificaba la obligatoriedad del cargo, y si nos encontramos ante un sujeto que no tiene intención de desplegar la funciones propias del mismo, o que se ve *imposibilitado subjetivamente* (que no objetivamente) para ello, entonces debe tener amplia cabida la posibilidad de negativa al cargo *ab initio*, o de excusa o renuncia al mismo si así lo apreciara de forma sobrevenida⁵¹³. *Lo contrario, esto es, imponerle el cargo a la fuerza, u obligarlo a continuar de forma indefinida, sería adoptar una decisión inadecuada que a la postre acabaría perjudicando al sujeto en cuyo interés deben precisamente adoptarse las decisiones judiciales de nombramiento del cargo tutelar*⁵¹⁴.

Por otro lado, a pesar de la dicción aparentemente estricta e imperativa del derogado art. 217 CC, que en principio excluiría cualquier supuesto de excusa o renuncia al cargo fuera de los casos legales de los arts. 251 ss. CC, la doctrina se muestra mayoritariamente favorable a la consideración de los mismos como *numerus apertus*, limitándose la ley a *señalar sólo algunas de las posibles causas de excusa*⁵¹⁵, lo que sin duda *daba y sigue dando pie de nuevo para acoger fórmulas e interpretaciones mucho más favorables a la renuncia y la disponibilidad real del cargo por parte del designado o del ya ejerciente*.

Ello obliga a entrar en la cuestión de *la obligatoriedad de los cargos tutelares ejercidos o susceptibles de serlo por los familiares próximos del incapaz*, en cuanto la amplitud de los motivos excusa, o el reconocimiento de la posibilidad de renuncia real y efectiva, podría afectar a los *deberes de solidaridad familiar que habría teóricamente de asumir el designado*. A nuestro juicio, esta consideración debe ser puesto en tela de juicio, al

⁵¹³ Claramente a favor de concebir la imposibilidad de ejercer el cargo tutelar como motivo de excusa, en términos subjetivos, y no objetivos, SERRANO FERNANDEZ, M., en *Comentarios al Código Civil* (Dir. A. Domínguez Luelmo), ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, pag. 385.

⁵¹⁴ En esta dirección, ya dijo en su momento GARCIA CANTERO, *Código Civil Comentado* (Dir. Cañizares Laso/ de pablo Contreras, Orduña Moreno/Valpuesta), vol. 1, 2ª edic., Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pag.1041-1042, al comentar el ya derogado artículo 216 CC., que *la regulación de los cargos tutelares, en cuanto a causas de inhabilidad, remoción y excusas, se halla obsoleta*, y puso de manifiesto, la necesidad no tanto de dar cumplimiento al mandato legal del deber de ejercer tales cargos por quien sea propuesto, cuanto de *adoptar medidas de fomento para quien quiera real y seriamente serlo*, ante la grave dificultad de encontrar a personas que quieran ejercer esos puestos en muchas ocasiones tan gravosos.

⁵¹⁵ Así, ARROYO I AMAYUELAS, E., en *Comentarios al Código Civil* (Dir. A. Domínguez Luelmo), ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, pag. 344. También SERRANO FERNANDEZ, en el mismo libro de Comentarios, pag. 382, quien defiende la interpretación extensiva e incluso analógica en materia de excusas.

En Cataluña, y respecto de la figura de la “asistencia”, QUESADA GONZÁLEZ, M.C., *La asistencia y otras instituciones de protección de las personas de avanzada edad en el Derecho catalán*, Ed. Reus, Madrid, 2019, pag. 62-63, se muestra abiertamente partidaria de acoger ampliamente las distintas causas legales de excusas al referido cargo, al entender que, por ejemplo, una falta de interés del sujeto propuesto redundará en perjuicio del asistido, lo que se traslada a su juicio al ámbito probatorio en caso de disputa, en cuanto a la no necesidad de probar que el hecho alegado como excusa hace el ejercicio especialmente gravoso.

basarse en planteamientos legales tradicionales sobre obligación de alimentos y asistencia, trasladados al campo de los cargos tutelares y su ejercicio, dado que en la actualidad, *la solidaridad familiar no puede acabar condicionando el libre desarrollo de la personalidad del sujeto propuesto o ya designado como tutor o cargo tutelar (art. 10.1 CE).*

Este último dato (el derecho al libre desarrollo de la personalidad del tutor o cargo tutelar) no ha sido tenido suficientemente en cuenta por el legislador del Código civil a la hora de regular la materia, ni siquiera tras la reforma legal de 2021.

Si ya en materia de alimentos se está poniendo doctrinalmente en cuestión la pervivencia del deber legal de alimentar a determinados parientes (a los hermanos, a los ascendientes ya mayores por parte de sus descendientes, e incluso a los hijos a partir de los 18 años o de una edad algo superior) de forma indefinida en el tiempo, al condicionar la planificación económica y la vida personal misma del sujeto obligado⁵¹⁶, *con mucho más motivo debemos replantearnos también la procedencia de las normas que imponen como un deber el cargo tutelar, sin posibilidad teórica de renunciar a él o de no querer ejercerlo desde el principio, cuando subjetivamente el llamado considere que ello puede afectar o condicionar su propia vida y desarrollo personal*⁵¹⁷.

Incluso, yendo un poco más allá, *habría que plantearse la constitucionalidad de las normas reguladoras de los cargos tutelares, en cuanto a la imposición obligatoria del cargo, sólo susceptible de liberarse mediante un proceso judicial iniciado a instancias del designado*, en el que se impone a éste la carga de demostrar una imposibilidad de desempeñar el cargo, con el riesgo de ser obligado a cumplirlo si no se muestra suficientemente convincente frente a un determinado juez. La cuestión sin duda debería resolverse, a falta de una normativa mucho más explícita y garantizadora de la libre elección del sujeto designado para el cargo, mediante una interpretación muy flexible y a través de la previsión de un sujeto o ente que *subsidiariamente* se encargue de cumplir las funciones tutelares o asistenciales, en aquellas situaciones que no haya nadie del

⁵¹⁶ En este sentido, véase la interesante aportación de MORENO-TORRES HERRERA, M.L., *Estudios sobre el deber de alimentos*, Ed. Reus, Madrid, 2021, pags. 55 a 69.

⁵¹⁷ La salvedad podría venir de los supuestos en que fuesen los padres quienes desempeñasen las funciones tutelares, sea a través de la antigua y ya derogada patria potestad prorroga o rehabilitada, o en los casos puntuales que pudieran ser designados como tutores de sus hijos, por cuanto respecto de ellos existe un mandato constitucional en el art. 39.3 CE, que les obliga a prestar asistencia a sus hijos “durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”. Esta norma puede ser el referente de la imposición a los padres, conforme a los derogados arts. 216 y 217 CC, del “deber” el de asistir a sus hijos con deficiencias físicas o psíquicas. Pero sólo a ellos. No existe base constitucional que lo permita respecto de otros parientes próximos, donde el deber de solidaridad familiar no tendría ni debería tener una traducción jurídica, en términos de imposición del cargo a la fuerza, y contra su voluntad.

En doctrina, DE AMUNÁTEGUI, C., *Comentarios del Código Civil (Dir. R. Bercovitz)*, tomo II, Valencia, 2013, pag. 2310, ha defendido una mayor rigurosidad en la aplicación de las excusas para los cargos tutelares respecto de familiares como los padres, cónyuge o descendientes, con base en esa idea de “solidaridad familiar”. A nuestro juicio, debería limitarse a lo sumo a los padres, por el motivo expuesto, al no haber precepto constitucional que fundamente el deber del resto de parientes próximos o no tan próximos del incapaz.

círculo de familiares y allegados -aparte del designado- que esté en condiciones de desempeñar las tareas.

A este respecto, la regulación anterior a la reforma de 2021, aparte de prever la designación provisional de un defensor judicial -que bien podría resultar imposible si no hay ningún otro sujeto del círculo próximo del incapaz-, introdujo como sabemos el (ya derogado) art. 239 bis CC⁵¹⁸, al disponer que en casos de desamparo de personas con capacidad modificada judicialmente, asumirá las funciones tutelares la correspondiente entidad pública. *Ello supone una referencia legal importante a la hora de interpretar la condición de “deber” de los cargos tutelares, en cuanto implica un paso más en la desaparición de la efectividad real de la imposición de ese “deber” al titular de la función tutelar concreta.*

Por lo tanto, en la medida en que la ley remitía en dicho artículo a la entidad pública con competencia en la protección de discapacitados cuando éstos se encontrasen en situación de desamparo, *estaba indicando implícitamente que el tutor o curador podría no cumplir en absoluto, o no cumplir eficazmente sus funciones, incluso por decisión propia y deliberada*, por cuanto siempre existirá una entidad que respalde y proteja los intereses de esta persona en situación de necesidad, como son los entes públicos con funciones de asistencia a personas con discapacidad. Y en el caso de que se trate de cargo tutelar ya en activo pero deseoso de dejara de serlo, por razones diversas, debería funcionar igualmente este mecanismo subsidiario de asistencia cuando se haya planteado la excusa en vía judicial, incluso aunque no se base en alguna de las causas legales, debiendo entrar en funcionamiento el citado artículo 239 bis CC, si no directamente, sí aplicado por analogía⁵¹⁹.

Se podría aducir que un planteamiento como el propuesto conduciría a otorgar carta de naturaleza al posible capricho y arbitrariedad del sujeto a la hora de excusarse, y al riesgo de dejar sin asistencia al incapaz. Pero como hemos dicho, para eso estarán precisamente, como último remedio, las instituciones públicas o privadas de asistencia.

A este respecto, hay autores que han hecho hincapié en el peligro de dar juego a la voluntad del designado como tutor o cargo tutelar, por cuanto ello sería abrir un amplio

⁵¹⁸ Este artículo ha sido sustituido, tras la reforma de la Ley 8/2021, por el actual art. 253 CC, que prevé los casos en que una persona se encuentre en situación de necesitar un apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de modo urgente, en cuyo caso, a falta de guardador de hecho, será la entidad pública que tenga encomendada esa función en el respectivo territorio quien de forma provisional prestará ese apoyo.

⁵¹⁹ Ello sería así a pesar del derogado art. 256 CC, que mantenía al tutor en el ejercicio del cargo mientras se tramita el expediente de excusa del cargo. Esta norma establece más bien una regla de (subsistencia de la) responsabilidad, más que pervivencia del deber de actuar, en tanto pueda hacerlo la referida entidad pública, por producirse una situación de hecho de “desamparo”. No hay que olvidar que el derogado artículo. 249 CC establecía la posibilidad de suspensión del tutor o cargo tutelar en sus funciones, mientras se tramitaba la excusa: Aunque se trataba de una decisión de carácter facultativo para el juez, parece lógico su aplicación generalizada y casi automática, en aras del interés del tutelado.

portillo al fraude, bastando al tutor incumplir alguna de sus obligaciones para sustraerse del cometido de la tutela, por ejemplo no prestar cuentas anualmente.

A nuestro juicio, resulta excesivo, desde una perspectiva realista del problema, plantear en términos de posible “fraude” la cuestión de las posibilidades de no ser o dejar de ser tutor, por iniciativa del propio afectado y al margen de las causas legales. Nos parece preferible pensar que, con cierta frecuencia, *los sujetos designados como tutores o curadores puede tener importantes razones personales, económicas o profesionales para no desempeñar esa labor*, de modo que puede haber circunstancias que les lleven a una situación de no poder -o incluso no querer, por razones muy variadas- ejercer el cargo tutelar. Esos cargos suelen ser, por lo demás, muy exigentes y muy delicados, al afectar directamente a personas con las que normalmente se tienen vínculos de consanguinidad o afectivos, lo que puede llevar al rechazo a asumir funciones y tomar decisiones arriesgadas para seres queridos⁵²⁰.

Ello debe ser así *a fortiori* en una sociedad tan compleja como la actual, donde priman los intereses individuales sobre los asistenciales, con el compromiso inherente a éstos. Como ya se ha señalado, la imposición de un cargo tutelar puede acabar a medio o largo plazo condicionando el desarrollo de la personalidad del propio tutor, por lo que su continuidad y su obligatoriedad deben ser analizados específicamente a la luz de las propias necesidades personales y familiares del tutor, quien tiene todo el derecho a organizar su vida y su patrimonio con las mínimas interferencias ajenas. Ello no supone propiamente anteponer los intereses de éste a los del incapaz, sino exigir al juzgador que tome la decisión más adecuada teniendo en cuenta la situación real actual y las consecuencias para el futuro de una elección de cargo tutelar, o de una continuación del mismo, cuando no resulta querido por el sujeto designado⁵²¹.

Por lo tanto, en conclusión, parece bastante sensato tener en cuenta la voluntad y el compromiso actual del tutor o curador a la hora de desempeñar el cargo, también para juzgar sobre la procedencia de seguir manteniendo la atribución del mismo, de modo que la autoridad judicial pueda tomar en consideración este dato para decidir, cuando así se le plantee, la admisión de la excusa o la remoción del cargo, con independencia de la causa alegada.

⁵²⁰ A este respecto, la doctrina mayoritaria, en relación a las causas legales de excusa del cargo recogidas en el antiguo art. 251 CC, mantiene que la amplitud con la que se expresa el precepto debe llevar finalmente a considerar que *la enumeración legal del mismo no puede tener, en su posterior desarrollo, carácter exhaustivo*.

⁵²¹ De hecho, alguna autora, como DE AMUNÁTEGUI, *ob.cit.*, pag. 2298 ha sostenido, en el ámbito de la remoción -no de la excusa- de los cargos tutelares, que la legitimación activa para pedirla puede corresponder al propio tutor o curador.

Lo que aquí se sostiene acerca de la importancia del juego de la voluntad del designado como cargo tutelar, por encima de su consideración como “deber” y de la presunta limitación de los supuestos legales de excusa para el cargo, *viene corroborado en buena medida por la doctrina de las Audiencias Provinciales al aplicar los casos de excusa inicial o sobrevenida a la realidad social*. Así, a este respecto, existen resoluciones que han utilizado de forma muy amplia los motivos de excusa de los cargos tutelares, y atendiendo al interés del incapaz, acabar admitiendo la excusa solicitada, aun cuando no encajase en algunas de las causales previstas legalmente en el antiguo art. 251 CC. Veamos una muestra puntual de esa doctrina.

Así, en esta línea, y a título de ejemplo, es muy interesante la **Sentencia de la A.P. Badajoz (sección 3ª) de 23 de julio de 2009**, porque pone el acento en el problema real que subyace a la excusa de la tutela y lo inadecuado de designar para el cargo a quien no tiene voluntad de prestarlo⁵²².

⁵²² Afirma dicha sentencia de forma contundente:

“...Sigue diciendo la mencionada resolución: "...Y es lo cierto que dicha decisión judicial, de designar a la Comisión Tutelar de Adultos para la protección de la persona y de los bienes de la incapacitada, se muestra para esta Sala totalmente correcta y suficientemente motivada en los pormenorizados razonamientos jurídicos que para adoptar la misma hace la Juzgadora de primer grado, y que por ende debe ser respetada, ya que si bien el art. 234 CC inicialmente establece un orden de prelación en el nombramiento de tutor, al que son llamados primero el descendiente, en segundo lugar el ascendente y por último el hermano, que es claro que existen en el caso contemplado, también es cierto que, como bien dice la Juzgadora de instancia, el último párrafo del precitado precepto legal, permite alterar e incluso prescindir de dicho orden, tras la última reforma operada del mismo por Ley 13/83, que instaura el sistema de tutela de autoridad, en su modalidad judicial, confiriendo al Juez amplísimas facultades decisorias, que es obvio que deberá ejercer teniendo siempre en cuenta el beneficio o interés del menor o incapacitado, facultándole, pues, incluso para prescindir de todas esas personas llamadas legalmente a la tutela, siempre, claro es, con las limitaciones de que lo motive y que el beneficio de aquel así lo aconseje; y ello es precisamente lo que hace la Juzgadora de instancia, que sin duda es la que está más facultada y en mejores condiciones para ello dada su privilegiada posición de intermediación procesal respecto a la incapaz y sus parientes, y que estima en suma que existe causa que justifica dicha exclusión en beneficio de la incapaz, y que esta Sala, pues, comparte, apreciando, además, las posibilidades de excusas que, en cualquier caso, en dichas personas concurren, de haber sido alegadas en forma procesalmente, y cuya tramitación sin duda conllevaría una aún mayor dilación del presente proceso, pues si bien el cargo de tutor es obligatorio o necesario, por ser un deber jurídico, como bien dice el recurrente (art. 216 CC), no puede desconocerse que el legislador, consciente de dicha rigidez legal, establece en el actual art. 251 CC , unos criterios amplios para excusarse, y que deben ser ponderados por la autoridad judicial, pues si, ciertamente, al pariente llamado que pretenda librarse del cargo, no le es de recibo que sólo persiga su comodidad, tampoco puede ignorarse que de resultarle excesivamente oneroso ello iría a la postre en contra del beneficio e interés del propio menor o incapacitado, por más capaz o idóneo que en principio fuera aquel, ya que en realidad lo que vendría a faltar en dicha asunción de tutela, sería el vínculo afectivo o el amor y cariño necesario que requiere asumir tal carga, (que es precisamente lo que el Letrado recurrente arguye que faltará en el organismo público en el que, en cambio y pese a ello, no puede desconocerse que existen profesionales totalmente entregados, técnica y humanamente, a dicha labor; siendo por ello por lo que el mentado precepto reconoce en suma "cualquier causa", por la que resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo, permitiendo así que el Juez pueda actuar con libertad de criterio y con flexibilidad, y ello es lo que precisamente hace la Juzgadora de instancia, que inspirándose en el principio de atender preferentemente al interés de la tutelada, estima como poco conveniente designar a las hermanas de la misma, que claramente han mostrado su total rechazo y en definitiva nulo vínculo afectivo hacia ella, por lo ante ello no las ha considerado adecuadas para guardar a la misma, tanto en lo referente a su persona como a sus bienes, por lo que teniendo en cuenta dicha situación personal, fácilmente se advierte la imposibilidad práctica de que puedan desarrollar tal tarea unas

Por otro lado, en relación ahora con la *fase procesal de aceptación del cargo tutelar* correspondiente, se presenta el problema de aquellos casos en que el sujeto propuesto comparece ante el Juzgado y manifiesta no querer firmar la aceptación del cargo.

Es evidente que físicamente no se puede forzar al designado para que firme el documento de aceptación, si no es esa su voluntad. Por lo tanto, existe un argumento adicional más, de orden práctico, para acoger y dar relevancia a la voluntad del sujeto designado, y es que, *en su fase inicial, debe poder, en ejercicio de su derecho a la libertad, negarse a aceptar el cargo, si es esa su voluntad*, sin que se pueda obligar a desarrollar su función sin haber dado su consentimiento y firma, por mucho que se le pueda acabar nombrando forzosamente por la autoridad judicial, si ese fuese el caso (que dudamos llegue a suceder).

Por último, debe señalarse que es muy dudosa la conexión entre el deber de prestar el cargo recogido en el antiguo y derogado art. 216 CC y la regulación en principio estricta de las causas para posibles excusas del cargo (antiguos arts. 217 y 251 CC). Las normas sobre excusas no obedecen al hecho de constituir una vía o vías para desatender ese deber de actuar. Por el contrario, su objeto es simplemente el de prever los casos en los que puede ser razonable no aceptar el cargo titular, o puede ser razonable dejar de serlo de forma sobrevenida, pero dejando al margen la cuestión que aquí nos planteamos, y es si resulta viable y razonable obligar a desempeñar un cargo de esta responsabilidad en contra de la expresa voluntad del sujeto designado.

Así, lo que nos planteamos en el ámbito de la tutela y los cargos tutelares en general, es el juego de la posibilidad del tutor/curador de tomar la iniciativa y renunciar (de hecho) a dicho cargo, planteándolo así a la autoridad judicial, o, desde el principio, la facultad del mismo de rechazar o renunciar al cargo tutelar, cuando sea propuesto para ello por la autoridad judicial o por el propio incapaz (a través de los modos voluntarios de designación de representante legal, u hoy de prestador de apoyos).

Es obvio que esta idea de renuncia a un cargo que es por ley hipotéticamente obligatorio, en cuanto constituye un “deber”, *no puede quedar total y exclusivamente en manos del propio sujeto obligado mientras subsista legalmente ese deber*. Se trata más bien de valorar hasta qué punto es razonable, vista la finalidad de la institución tutelar, mantener en su puesto a alguien que no tiene interés ni voluntad de seguir siéndolo. *La decisión última deberá corresponder sin duda a la autoridad judicial*, en un sistema jurídico de tutela de autoridad, como era el previgente a la Ley 8/2021 (y sigue siéndolo en buena medida tras dicha ley, respecto de los menores de edad), pero *es muy probable en la práctica, y así se ha constatado, que su decisión resulte casi inexorable cuando conste*

hermanas, con las que ni siquiera se lleva bien, y que ya de antemano no desean y rechazan abiertamente dicha carga sin duda sacrificada, y, menos aún, una hija, (...) que se muestra en principio o aparentemente impotente para hacerse cargo de los mismos, por lo que el interés de la incapacitada aparece, ante ello, claramente incompatible con el nombramiento forzoso de tales personas o parientes ...”.

fehacientemente una voluntad seria e inequívoca por parte del obligado de desentenderse de las funciones asumidas.

Ello no significa defender que esa voluntad renunciadora del designado (o del ya tutor o cargo tutelar) resulte eficaz y con efectos jurídicos *de manera inmediata*. Por el contrario, *deberá esperarse a la decisión del juzgador, quedando mientras tanto vinculado jurídicamente, pero de forma temporal o coyuntural*, a la espera de una resolución favorable del juzgador, cuyo objeto será, no tanto un pronunciamiento sobre su acoge o no la voluntad de desistir del sujeto, cuanto *proceder al nombramiento de un nuevo cargo tutelar*.

Igualmente, ello obliga a plantearnos cuál debe ser la situación del menor o incapaz cuando se produzca esa manifestación cierta y segura del tutor o curador de no querer seguir siéndolo, concurra o no alguna de las causas formales de excusa o remoción. *Por supuesto, mientras no se produce alguna suerte de sustitución en las funciones, el carácter debido de las funciones tutelares podría traer consigo la responsabilidad del tutor frente al tutelado*, en la medida en que se haya desempeñado de forma negligente en sus tareas, a las cuales obviamente sigue obligado.

Esta es probablemente la utilidad real de una norma como la del antiguo artículo 216 CC al calificar la tarea del tutor o curador como un “deber”, a saber: *la de mantenerlo vinculado al puesto, con obligación de seguir desempeñándolo, hasta el momento en que se proceda a la designación y toma de posesión del nuevo cargo*.

9.4.3.- El tratamiento legal de los prestadores de apoyo de personas mayores de edad con discapacidad en la Ley 8/2021:

Frente a la regulación de la tutela de menores, que se rige por prácticamente los mismos principios de la regulación anterior, el tratamiento legal de los prestadores de apoyo de la nueva normativa ofrece aspectos bastante diferenciados.

Por lo pronto, *no existe ya en la nueva regulación ninguna norma que catalogue las funciones de los distintos prestadores de apoyo, sean voluntarios judiciales o legales, como un “deber”*, lo cual ya es una notable diferencia.

Veamos con detenimiento las distintas posibilidades, en atención al tipo de medida de apoyo de que se trate:

9.4.3.1.- Los prestadores de apoyo de origen voluntario: los poderes y mandatos preventivos, la autotutela y las demás alternativas voluntarias:

Partiendo de que, para el legislador civil y procesal, *las medidas de apoyo voluntarias a las personas con discapacidad son prioritarias a las restantes*, procedemos a analizar las características de estas funciones de procedencia voluntaria, esto es, cuando su

designación proviene de una escritura notarial de otorgamiento de poderes al prestador de apoyos, sea para que actúe de forma inmediata, o lo haga de forma diferida para cuando se den unas determinadas circunstancias o condiciones.

Los arts. 254 ss. C.Civil conceden a la persona con alguna discapacidad actual o futura amplísimas posibilidades de adoptar por sí misma medidas de apoyo con designación o elección de una determinada persona o personas, y regular su contenido y régimen jurídico.

En concreto, a través de los **poderes preventivos** de los arts. 257 ss. CC, el sujeto puede otorgar un “poder” ante Notario, para que se le asista en el futuro, en los términos que voluntariamente señale. Como puede suponerse, se tratará de un acto jurídico otorgado ante Notario por el que se procede a la investidura de un sujeto de determinados poderes o facultades sobre su persona y/o bienes. *No se establece en la regulación legal el modo de plasmación de estas facultades, ni sobre todo si en ese acto de otorgamiento va a intervenir ya, o no, el mismo sujeto designado para desplegarlas.*

Todo indica que funcionará como sucede con un típico poder de representación, que es concebido como *negocio unilateral*, que *no requiere la presencia ni el consentimiento del designado, siendo válido y eficaz en sí mismo con la plasmación de la voluntad unilateral del previsible discapacitado*. A lo sumo, como todo poder con funciones representativas, debería ser un acto *recepticio*, en el sentido de que el designado como apoyo pueda conocer en algún momento la propuesta, pero *nada indica que deba prestar su aprobación o consentimiento al puesto ofrecido, de forma simultánea al otorgamiento del poder, ni tampoco que deba consentirlo en un determinado plazo*, dado que podría suceder que no fuese finalmente necesaria su intervención. *Acaso podría haber concurrido en algún caso al mismo acto de otorgamiento, en compañía del poderdante, pero tampoco eso implicará su aceptación del cargo ni la asunción de un deber de actuar*, cuando se den los presupuestos para ello.

Así pues, debemos pensar que ese sujeto conservará plenamente, como todo apoderado, su libertad de decidir si inicia o no la actividad para la que ha sido investido, cuando llegue el momento oportuno (si es que llega).

Esto lleva a la idea de que *al “apoderado preventivo” sólo se le conceden una serie de facultades, mayores o menores*, para inmiscuirse en la vida y bienes del poderdante, pero *sin que ello suponga la asunción por el mismo de un deber u obligación de realizar la actividad, cuando llegue el momento*. Así pues, es claro que en estas situaciones de poderes preventivos, *ni hay vínculo contractual, por lo que no hay un deber u obligación de actuar, ni hay una norma legal que prevea la obligatoriedad de ejercer el cargo*.

Es más, entendemos, a falta de norma que diga lo contrario, que tras su designación, puede no tener que aceptar el puesto, e *incluso podría, a pesar de iniciar en algún momento su gestión, retirarse de la misma y renunciar a ella y a las facultades concedidas, al no*

*existir un vínculo ni convencional ni legal que le obligue a culminarla*⁵²³. Otra cosa es que, iniciada la actividad, deba terminarla, de modo que, si no lo hace, pueda ser hipotéticamente responsable por daños y perjuicios, si es que se producen y los mismo tienen su causa en esa inactividad sobrevenida. Pero lo relevante en este momento es que ese prestador de apoyos no estaría técnicamente obligado a ello, al no haber norma que lo imponga.

Esto que decimos debe ser *matizado* por el hecho de que, *aparte de un poder, ha podido haber, de forma previa o simultánea, un contrato de mandato, o incluso sólo un mandato preventivo sin poder, como prevé el singular artículo 262 CC*. Sin embargo, en todos estos casos *se habría asumido una obligación contractual de hacer, de la cual sin duda podría también desistir ulteriormente*, al ser factible aplicar aquí de forma analógica las reglas generales del mandato, conforme a las cuales está permitida en todo momento la “*renuncia del mandatario*” (art. 1732.2° CC), o igualmente las de los contratos de servicios y obra, y su libre desistimiento *ad nutum* en cualquier momento por parte del prestador de los servicios.

En conclusión, no estamos en ningún caso ante un deber legal -de naturaleza imperativa o de orden público- de ejercer el puesto o las funciones asignadas. No se olvide que, además, no habría un interés específico del discapacitado que haya que proteger, y que podría haber justificado la imposición de un deber legal de actuar, sin posibilidad de renuncia o excusa⁵²⁴.

9.4.3.2.- Los prestadores de apoyo de origen legal: la posición de los guardadores de hecho en la Ley 8/2021.

Tampoco la regulación de *la guarda de hecho de personas con discapacidad*, contenida en los nuevos arts. 263 a 267 CC, permite extraer una conclusión definitiva sobre la obligatoriedad del cargo y la mayor o menor disponibilidad del mismo por parte del guardador.

En principio, todo indica lo contrario, a saber, que los guardadores de hecho, dado su origen informal y en teoría no convencional, no asumen el deber u obligación de actuar, sino que son sujetos que de forma espontánea deciden ocuparse del discapacitado, por

⁵²³ Así lo sostiene en Francia, VOIRIN -GOUBEUX, *Droit Civil. Tome 1. Introduction au Droit. Personnes. Famille. Personnes protégées. Biens. Obligations. Sûretés*, 38 edic., Issy-les-Moulienaux Cedex, 2018, pag. 264, respecto de los casos de designación voluntaria del curador.

⁵²⁴ En general, debe advertirse que las facultades previsoras del futuro discapacitado son muy amplias, de modo que, aunque no se diga expresamente en el art. 255 CC o en los demás referidos a las medidas de apoyo voluntarias, perfectamente podría prever en el documento la situación en que el designado principal para prestar apoyos, decidiera libremente no aceptar su tarea, por lo que se podría disponer una persona o personas por designar de forma subsidiaria, lo cual sería de nuevo una prueba de que el prestador de apoyos voluntario carece de la condición de sujeto obligado a aceptar y a ejercer el cargo que se le propuso.

lo que, tanto en su origen como en su cese, se rigen por criterios de libertad absoluta (lo que no significa ausencia total de responsabilidad, aunque la habría en casos muy excepcionales).

No es relevante a estos efectos el que la ley catalogue a la GH como una medida de apoyo “legal”. Es legal porque la regula -mínimamente- la ley, pero *ello no conlleva una obligatoriedad o deber legal en el desempeño de las funciones o tareas*, sino que gozará de plena libertad de iniciar o de cesar en dichas funciones. En este sentido, el artículo 263 CC no sirve de argumento a favor de la obligatoriedad de las tareas del guardador de hecho.

Aunque la doctrina que se ha ocupado hasta la fecha de estudiar la guarda de hecho de discapacitados admite que ésta puede tener un origen voluntario⁵²⁵, ello lo único que traerá consigo es la posible asunción de *un deber de actuar de origen convencional, pero no el típico deber legal de los antiguos cargos tutelares*. En todo caso, siendo voluntario su origen, nos remitimos a lo dicho más arriba sobre la libre renuncia o el libre desistimiento *ad nutum* del sujeto, ya lo sea en su condición de mandatario, o de prestador de servicios, conforme a las reglas generales del Código Civil.

9.4.3.3.- Los prestadores de apoyo de origen judicial.

Dedicamos un apartado específico a estos sujetos, porque son los que están más ampliamente regulados en la nueva normativa.

Resulta muy importante y clarificador el *examen de la normativa procesal* reformada tras la Ley 8/2021, tanto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV) como en la LEC.

En el ámbito de la jurisdicción voluntaria, la modificación del art. 27 LJV, *sobre nombramiento de defensor judicial*, prevé en su apartado 2, letra b) la posibilidad de nombramiento de éste en el caso de “*negarse ...la persona designada para ejercer el apoyo a representar o asistir en juicio al menor o persona con discapacidad*”.

Esta norma viene a *reconocer y ratificar* en buena medida que el prestador de apoyos, incluso el judicial, previamente designado y ya operativo, *tiene en sus manos la facultad de no cumplir deliberadamente su función*, al no hacerse ninguna distinción o matización sobre los motivos que le llevan a negarse a cumplir las tareas asignadas, sin que ello le acarree en principio una sanción legal. La norma citada prevé al respecto que se proceda a renglón seguido a iniciar los trámites de nombramiento de defensor judicial. Junto a ello, la letra c) de ese mismo art. 27.2 LJV recoge también el caso de “*imposibilidad de*

⁵²⁵ Así, SOLÉ RESINA, J., “Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho”, *LA LEY Derecho de familia nº 31, julio-septiembre, La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, pag. 5 ss., quien parece defender que la guarda de hecho tiene siempre un origen voluntario, en cuanto procede de una voluntad o consentimiento de la persona del discapacitado. Sin embargo, una cosa es que lo sepa y lo admita o autorice, o simplemente no se oponga, y otra diferente que de ahí se pueda deducir la presencia de un vínculo contractual.

hecho”, expresión que por su amplitud, acoge o puede acoger en su interior cualquier supuesto, incluso el puramente dependiente de la voluntad del prestador de apoyos.

Todo ello lleva a una primera conclusión, con base en la normativa procesal, que resulta *favorable a dar amplia libertad al prestador de apoyos para dejar de realizar su función*, sin que además ello conlleve necesariamente una responsabilidad por su parte, por esa concreta causa. Si a ello se une el que estos sujetos no tienen ya por ley un deber formal de actuar, debemos concluir que, cuando menos a la hora del desempeño de su función, *su sustitución será perfectamente posible cuando, por decisión unilateral y deliberada del sujeto designado, decida dejar de actuar*.

Veamos ahora si esto que decimos tiene confirmación, o no, en el resto de normas procesales de la LJV o la LEC:

- *En cuanto al procedimiento de designación de los apoyos en el ámbito de los expedientes de jurisdicción voluntaria*, no se prevé en ningún momento, al menos de forma expresa, la presencia de un posible prestador de apoyo preexistente (aunque lo fuese para otros ámbitos o funciones), ni del guardador de hecho.

Tampoco se prevé que, antes de dictarse la resolución judicial, intervengan quienes sean propuestos como futuros prestadores de apoyo, por lo que *no está previsto que acepten el cargo en esa fase*. Resulta dudoso que el propuesto como prestador de apoyos deba intervenir en el expediente de jurisdicción voluntaria, pues no está previsto en la nueva normativa de la LJV. A este respecto, si se quiere ser efectivo en la adopción de la medida y su desarrollo y cumplimiento por la persona designada, hubiera sido muy lógico que el propuesto para prestar asistencia al discapacitado se manifestara a favor o en contra del cargo, preferiblemente dentro del expediente mismo y antes del pronunciamiento judicial. Pero no ha sucedido así, si se examina la LJV.

- *Tampoco está prevista en principio su presencia en el proceso contencioso, como legitimado activo o pasivo*, en caso de que haya oposición de alguno de los interesados, lo cual es aún más criticable. En este sentido, CALAZA⁵²⁶ ha afirmado, en relación al proceso contencioso, que cuando el nombramiento de curador no estuviera propuesto,

⁵²⁶ CALAZA LÓPEZ, S., “La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad”, *LA LEY Derecho de familia nº 31, julio-septiembre, La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*, pag. 16.

Por otro lado, cuando se trata de la legitimación para solicitar el *nombramiento de un nuevo curador, en sustitución de otro removido o fallecido*, la autora señala que misma corresponderá, como es lógico, al Ministerio Fiscal o a cualquiera de las personas legalmente indicadas para promover la curatela, a las que acabamos de referirnos: a la propia persona con discapacidad, a su cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos (art. 45.1). Pero, en cambio, *cuando se trata de la remoción del curador*, la legitimación activa corresponderá al MF, al sujeto a curatela o, incluso —dada la gravedad del asunto— *a cualquier persona interesada* (art. 49.1), de modo que aquí sí podría entrar el propio curador designado y ya en funciones.

sobre esta cuestión se oirá a la persona con discapacidad, al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, a sus parientes más próximos y a las demás personas que el Tribunal considere oportuno. No aparece por tanto el prestador de apoyos que se proponga, ni siquiera aunque su nombre haya aparecido ya en el previo expediente de jurisdicción voluntaria concluido con oposición.

Tan sólo el artículo 753.3 de LEC (al disponer que “...*Cuando con la demanda se solicite el inicio del procedimiento de provisión de apoyos, las medidas de apoyo correspondientes y un curador determinado, se le dará a este traslado de aquella a fin de que pueda alegar lo que considere conveniente sobre dicha cuestión*”) podría servir de apoyo a esta cuestión. No está claro a qué tipo de alegaciones se está refiriendo la norma, pero debemos pensar que en ellas se incluyan posibles manifestaciones acerca de una voluntad favorable o contraria a su designación como curador.

Del mismo modo, tampoco se ha previsto que la oposición a la medida de apoyo la interponga, como legitimado activo, el propio prestador de apoyos que hubiera sido previamente designado en expediente de jurisdicción voluntaria. Por tanto, al margen de lo defectuoso de la regulación legal, quedan incólumes todas las posibilidades del designado para negarse a aceptar el puesto o las funciones atribuidas, en un momento posterior a su designación formal por la sentencia judicial, aun habiendo dispuesto de un trámite de alegaciones (obviamente, en aquellos casos en que hubiera sido propuesto por alguna de las partes, lo cual no es obligatorio para quien inste el procedimiento, o por quien lo conteste o se oponga al mismo).

En conclusión, es muy llamativo que en la reforma de la LJV y de la LEC no se hable con claridad de la presencia en el procedimiento de la persona que puede ser propuesta, y desde luego no para que específicamente manifieste de antemano su disponibilidad, estando prevista más bien al contrario su intervención *a posteriori* para la prestación del consentimiento, en su caso, una vez ya haya designado por resolución judicial.

Por lo tanto, en conclusión, no se percibe en esa normativa procesal nada que haga pensar que los prestadores de apoyo de origen judicial (curador o defensor) de personas con discapacidad puedan ser cargos de obligado cumplimiento, ni que se niegue a los propuestos la posibilidad de rechazar libremente el cargo, en la fase ulterior a su designación, o de desistir o renunciar al mismo, una vez ya iniciado en el ejercicio de sus funciones.

Procede ahora analizar la regulación contenida en el Código Civil sobre los apoyos de origen judicial, singularmente **la curatela**, por ser el modelo adoptado por el legislador.

En primer lugar, por lo que concierne a la designación del curador y el momento y condiciones para hacerlo, la normativa civil no resuelve tampoco el tema del momento en que deba hacerse. Tan sólo el art. 276 CC dice que la autoridad judicial “*nombrará curador a quien haya sido propuesto para su nombramiento por la persona que precise apoyo o por la persona en quien este hubiera delegado*”, lo que da a entender que el designado puede no haber tenido un previo conocimiento de que ha sido propuesto y

designado, sabiéndolo sólo en momentos posteriores a la resolución judicial que lo nombre. De hecho, el art. 279 CC, al tratar de la excusa del cargo de curador, *concede al interesado 15 días, “desde que tuviera conocimiento del nombramiento”, para que manifieste el posible motivo de su excusa, lo que da a entender que con frecuencia no sabrá, o puede no saber, que ha sido previamente propuesto y por tanto que no ha intervenido en el procedimiento*, confirmando así lo señalado respecto de la normativa de la LJV y la LEC.

Así pues, ello supone remitir al designado a la regulación de las causas de excusabilidad del cargo del artículo 279 CC. Como ya se dijo antes, hubiera sido mucho más lógico (y rápido) que dicho sujeto hubiera participado de forma obligatoria en el proceso de adopción de medida de apoyo, de modo que hubieran sido llamados a intervenir en él la persona o personas propuestas por las partes personadas, *al objeto de que el juez, antes de decidirse, conociera en primer lugar la disponibilidad de los posibles prestadores de apoyo y su voluntad o no de asumir el puesto, ya que, de otro modo, podría hacerse inútil todo el proceso de designación de apoyos*.

La remisión a las causas legales de excusa del cargo conducen a la idea tradicional de que no tendría en principio relevancia la voluntad (negadora o de rechazo) del sujeto designado como curador, salvo que alegase alguno de los motivos legales del art. 279 CC, a saber: que el cargo le resultase *“excesivamente gravoso”*, o bien que *“entrañe grave dificultad para el ejercicio del cargo”*, o, siendo persona jurídica, *“cuando carezca de medios suficientes para el adecuado desempeño”*.

Decíamos, sin embargo, más arriba, en relación a las antiguas excusas de los cargos tutelares de antes de la reforma de 2021, que *la “excesiva gravosidad” o la “grave dificultad” deben ser entendidas muy ampliamente*, hasta el punto de hacer viable la excusa del cargo por la sola manifestación de imposibilidad del sujeto, lo que *nos remite de nuevo a la voluntad final del mismo de querer o no desempeñar el cargo, o de renunciar al mismo*.

Ello debe ser así con más motivo tras la reforma. En este sentido, y aparte la supresión, en este ámbito de los prestadores de apoyo judiciales, de los mandatos contenidos en los antiguos arts. 216 y 217 CC, es significativo que el art. 279.IV CC establezca el deber de ejercer su función el curador, no con carácter general, como hacía el antiguo artículo 216 CC, sino *sólo mientras se resuelve sobre la procedencia de la excusa*, previéndose el nombramiento a tal fin de un defensor judicial. Esto supone un nuevo cambio importante, por cuanto, aunque no se ha modificado sustancialmente esta normativa sobre excusa respecto de los antiguos arts. 251 a 256 CC, *sí ha variado el hecho de que no se le imponga un deber general de ejercicio de la función, como hacía el citado art. 216 CC, ni se establezca el carácter excepcional y aparentemente restrictivo de las causas de excusa del cargo*.

En relación ahora a la posibilidad de renuncia o negación del cargo *de forma sobrevenida* tras la aceptación del mismo y toma de posesión ante el Letrado de la Administración de Justicia, el examen del art. 282 CC, al referirse al ejercicio de la curatela, señala que *“una*

vez en el ejercicio de la curatela, estará obligado a mantener contacto personal” con el discapacitado y a “desempeñar las funciones encomendadas con la diligencia debida”. Se le impone así un deber de actuar, al que en principio no podría renunciar. Ello nos lleva ahora al examen de *las posibilidades de una excusa sobrevenida* y a la postre, a *determinar si es viable la renuncia del curador al cargo por su sola voluntad*, a pesar de las obligaciones asumidas.

El antes citado artículo 279 CC remite, para la excusa sobrevenida, a los mismos motivos de excusa originaria, esto es, a los citados antes como “excesiva gravosidad” o “grave dificultad”, que ya vimos debían ser interpretados ampliamente, en atención a la adecuada tutela de los intereses del discapacitado, para evitar que el puro desinterés del curador que no quiere seguir ejerciendo el cargo le acarree a aquél perjuicios irreparables.

Por otro lado, y como aclaración, *no parece que la voluntad del discapacitado pueda anteponerse a la voluntad renunciadora o abstencionista del prestador de apoyos*, cuando este último decida dejar de cumplir la tarea encomendada.

De hecho, *la ley civil regula expresamente de forma prototípica el caso en que el apoyo no se preste de forma eficaz*, lo que remite a una conducta, no solo negligente, sino *incluso deliberadamente inactiva* del curador (o prestador de apoyos voluntario). *A estas situaciones se refieren, con toda normalidad, los arts. 263 ss. CC, sobre guarda de hecho, entre otros, con lo que se admite y se da cauce legal a los casos de decisión unilateral del curador de dejar de ejercer sus funciones en un momento dado.*

Es más, la introducción del nuevo art. 253 CC, al remitir a la entidad pública con funciones asistenciales de personas con discapacidad, en los casos de falta de apoyo en situaciones que lo exijan, *da a entender que puede ser frecuente que el curador haya decidido dejar de prestar apoyo de forma deliberada*, lo que implica admitir en su seno el supuesto de renuncia de aquél.

Por lo demás, el nuevo art. 283 CC, sin especificar el posible origen (externo o puramente interno o voluntario), regula el caso de *impedimento transitorio del curador* para el desempeño del cargo, para lo cual *se prevé la designación de un defensor judicial*. Así pues, dentro de ese impedimento puede situarse el de la manifestación del curador de no querer seguir en el cargo, para lo cual se nombrará inmediatamente a un defensor judicial. Ello podría interpretarse, conjuntamente con las normas de la LJV antes señaladas sobre nombramiento de defensor judicial y de medidas de apoyo, como el estadio previo al cese del curador que quiere dejar de serlo, y del nombramiento de uno nuevo, que podría ser el mismo sujeto designado como defensor judicial. De hecho, el párrafo III del art. 283 CC regula el supuesto de prolongación de la imposibilidad, en cuyo caso se nombrará normalmente un nuevo curador en sustitución del renunciante.

En conclusión, puede decirse que de la regulación actual (y también de la precedente) se deduce, con mucha más claridad que antes, aun cuando no de forma totalmente explícita, la idea de que las medidas de apoyo a la discapacidad, sean voluntarias e incluso judiciales, *no imponen ni pueden imponer razonablemente una obligatoriedad en el*

desempeño del cargo, existiendo amplias posibilidades para dar cuerpo a una voluntad del prestador de apoyos de renunciar al puesto.

Esto viene a contradecir la postura doctrinal tradicional que negaba la renunciabilidad de los cargos tutelares, de modo que existen, hoy más que antes de la reforma, diversos cauces para ello, justificados siempre en la idea básica de que la tutela del menor o discapacitado exigen acoger la manifestación de renuncia, so pena de causar perjuicios graves e irreparables al sujeto discapacitado como consecuencia de una previsible desidia del prestador de apoyos si se le fuerza a seguir en el cargo contra su voluntad.

Cuestión diferente es que, de forma coyuntural, mientras se proceda a nuevo nombramiento o una nueva medida más actualizada, tenga provisionalmente que continuar ese sujeto en el desempeño del cargo, sobre todo si se trataba de un prestador de apoyo de origen judicial, con la consiguiente responsabilidad frente al sujeto afectado si no cumple con diligencia su función. Este deber de continuar persiste, tanto antes como después de la reforma, pero es indudable que la Ley 8/2021 ha otorgado más amplio cauce a esa renuncia con efectos cuasi inmediatos, al haber previsto la presencia o designación de otros sujetos incluso con carácter coyuntural o provisional. Ello en ningún caso empaña ni obstaculiza el valor de la voluntad renunciadora del curador o prestador de apoyos, que hoy con más motivo debe tener a su alcance la posibilidad de dejar el cargo a voluntad, en cualquier momento.

De este modo, se debe de nuevo desmitificar la idea clásica sobre la irrenunciabilidad de los cargos tutelares y similares, haciendo viable y eficaz jurídicamente una voluntad renunciadora del correspondiente cargo de prestador de apoyos, por encima incluso de lo que pudiera querer el propio discapacitado, o la autoridad judicial, la cual tiene muy escasos instrumentos para forzar a quien no quiere, a desempeñar el puesto, o a seguirlo ejercitando, si ya estaba designado pero tenía voluntad inequívoca de cesar en la función⁵²⁷.

⁵²⁷ De hecho existe una tendencia jurisprudencial cada vez mayor a atribuir el cargo de prestador de apoyos a la discapacidad a personas jurídicas públicas o privadas, como consecuencia de la creciente dificultad de encontrar a familiares que estén dispuestos a ocuparse del cuidado y asistencia o representación de los discapacitados. Esto se comprueba en las sentencias dictadas en este año escaso de vigencia de la Ley 8/2021, en muchas de las cuales se acaba recurriendo como prestador de apoyo a alguna de estas instituciones: cabe citar, por ejemplo, la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021, donde se asigna el cargo de curador a la entidad pública encargada de la asistencia a la discapacidad en Navarra. También, y sólo a título de ejemplo, la **Sentencia de la A.P. de Santander (Sección 2ª) de 29 de octubre de 2021**, la **Sentencia de la A.P. de Ourense (Sección 1ª) de 5 de octubre de 2021** o la **Sentencia de la A.P. de Palma de Mallorca (Sección 4ª) de 5 de octubre**; la **Sentencia de la A.P. de Zaragoza (Sección 2ª) de 10 de mayo de 2022**, la **Sentencia de la A.P. de Salamanca (Sección 1ª) de 13 de mayo de 2022** o la interesante **Sentencia de la A.P. de Badajoz (Sección Mérida) de 16 de mayo de 2022**.

Vid. igualmente QUESADA GONZÁLEZ, M.C., *La asistencia y otras instituciones de protección ... cit.*, pag. 53, quien llama la atención sobre este fenómeno cada vez más frecuente.

Ello es una prueba de que, en la práctica, no se están aplicando las reglas legales que establecen que es un

9.4.5.- Algunas conclusiones sobre la obligatoriedad de los cargos tutelares y las medidas de apoyo a la discapacidad, tras la Ley 8/2021, y sobre las posibilidades de sometimiento de los cargos a la voluntad excluyente o renunciadora del sujeto designado:

En primer lugar, como primera consideración, debe señalarse que un sistema netamente liberal desde la perspectiva de la persona del discapacitado, que impone atender de forma absolutamente prioritaria a la voluntad y deseos de ese sujeto, *casa muy mal* con una regulación que imponga *forzosamente* la constitución o la continuación en el cargo de tutores de menores, pero muy especialmente en el cargo de prestador de apoyos a la discapacidad. No es posible regular y aplicar un sistema muy volcado en la autonomía, dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del discapacitado, y a la vez privar al sujeto designado como tutor o prestador de apoyos de esa misma autonomía y libre desarrollo.

Como segunda conclusión, hay que insistir en que *debe desmitificarse la idea de la irrenunciabilidad de los cargos tutelares o medidas de apoyo*, en cuanto debe permitirse hacerlos depender de la voluntariedad del sujeto prestador de apoyos o del tutor de menores, máxime tras la reforma legal de 2021, que ha flexibilizado aún más la condición de estos cargos. Salvo respecto de la tutela de menores, han mermado considerablemente las referencias legales a la obligatoriedad de los cargos desempeñados, y a las consecuencias derivadas de una decisión de no aceptarlos *ab initio*, o de desistir o renunciar sobrevenidamente a los mismos.

Por otro lado, parece que en la base para la admisión de la posibilidad de renuncia al cargo, tanto originariamente como de forma sobrevenida, debe hallarse en la importante consideración de que la imposición de este tipo de cargos, aun ordenados por un mandato legal (casi siempre inespecífico en su alcance último), *chocaría frontalmente con los principios y derechos constitucionales del sujeto tutor o sobre todo del sujeto prestador de apoyos*.

Estos derechos se verán afectados en especial cuando su función sea extensa y amplia, con asistencia personal continuada, haya o no convivencia con la persona del discapacitado, o cuando se trate de una función representativa compleja o extensa, aunque no sea “plena” en los términos legales actuales. Si en esos casos se le impone por ley de forma genérica un deber jurídico de actuar, y no se le da la opción de no desempeñar el cargo, o de dejar de hacerlo de forma sobrevenida, cuando lo estime necesario, puede verse mermado de forma sustancial su derecho a la libertad de elección

“deber” el ejercicio de cargos tutelares o medidas de apoyo, por entenderse, con criterio lógico, que un juez o Tribunal no puede condicionar la vida y desarrollo personal de los familiares o parientes del discapacitado imponiéndoles algo que no quieren de ningún modo, y así lo manifiestan de forma expresa o tácita.

vital, su intimidad personal y familiar, y en general su libre desarrollo de la personalidad.

Esto es algo en lo que no han pensado en modo alguno ni el legislador de la antigua regulación de los cargos tutelares, procedente de la reforma del año 1983, ni tampoco el legislador de la actual Ley 8/2021.

Como consecuencia de lo anterior, establecer la voluntariedad de los cargos referidos, con especial referencia a las medidas de apoyo a los discapacitados, lleva a un enfoque de éstas *como vínculo entre discapacitado y prestador de apoyos en buena medida cercano a lo contractual o en general a lo negocial*. Así, quizás se deba defender al respecto, en cuanto a algunos aspectos de su régimen jurídico, como los de la designación, remoción y excusa de los cargos, *un planteamiento cercano -aunque no totalmente idéntico- a los principios y reglas básicas que rigen la regulación de los contratos de mandato o de servicios, o de lo apoderamientos unilaterales*. Ello en el sentido de que acoger la idea de que el sujeto apoderado o vinculado contractualmente con otro para desempeñar una actividad más o menos amplia en su propia esfera patrimonial o personal, *dispone en todo momento de la facultad unilateral de renunciar al cargo y darlo pro concluido en cualquier momento y circunstancia, al tratarse de vínculos de confianza en sentido recíproco*. Sólo se podría establecer entonces una posible responsabilidad del prestador de apoyos renunciante, y por tanto una obligación de indemnizar posibles daños y perjuicios, cuando éstos se relacionen directamente con un cese inopinado e imprevisto de las funciones asumidas.

Por lo tanto, no se puede ya mantener la obligatoriedad del cargo de tutor, o ahora de prestador de apoyos a discapacitados, por una hipotética razón de interés público, como antes se sostenía por algunos autores. Ni siquiera tampoco con base en una idea de derecho-deber, que es más propia de la patria potestad de los padres respecto de sus hijos menores. Tal como ésta última es concebida en nuestra Constitución (art. 39.3 CE) y nuestro vigente Código civil, *la potestad paterna debería quedar separada netamente de los cargos tutelares y las medidas de apoyo*, en los cuales debe resplandecer con toda claridad la voluntad del sujeto designado para el cargo, como forma de satisfacer mejor, y a la vez, el interés del menor o discapacitado.

La razón última es que, por encima de este hipotético interés, que ya pusimos en cuestión más arriba, debe situarse el derecho de todo sujeto (aquí el propuesto o designado como cargo tutelar o prestador de apoyos) a su libertad (art. 17 CE), a su intimidad (art. 18 CE) y a su libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE).

Estos derechos y principios constitucionales se deben anteponer a cualquier norma que, de forma muy inespecífica, como la de los antiguos arts. 216 y 217 CC, calificaban los cargos tutelares como deberes legales, pero no establecían –ni establecen tras la Ley 8/2021- con precisión cuándo y hasta qué punto estaban obligados, ni si podían ser de por vida o de forma indefinida, ni si la pérdida de interés o la falta de voluntad para

continuar por parte del sujeto podía impedir un cese o renuncia al cargo, con una subsiguiente confirmación por parte de la autoridad judicial⁵²⁸.

A este respecto, cualquier imposición legal a un sujeto en orden a la realización obligatoria de actividades para terceros debe tener *una muy buena justificación*, pero sobre todo debe dejar *una puerta totalmente abierta a su cese o extinción por la libre voluntad del sujeto, so pena de condicionar de forma sustancial el libre desarrollo de la personalidad del prestador de apoyos*⁵²⁹.

A lo sumo, y como *única excepción* admisible al respecto, sería factible la consideración como “deber” en los casos en que el tutor o el prestador o prestadores de apoyo fuesen los propios padres del discapacitado o del menor, como todavía puede suceder tras la reforma legal de 2021, dado que *en ellos existiría una vinculación directa con el mandato contenido en el citado artículo 39.3 de la Constitución*, como supuesto legal específico de imposición a dichos padres de prestar asistencia a sus hijos más allá de la mayoría de edad. Pero únicamente respecto de estas personas, ni siquiera respecto de otros parientes, aun cercanos⁵³⁰.

No se olvide además que, en un campo cercano como es la materia de alimentos entre parientes próximos, la ley (art. 149 CC) *autoriza el que el obligado pueda elegir la opción de no acoger en su casa* al alimentista pariente, pudiendo bastar con el pago de una pensión en dinero. Esto es una prueba evidente de que *ni siquiera respecto de alimentos, y entre parientes próximos, es viable la imposición de un deber de convivencia y de asistencia directa y personal al familiar necesitado*. Por lo tanto, *con mucho más motivo debe suceder en el ámbito de la tutela de menores y de las medidas de apoyo a discapacitados*, donde no debe ser factible la imposición del cargo, con los deberes

⁵²⁸ A este respecto, también habría que reinterpretar, a la luz de la nueva Ley 8/2021, preceptos como el artículo 226 del Código penal, sobre abandono de menores o personas con discapacidad por parte de sus tutores o prestadores de apoyo, por un presunto incumplimiento de sus deberes legales de asistencia. Aparte de que no es posible encontrar ninguna sentencia relativa a condena de tutores por no querer cumplir sus cargos, habiéndolo manifestado previamente al efecto, habría que flexibilizar aún más tras la reforma las situaciones en que esos “incumplimientos” derivarían en una infracción penal, al haberse alterado el régimen legal de los tutores y a la vista del régimen jurídico de los actuales prestadores de apoyo antes expuesto.

⁵²⁹ En este sentido, debería reinterpretarse a la luz de estos principios constitucionales la previsión legal tradicional de que sea excusable el cargo tutelar cuando le resulte al designado “excesivamente gravoso”. Sobre la necesidad de que la pauta del juez a la hora de aceptar una excusa sea lo gravoso que suponga el cargo al designado, así como atender al beneficio del tutelado, remitimos a SERRANO FERNÁNDEZ, *ob.cit.*, pag. 1985.

⁵³⁰ Quizás a estos casos se podrían añadir, pero por otras razones, aquellos otros, muy frecuentes en la jurisprudencia, sobre excusas a los antiguos cargos tutelares *planteadas por parte de instituciones o entidades públicas con funciones de asistencia a discapacitados*, propuestas o designadas para el cargo, casos en los cuales las Audiencias Provinciales han sido especialmente reacias a acoger las excusas alegadas por las mismas para no aceptar el cargo, o renunciarlo *sobrevenidamente*. Aquí nos encontramos ante entidades de Derecho público que no tienen libertad de elección (mucho menos si se alega, como ha sucedido frecuentemente, una falta de medios económicos, como excusa), y donde no pueden jugar los principios constitucionales que fundamentan la libertad de decisión de las personas físicas designadas como apoyo a un discapacitado.

asistenciales inherentes al mismo: el sujeto designado debe disponer de la posibilidad de libre elección, o de renuncia ulterior al cargo, una vez ya designado y estando en ejercicio.

En la práctica, la imposición de un verdadero deber de asistir al menor o discapacitado *se van a concretar fundamentalmente en los casos en que una entidad pública asistencial se niegue a prestar la función para la que ha sido designada*, alegando falta de medios, como se hace con cierta habitualidad, u otras posibles razones. Aquí con toda lógica la ley las obliga a desempeñar las tareas asignadas.

Pero en cambio la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales es mucho más matizada cuando se trata de imponer contra su voluntad el cargo tutelar, u hoy el de prestador de apoyos, a las personas físicas, incluso parientes próximos del discapacitado⁵³¹.

⁵³¹ La única salvedad sería el supuesto de imposición del cargo de prestador de apoyos a los progenitores del discapacitado, cuando éste ya es mayor de edad, en los antiguos casos de patria potestad prorrogada o rehabilitada: aquí subsiste una reminiscencia de los deberes paternos durante la minoría de edad y debe recordarse al respecto que esta restricción podría tener su fundamento en el reiterado art. 39.3 CE, que impone a los padres deberes asistenciales respecto de sus hijos, durante la minoría de edad, “*y en los demás en que legalmente proceda*”. Esta última expresión implica una remisión o autorización al legislador ordinario, quien podría obligar a los padres, pero sólo a ellos, a asistir a sus hijos con discapacidad tras la mayoría de edad de éstos, al tener un claro entronque constitucional (que de momento no se puede decir que haya encontrado eco en la normativa civil vigente). Pero en ningún caso debería ser extensible a terceros no progenitores/padres.

CAPÍTULO 10: APÉNDICE: BREVE REFERENCIA A LA RENUNCIA EN MATERIA HEREDITARIA: RENUNCIA A LA LEGÍTIMA FUTURA Y RENUNCIA A LA HERENCIA FUTURA.

INDICE:

10.1.- Introducción. 10.2.- Sobre el artículo 816 Código civil como obstáculo a la renuncia anticipada a la herencia. La referencia del artículo 1271 Código civil: 10.2.1.- Introducción. 10.2.2.- Fundamento o razón de ser de la prohibición. 10.2.3.- El sentido de la expresión “transacción sobre legítima futura”. 10.2.4.- La renuncia abdicativa unilateral: ¿debe estar excluida del ámbito del artículo 816 CC? 10.2.5.- Las alternativas a la renuncia plena a la legítima: otras posibles “renuncias” y su posible licitud. 10.2.6.- La naturaleza de la nulidad prevista en el art. 816 CC. La posible *confirmación* sobrevenida de la renuncia. 10.2.7.- Las consecuencias jurídicas del acto de renuncia anticipada. La conducta posterior del renunciante y sus posibles efectos. **10.3.- Conclusiones sobre la posibilidad de renuncia anticipada a la herencia futura o a la legítima futura, antes del fallecimiento del causante y la apertura de la sucesión hereditaria.**

10.1.- Introducción.

Nos ocupamos en este último capítulo de esta tesis doctoral, en forma de Apéndice, del juego de la renuncia en el ámbito hereditario, sobre todo la renuncia anticipada a la legítima y a la herencia, por considerarlas cuestiones conexas con la renuncia en el ámbito familiar. Se trata de cerrar el círculo de todo este análisis del juego de la renunciabilidad y la irrenunciabilidad en materia familiar, en su comparación con la renuncia en el campo de los derechos fundamentales.

Nos preguntamos ahora, en particular, sobre la posibilidad de renuncia unilateral -no bilateral- *anticipada* a la herencia futura y/o a la legítima futura, o a los derechos que le pudieran corresponder en una herencia futura, por parte de quien se ve, en un futuro más o menos inmediato, en la tesitura de ser llamado a una herencia o a la legítima de un pariente próximo, y, antes de recibir ese llamamiento, desea manifestar su voluntad de no adquirir el derecho o derechos que le corresponderían, en caso de cumplirse todas las condiciones legales y testamentarias para ostentarlo.

En nuestro país hemos tenido recientemente un ejemplo extraordinario de este fenómeno, con la manifestación de nuestro propio rey Felipe VI, efectuada ante Notario y luego comunicada públicamente mediante carta de la que se han hecho eco los medios de comunicación social, por la cual decide renunciar anticipadamente a la legítima/herencia que le pudiera corresponder en el futuro en la sucesión hereditaria del su padre y anterior rey Juan Carlos I, a partir del hecho del posible origen ilícito, o al menos dudoso jurídica y fiscalmente, de buena parte de su actual patrimonio, así como renunciar

anticipadamente a otros derechos futuros que le pudieran corresponder procedentes de entidades o fundaciones relacionadas con su padre⁵³².

Este inusual hecho ha puesto bajo los focos una cuestión hasta ahora poco tratada, y dada por supuesta en su alcance por buena parte de la doctrina civilista como la de la posibilidad de renunciar anticipadamente a la legítima que le pudiera corresponder a una persona (en este caso, el rey de España) respecto de la herencia de su padre, en caso de fallecer y ser llamado a esa herencia. Indudablemente, los derechos hereditarios forman parte de un ámbito personalísimo del sujeto, de origen normalmente familiar, que justifica el tratamiento de este asunto en este trabajo general sobre la renuncia unilateral en el ámbito de la persona y la familia.

Avanzamos desde el inicio que *no nos vamos a referir a los supuestos*, más frecuentes en la práctica de los tribunales (seguramente por ser más problemáticos), *de renunciaciones contenidas en acuerdos bilaterales o plurilaterales* entre quien será futuro causante y quien o quienes serían sus legitimarios futuros o herederos futuros, así como a los posibles acuerdos suscritos entre dos o más de estos últimos, o entre éstos y terceros distintos del causante o testador (aunque obviamente no tendremos más remedio que hacer referencia a ellos en diversos momentos de este Capítulo).

Como es sabido, buena parte de la doctrina, y alguna jurisprudencia, son partidarios de denegar la posibilidad de la renuncia anticipada a la herencia o la renuncia a la legítima futura. Para ello se apoyan sin duda en el artículo 816 CC, en principio muy claro y explícito en su redacción, así como en otros preceptos hipotéticamente complementarios, tales como el artículo 991 CC, que establece la necesidad, para poder optar entre aceptar o repudiar, de estar cierto de la muerte del causante y de su derecho a la herencia, y los artículos 1000 y 1006 CC, ya en el ámbito del llamado "*ius delationis*" y las aceptaciones

⁵³² Los términos exactos de la renuncia, publicados por la Casa Real en los distintos medios de comunicación, son los siguientes (reproducimos la parte esencial del documento a los efectos que aquí interesan):

“Ante las informaciones referidas a S.M. el rey Don Juan Carlos, aparecidas hasta la fecha en distintos medios de comunicación, la Casa de S.M. el rey quiere hacer constar:

1. Que en su discurso de proclamación ante las Cortes Generales el 19 de junio de 2014 S.M. el rey dijo lo siguiente: “La Corona debe velar por la dignidad de la Institución, preservar su prestigio y observar una conducta íntegra, honesta y transparente...”

*2. Que en coherencia con las palabras pronunciadas en su discurso de proclamación y con la finalidad de preservar la ejemplaridad de la Corona, S.M. el rey quiere que sea conocido públicamente que S.M. el rey Don Juan Carlos tiene conocimiento de su **decisión de renunciar a la herencia de Don Juan Carlos que personalmente le pudiera corresponder, así como a cualquier activo, inversión o estructura financiera cuyo origen, características o finalidad puedan no estar en consonancia con la legalidad o con los criterios de rectitud e integridad que rigen su actividad institucional y privada** y que deben informar la actividad de la Corona...”*

y repudiaciones de derechos hereditarios. Nos centraremos sobre todo en el primero de los preceptos legales citados.

En el examen del verdadero fundamento o *ratio* de estas normas, así como las razones que pueden abonar el que sea en principio inválida cualquier manifestación de renuncia unilateral anticipada a la legítima o la herencia, como parece indicar el primero de preceptos legales citados, el art. 816 CC sobre renuncia a la legítima, entendemos que debe servir como punto de referencia el dato muy relevante la doctrina general sobre renuncia de derechos, actuales y futuros, y sobre exclusión voluntaria de la ley aplicable ex art. 6.2 CC.

Como ya se vio en el Capítulo 1 de este trabajo, una buena parte de la doctrina, coincidente en algunos casos con quienes defienden la anterior posición sobre la inviabilidad de la renuncia previa a la herencia o a la legítima, frente a este planteamiento, no pone objeciones a la hora de defender la licitud de la renuncia a meras expectativas de derechos en general, de derechos en formación o derechos futuros o ajenos⁵³³. Hemos

⁵³³ En esta línea, y dentro de la doctrina española, cabe recordar a ASÚA *Código Civil Comentado (Dir. Cañizares, de Pablo, Orduña y Valpuesta) cit.*, p. 79, quien sostiene que se puede renunciar a derechos subjetivos, derechos de configuración jurídica y derechos eventuales, pero no renuncia a situaciones de poder que al tiempo impliquen deber jurídico (ejemplo habitual es la patria potestad).

Por su parte, GULLÓN BALLESTEROS, A., *Comentario del Código civil. Ministerio de Justicia, cit.*, p.35 dice que se puede renunciar a derechos eventuales (titularidad sometida a condición) Dice igualmente que la renuncia efectuada antes de que se den los presupuestos necesarios para que el derecho haya nacido no equivale a la renuncia al derecho (cita STS 5/5/89). No obstante, el mismo GULLÓN, en *Comentario del Código Civil (coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta)*, vol. 1. cit., pag. 388 señalaba que el art. 6.2 CC se refiere en concreto a la renuncia a derechos reconocidos por la ley, considerándolos una particular expresión de la exclusión voluntaria de la ley aplicable, cuando la renuncia se hace anticipadamente, por lo que admite abiertamente la renuncia anticipada antes de ingresar en el patrimonio de renunciante (aunque dice que no es propiamente renuncia, porque esta propiamente significa un acto de disposición, y habla de renuncia a los derechos, para diferenciarla de la renuncia de los derechos, los cuales ya están en el propio patrimonio). Dice que en la renuncia a los derechos no hay perjuicio de tercero, pero sí puede haberla en la renuncia de los derechos.

GARCIA RUBIO, M.P., *Comentarios al Código Civil (Dir. A. Domínguez Luelmo) cit.*, p.64 afirma sin ambages que se puede renunciar a derechos subjetivos *stricto sensu*, derechos potestativos, derechos eventuales (sometidos a condición) o incluso las meras expectativas de derechos aún no nacidos. Sus argumentos son que hay expectativas con distinto grado de madurez, algunas con alto grado de seguridad y se consideran verdaderos derechos subjetivos en espera; y que no hay una razón plausible para excluirlos de la renuncia: ni con base en la literalidad de norma, ni en el conjunto del sistema. A tal fin, cita una serie de preceptos legales que la acogen: como el art. 970 CC (renuncia a la reserva viudal en vida del reservista) art. 1002 CC (renuncia preventiva a la acción de responsabilidad contractual si no era dolosa). Cita también STS 5-4-1997 e incluye los pactos o acuerdos preventivos de la ruptura matrimonial, donde está admitida en la práctica la renuncia a derechos no nacidos, como la pensión compensatoria, aunque se trata a su juicio de renunciaciones contenidas en negocios jurídicos de carácter bilateral).

Por su parte, QUIÑONERO, E., *Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia (Coord. Antonio salas Carceller) cit.*, pag. 123-124: dice que la renuncia puede caracterizarse como una manifestación de la voluntad que determina la extinción del derecho subjetivo. Es negocio jurídico unilateral, porque no necesita más que una abdicación de la titularidad. El que renuncia no transmite y eso con independencia

tenido ocasión de comprobar cómo, en otros ámbitos, es perfectamente posible e incluso natural la renuncia *previa* del sujeto afectado a reclamar frente a futuros actos o intromisiones de terceros en su esfera personal, como vimos sucedía con la renuncia en el ámbito de algunos derechos fundamentales o derechos de la personalidad.

Esta primera reflexión nos lleva a poner en cuestión la citada posición mayoritaria, o al menos a establecer las correspondientes distinciones o matizaciones, tratando de encontrar las razones para un trato tan diferenciado, de unos y otros supuestos. En realidad, al plantearnos la posibilidad de renuncia a una herencia o legítima futura, o renuncia anticipada a la herencia futura, en cualquiera de sus posibilidades, que luego veremos, lo que nos preguntamos es lo siguiente: estando permitido sin problema, en opinión de la práctica totalidad de la doctrina, la renuncia a expectativas de derecho o derechos futuros, ¿qué es lo que podría justificar la ineficacia de la renuncia anticipada a la expectativa hereditaria futura?

Desde esta perspectiva, lo que habría que asumir es que *sólo una razón muy poderosa* debe ser lo que justifique la imposibilidad de renunciar a una herencia futura (ya sea herencia voluntaria, ya sea derecho de legítima), por contraste con lo que sucede con el resto de derechos futuros o expectativas.

Para obtener conclusiones adecuadas en esta cuestión, parece conveniente comenzar con el análisis del artículo 816 CC, que es el que más explícitamente prohíbe la renuncia a derechos hereditarios futuros, aquí, la legítima.

10.2.- Sobre el artículo 816 Código civil como obstáculo a la renuncia anticipada a la herencia. La referencia del artículo 1271 Código civil:

10.2.1.- Introducción.

Nos planteamos a continuación la trascendencia que, en este debate sobre la posibilidad de renuncia anticipada a la herencia en general, tiene el artículo 816 CC respecto de la

del eventual beneficio ajeno; con lo que quiere decirse que, si como efecto de la renuncia se produce la adquisición de la titularidad por otro, tal adquisición no trae causa de la titularidad del que renuncia. Se tratará de una adquisición originaria y no derivativa. A su juicio, puede darse una renuncia llamada “preventiva”, negarse a adquirir. Pero esto no es renuncia en sentido técnico, de manera que, en este caso, no debe producirse dentro de los límites impuestos a la verdadera renuncia.

Igualmente, CABANILLAS SANCHEZ, A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dir. M. Albaladejo y S. Díaz) cit.*, pag. 749-750 admite sin problemas la renuncia preventiva, cuando se manifiesta que no se admite un derecho que no ha entrado todavía en el patrimonio del renunciante (es una *omissio acquirendi*). Señala con posterioridad que la renuncia preventiva no es una verdadera renuncia, al no tener lugar la pérdida o abandono de un derecho por voluntad unilateral de su titular, y no poderse disponer de lo que no se tiene, pero no niega en ningún caso la licitud de la misma.

legítima y su renunciabilidad, y reiteramos que nuestro planteamiento concierne exclusivamente a las posibilidades de la renuncia abdicativa unilateral, decidida libremente por el sujeto renunciante.

Eso significa dejar fuera del debate la posibilidad de una renuncia que se halle integrada dentro de un acuerdo más amplio, como, por ejemplo, dentro de un pacto sucesorio entre causante y legitimario, o de una donación de bienes efectuada por el causante como anticipo de un derecho hereditario futuro, o de un acuerdo transaccional con la legítima como objeto directo o indirecto del mismo. Ello no impide, sin embargo, que nos refiramos a estas situaciones por su conexión con la cuestión planteada.

Igualmente, tampoco nos planteamos esa renuncia dentro de un acuerdo de partición total o parcial *inter vivos* entre causante y herederos o legitimarios, conforme a las pautas de los arts. 1271 y 1056 CC, habida cuenta que este tipo de negocios están autorizados explícitamente en el Derecho común español.

Por lo pronto, si examinamos el Derecho comparado y el Derecho de algunos territorios españoles con Derecho civil histórico, llegaremos a la primera conclusión de que la prohibición contenida en la norma del art. 816 CC constituye una cierta excepción en relación a otros Derechos u ordenamientos jurídicos.

Así, dentro de España, son muchos los Derechos históricamente forales que consideran válidas las renunciaciones anticipadas a la porción de legítima futura del legitimario, con especial referencia a las contenidas en pactos o acuerdos entre causante (futuro) y legitimarios (futuros)⁵³⁴. Fuera de España, también es relativamente habitual permitir la renuncia, o al menos suavizar la prohibición para dar entrada a más posibilidades que las previstas en Código civil español⁵³⁵.

⁵³⁴ Así, en Cataluña, el Código civil de Cataluña admite los pactos sucesorios entre causante y herederos futuros (art. 431-1 y ss.) remitiendo a las reglas generales de vicios del consentimiento, si ha podido haber algún tipo de engaño o abuso, no existiendo norma alguna que prevea la ineficacia de la renuncia anticipada total o parcial a la legítima (art. 451-2).

Mucho más clara es la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, cuya Ley 156 expresamente señala: “*Ley 156. Renuncia a la herencia futura. Forma. Es válida la renuncia o transacción sobre herencia futura siempre que se otorgue en escritura pública*”. Dicha ley es completada con la Ley 157 que afirma: “*Ley 157. Efectos de la renuncia. El renunciante quedará excluido de la sucesión deferida por la ley; no obstante, podrá aceptar las disposiciones que en su favor ordenare el causante*”.

En el Derecho Civil de Galicia, son posibles los pactos sucesorios entre causante y descendientes, especialmente en llamado pacto de apartación (art. 224), que implica renuncia a la condición de legitimario a cambio de bienes, por lo que no sólo es viable una renuncia contenida en pacto, sino que no debe existir inconveniente para una renuncia unilateral anticipada a la legítima. A pesar de ello, el artículo 242 de la vigente Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia dispone, seguramente en referencia a la vía de los pactos: “*Artículo 242. Salvo los casos de apartación, será nula toda renuncia o transacción sobre la legítima realizada antes de la apertura de la sucesión*”.

⁵³⁵ Así, en Francia, el art. 722 del *Code* establece la nulidad de las convenciones sobre todo o parte de una herencia futura, salvo en los casos establecidos por la ley. En concreto señala: *Article 722: Les conventions qui ont pour objet de créer des droits ou de renoncer à des droits sur tout ou partie d'une succession non encore ouverte ou d'un bien en dépendant ne produisent effet que dans les cas où elles sont autorisées par la loi*”. Como puede comprobarse, lo que se prohíben son los acuerdos (bilaterales), referidos a todo o parte de la herencia, pero no las renunciaciones unilaterales anticipadas.

10.2.2.- Fundamento o razón de ser de la prohibición:

Resulta fundamental, como cuestión previa, resolver el problema del fundamento o *ratio* del art. 816 CC, en cuanto que, indudablemente, el examen y las conclusiones que al respecto se obtengan podrían influir decisivamente en la respuesta al tema analizado.

A este respecto, no se puede encontrar una respuesta unánime ni mayoritaria en la doctrina sobre el fundamento de la norma.

- No obstante, si hay algo en lo que muy buena parte de los autores coinciden es en señalar la directa conexión entre el art. 816 y el artículo 1271 CC, respecto de la casi total prohibición (fuera de los casos de partición inter vivos del art. 1056 CC) de los *pactos sucesorios*⁵³⁶.

Así, O'CALLAGHAN⁵³⁷ afirma que el art. 816 CC es la “*expresión concreta del principio contenido en el art. 1271.II CC*”, aunque a continuación añade que es “*aplicable no sólo a los contratos, sino a todo negocio jurídico, como la renuncia*”. Añade dicho autor que el fundamento de la prohibición legal se encuentra en la prohibición general de los pactos sobre una sucesión futura, y aduce como fundamento la idea del “*carácter de orden público o derecho necesario que tiene la legítima con relación a los legitimarios*”, dando a entender su conexión con el art. 6.2 CC y el límite del orden público allí señalado, de modo que su negociación estaría sustraída a la voluntad de los interesados. Finalmente remite a la idea de que es interés de la sociedad el que no se pueda renunciar a meras expectativas *a cambio de una compensación exigua*, y de evitar que el legitimario se mueva por una necesidad acuciante.

Por su parte, RAGEL SANCHEZ⁵³⁸ cita a LACRUZ, para el cual es el aspecto de *contrato sucesorio* del negocio lo que ha impulsado al legislador a prohibirlo, *no la futuridad del derecho*, y conecta también la norma con la prohibición contenida en el art. 655.II CC, relativa a la renuncia anticipada a ejercitar la acción de reducción de donaciones por inoficiosidad, contenida en el contrato de donación.

Esta coincidencia doctrinal, señalada por los primeros comentaristas del Código Civil, proporciona una dimensión que creemos muy importante a la cuestión. De acuerdo con

⁵³⁶ Así, MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, tomo VI, vol. I, octava edic. puesta al día por M. Calcerrada, Madrid, 1973, pag. 674 ss. También, CAPILLA RONCERO, F., *Código Civil comentado*, vol. II, Ed. Thomson Reuters, Madrid, 2011, pag. 853 ss.

⁵³⁷ O'CALLAGHAN, “La renuncia a la legítima”, en *Libro Homenaje a Ramón María Roca Sastre*, vol. III. Madrid, 1976, pag. 342.

⁵³⁸ RAGEL SANCHEZ, L.F., *Comentarios al Código civil (Dir. R. Bercovitz)*, tomo IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pag. 5976.

ella, el artículo 816 CC sería una plasmación concreta del principio general prohibitivo de los pactos sucesorios contenido en el art. 1271 CC⁵³⁹.

Como corolario de lo anterior, *siendo así las cosas, es claro que el ámbito de aplicación del art. 816 CC se debería ceñir primordialmente al ámbito contractual*, y en particular a los contratos o acuerdos, entre causante (futuro) y legitimario o legitimarios (futuros), en los que, a cambio de una determinada prestación actual a favor de estos últimos, el futuro causante o transmitente obtiene una manifestación de los primeros de no reclamar nada cuando se produzca la muerte del causante y sean teóricamente llamados a su herencia como legitimarios⁵⁴⁰. Ello conduce por tanto a fundamentar el artículo 816 CC en los mismos motivos por los que el legislador del Código civil español, con mayor o menor acierto, decidió marginar los pactos sucesorios entre causante y herederos futuros (casi siempre legitimarios).

Es cierto que se suscitan diversas dudas en la traslación de ese mandato general del art. 1271 CC al campo sucesorio. En particular, esta norma no deja suficientemente claro si es lícito o no el pacto anticipado, no ya entre causante y legitimario o legitimarios, sino entre estos y un tercero, presunto adquirente de los derechos hereditarios de los primeros, en forma onerosa o gratuita, o entre los propios legitimarios futuros^{541 542}.

⁵³⁹ De hecho, VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dir. Por M. Albaladejo)*, Tomo XI (arts. 806 a 857 del Código Civil), Madrid, 1982, pag.225, se refiere a los antecedentes romanos de la norma, y en todos ellos se habla de pacto o acuerdo inter vivos entre causante (futuro) y legitimarios también futuros.

Del mismo modo, DOMINGUEZ LUELMO, *Comentarios al Código Civil* (Dir. A. Domínguez Luelmo), ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, p.934 afirma que el art. 816 es precepto de carácter imperativo que prohíbe cualquier renuncia o transacción sobre la legítima; no afecta a la renuncia/transacción una vez fallecido el causante, y sostiene que el contenido del art. 816 coincide con el criterio del art. 1271.II CC que prohíbe **los contratos** sobre la herencia futura, lo cual contrasta con la admisión de los pactos sucesorios en muchos derechos civiles autonómicos, que permiten con mayor o menor amplitud los que afectan a la legítima futura.

⁵⁴⁰ En esta línea, en Italia, SCIANCALEPORE, *Situazioni giuridiche disponibili e rinuncia cit.*, pag. 165, quien conecta la nulidad sancionada por el art. 4568 del *Codice* con la prohibición de pacto sucesorios.

⁵⁴¹ A favor de excluir del ámbito del art. 816, y por tanto a favor de la licitud de este tipo de acuerdos cuando no sean entre causante y legitimarios, CAPILLA RONCERO, *Código civil comentado*, vol. II, Madrid, 2011, pag. 853-854 (comentario art. 816 CC), quien sólo pone el límite de que ese acuerdo no vulnere la prohibición de los pactos sucesorios del art. 1271 CC.

⁵⁴² En este sentido, la fundamentación de la norma debería ser otra, y debería tener un sentido razonable, lo cual a la vez llevaría a determinar si se trata de una cuestión de orden público lo que se halla en la base de la prohibición de los pactos, y por tanto si se justifica extender la prohibición a estos otros supuestos. Aunque no es esta la materia propia de este trabajo, quizás quepa sostener que son diferentes las razones de unos y otros pactos, de modo que el abuso de superioridad y la preeminencia entre las partes reluce mucho más en los acuerdos entre causante y legitimarios futuros, que en los acuerdos entre todos éstos, entre éstos y un tercero, o entre legitimario y futuro heredero voluntario, por lo que estaría justificada la restricción de la prohibición a los primeros. Todo ello al margen del hecho indiscutible de que la norma del art. 816 CC limita expresamente la prohibición a estos supuestos.

- Aunque no es usual en la doctrina, se podría pensar como fundamento de la prohibición del art. 816 CC en el carácter *futuro y aún inexistente del derecho* (la legítima entendida como un posible derecho). Esta parece ser la tesis de GARCÍA-BERNARDO LANDETA, para quien, desde su planteamiento de la legítima, esta última, entendida como conjunto de facultades, no tiene existencia durante la vida del causante, por lo que, *hasta tanto no llega la muerte del mismo, el legitimario no tiene objeto jurídico*, ni sabe si lo va a tener, ni hay propiamente legitimario, siendo por tanto inexistentes y nulos de pleno derecho los actos relativos a la legítima⁵⁴³.

Lo cierto es que esta consideración no es lo suficientemente relevante como para propiciar un efecto tan radical como el de la nulidad de pleno derecho de la hipotética renuncia. Parte el autor de la base de que la renuncia (unilateral) se halla sin duda dentro del ámbito del art. 816 CC, y trata de encontrar una justificación a la irrenunciabilidad de la legítima futura. Desde su perspectiva, la legítima no es un derecho subjetivo, sino una posición que otorga un conjunto de facultades, las cuales en su opinión no podrían ser ejercitadas mientras no hubiera un objeto actual.

Sin embargo, el que la legítima pueda tener una singularidad en cuanto a su objeto, al no conceder al legitimario una posición equiparable a la del heredero o el legatario, no puede llevar a justificar una imposibilidad absoluta del sujeto de manifestar su voluntad de renunciar de antemano a sus derechos o facultades legitimarias, si finalmente le correspondieran, del mismo modo que seguramente debería poder renunciarse anticipadamente al derecho hereditario, si un sujeto fuera llamado en el futuro como heredero voluntario (aunque sobre ello se vuelve más adelante).

Además, según este planteamiento, cualquier otro derecho o facultad debería ser irrenunciable anticipadamente en tanto no haya nacido al mundo jurídico, es decir, en tanto sea una cosa futura o derecho de ejercicio futuro, lo que parece improbable, pues no existe en nuestro Ordenamiento un mandato de tal signo. Es más, como hemos visto, la doctrina y la jurisprudencia de forma casi unánime admiten la renuncia anticipada a un derecho no existente aún, o a un derecho que, aun existiendo ya, no tiene aún las condiciones para poder entrar en el patrimonio del hipotético renunciante. De hecho, no puede perderse de vista que el propio artículo 6.2 CC admite la exclusión voluntaria, mediante pacto, de los derechos o facultades que pudiera conceder una norma en una determinada relación jurídica, *cuando se constituya, esto es, en el futuro*. Es decir, entendiendo ese mandato legal en sentido extensivo, no se puede decir que esa exclusión se refiera siempre a una renuncia *simultánea* a la celebración del contrato o pacto, sino que puede perfectamente preverse como eficaz *antes* incluso de poder nacer, o de empezar a surtir efecto el vínculo contractual constituido.

⁵⁴³ GARCIA-BERNARDO LANDETA, A., *La legítima en el Código Civil*, 2ª edic., Colegios Notariales de España, Madrid, 2006, pag. 339-340.

- Del mismo modo, la prohibición contenida en el art. 816 CC acaso podría también tener una conexión con la complejidad de la posición jurídica que se asumiría en el futuro al ser llamado un sujeto como legitimario, y *la necesidad de protegerlo frente a un posible vicio del consentimiento cometido por él mismo*. Sin embargo, es obvio que, para estas situaciones, la ley proporciona los instrumentos pertinentes para la protección del sujeto renunciante, en el caso de incurrir en algún vicio, sobre todo el error, a través de la aplicación (analógica) del artículo 1266 C.Civil, por lo que tampoco valdría esta posible fundamentación.

Por lo tanto, la razón de ser de la prohibición se hallaría sobre todo en *la protección frente a una presumible posición de superioridad del causante respecto del heredero legitimario*, quien podría aprovecharse de una hipotética situación angustiosa o de necesidad de este último para imponerle *contractualmente* condiciones leoninas en la atribución de bienes, incluso con un cierta finalidad defraudatoria por parte de aquél de los límites que la ley le impone a la hora de disponer *mortis causa* de su patrimonio cuando tiene descendientes o parientes legitimarios en general.

En consecuencia, *no es posible encontrar un fundamento coherente a la norma, en su aplicación o traslación a las renunciaciones abdicativas unilaterales*.

Es indudable que ninguna de las razones o justificaciones antes expuestas por la doctrina son trasladables a este tipo de actos jurídicos unilaterales, ya que ninguna de ellas encaja en el molde, de modo que puedan servir para justificar la nulidad o invalidez de tales renunciaciones. *Por supuesto, sí que es posible hallarlo -y esa es seguramente la justificación de la norma- en los casos de renunciaciones suscritas dentro de un pacto más amplio, o en el seno de un acuerdo de mayor calado en general*, cuando las mismas se estipulan como una suerte de *contraprestación* por haber recibido el renunciante una determinada atribución patrimonial o beneficio más o menos directo o indirecto⁵⁴⁴.

Así pues, las afirmaciones anteriores suponen que el artículo 816 CC podría no estar pensado propiamente para los casos de renunciaciones unilaterales anticipadas del futuro legitimario. Por tanto, debemos plantearnos si el artículo 816 CC alcanza a estos últimos supuestos, y cuáles podrían ser en su caso las razones que hipotéticamente lo justificarían. Para ello, muy probablemente habría que pensar en *un distinto fundamento* para los casos de renuncia unilateral y los casos de renuncia contenida en contrato o en transacción, donde la misma tiene el sentido de ser una *contraprestación* a una prestación en bienes o dinero ofrecida por la otra parte (causante).

En estos últimos casos, esto es, en los pactos sucesorios, o el resto de contratos posibles donde se incardinaría una renuncia a la legítima futura, se pueden encontrar distintos

⁵⁴⁴Por otro lado, habría siempre obviamente que examinar con detenimiento los hechos de cada caso real, por sí, aun habiendo formal y externamente una renuncia unilateral, la misma pudiera formar parte de una operación más amplia, de contenido verdaderamente contractual. Esto siempre es posible en la medida en que, en un determinado procedimiento judicial, así se plantease y se probase convenientemente.

posibles fundamentos, como en parte ya se ha visto. Generalmente, subyace la idea de que se produce una situación de superioridad del causante frente al legitimario, a quien el primero puede perfectamente imponer condiciones leoninas para conseguir anticipadamente el pago de su herencia, si se encuentra en estado de necesidad, o para la percepción de un anticipo de la misma, o cualquier suerte de compensación económica⁵⁴⁵.

Tampoco cabe descartar como *ratio* de la norma del art. 816 CC el fundamento general que subyace a la prohibición de pactos sucesorios, consistente en dotar al causante de la máxima libertad a la hora de decidir el destino de sus bienes a su muerte, evitando verse vinculado por la situación personal o patrimonial de sus descendientes o parientes en general. Pero esta última posibilidad también resulta dudosa, ya que *lo que subyace al art.816 CC no es propiamente una fórmula de defensa del interés del causante, cuanto sobre todo un mecanismo de protección del interés del legitimario frente a la hipotética y previsible conducta del causante de aprovecharse de la situación del futuro legitimario para librarse en parte de la limitación le supone la legítima, ofreciéndole menos de lo que seguramente le correspondería en la futura herencia, o bien de su intención de facilitar una solución a un problema sucesorio entre hijos o descendientes, mediante el apartamiento de uno o varios de los afectados, dejando el camino expedito para que otro u otros de los legitimarios reciban la mayor parte de la herencia.*

Así pues, si en los casos de renunciaciones bilaterales o contenidas en acuerdos entre causante y legitimarios futuros lo que prima es *la tutela de la posición, presuntamente inferior o angustiosa, del futuro legitimario*, entonces, *en la renuncia abdicativa o renuncia propiamente tal, se trataría de una protección del legitimario frente a sí mismo, esto es, frente a su propia conducta presuntamente autolesiva, al no intervenir ningún otro sujeto, ni directa ni indirectamente.*

Ello nos lleva a concluir que el legislador civil ya otorga en estos casos de negocios unilaterales los típicos mecanismos de defensa (vicios del consentimiento, primordialmente, o acaso la rescisión) a favor del propio sujeto declarante, sin que se atisbe una poderosa razón, *que debería ser de orden público*, que lleve a prohibir la renuncia unilateral anticipada y a declarar *la nulidad de pleno derecho* de la misma, que es lo que parece disponer el art. 816 CC.

En este sentido, puesta la renuncia unilateral anticipada a la legítima en comparación o contraste con cualesquiera otros actos de renuncia unilateral de un derecho futuro o de

⁵⁴⁵ También se ha pensado en el carácter de derecho necesario de la legítima y la imposibilidad para el causante, habiendo legitimarios, de disponer de esos bienes, siendo por tanto una norma que sirva de freno a la libertad de disposición del causante, y tomando por base en definitiva la intangibilidad de la legítima. Así, O'CALLLAGHAN, *ob.cit.*, pag. 343.

Sin embargo, este criterio resulta muy dudoso, pensando en los acuerdos entre causante y legitimarios futuros, por cuanto en esos casos la garantía de la posición del legitimario la ofrece el consentimiento mismo, libre y consciente (salvo prueba de vicio del consentimiento), del sujeto que renuncia en vía contractual (a cambio de una prestación), quien debe tener siempre a su alcance la facultad de decidir.

una expectativa de derecho, *no se percibe en absoluto una justificación para hacer inválida la primera, además con base en un motivo presuntamente de orden público económico, y sin embargo mantener la validez de los segundos*, como sostiene de forma prácticamente unánime toda la doctrina.

En consecuencia, en una primera reflexión, no vemos que exista el mismo fundamento para anular la renuncia anticipada a la legítima en un acuerdo bilateral de mayor amplitud, que para anular una decisión libre del sujeto afectado, como sería la renuncia unilateral, en donde se manifiesta la voluntad de no querer recibir nada en concepto de legítima en el futuro, procedente de quien sería o podría ser su causante. No obstante, conviene seguir avanzando antes de obtener una conclusión definitiva sobre este asunto.

10.2.3.- El sentido de la expresión “transacción sobre legítima futura”:

- Una cuestión que resulta dudosa, y que puede ayudar en la interpretación global del art. 816 CC, es la expresión “*transacción*”, al lado de la de “*renuncia*”, que aparece en dicha norma, y nos lleva a pensar en los posibles casos de “transacciones” a los que allí se alude.

Por lo pronto, *no es nada acertado a nuestro juicio* -y quizás este es un tema en el que no ha hecho demasiado hincapié la doctrina- *incluir las transacciones al mismo nivel que los pactos sucesorios*, sobre todo porque *se olvida por el legislador del Código la especialísima naturaleza del contrato de transacción*, como acuerdo donde se da por extinguido un litigio previo existente entre dos o más partes, mediante la renuncia (total o parcial) a las recíprocas *pretensiones* (que *no derechos*).

Ciertamente, los autores del Código civil no tenían nada claro qué debía entenderse por “transacción” (lo podemos ver en la definición misma que se da de este contrato en el art. 1809 CC), y desconocían los avances doctrinales y jurisprudenciales posteriores a la hora de delimitar esta figura contractual, y diferenciarla de otros contratos o negocios jurídicos (v.gr., los llamados negocios de fijación, o las confesiones extrajudiciales o judiciales). Pero precisamente por ello, debe ponerse en cuestión, desde una perspectiva actual, el sentido de esa referencia a la transacción del art. 816 CC.

Dicho de otro modo, *a nuestro juicio, la figura de la transacción encaja muy mal en el art. 816 CC* y su presunta finalidad restrictiva de acuerdos entre causante y legitimarios futuros con derecho a una parte de los bienes hereditarios. Baste pensar en qué casos podría estar pensando el legislador cuando habla de “*toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos...*”: ¿a qué clase de acuerdo transaccional se puede estar refiriendo, si pensamos que la transacción es un acuerdo que trata de resolver un litigio o disputa *actual* mediante recíprocas concesiones por ambas partes?

Así, si la referencia de la norma fuese a *una disputa entre causante y legitimarios sobre su legítima futura*, que se resolviese mediante una entrega actual de bienes y la subsiguiente renuncia de los destinatarios a reclamar más en el futuro, resultaría un

acuerdo absurdo, por ilógico y en todo caso como inválido, *por falta de objeto mismo*, ya que no puede haber propiamente una disputa (actual) sobre un presunto derecho de legítima futura entre causante y legitimarios, *por el simple dato de que el causante estaría todavía vivo, lo que excluiría automáticamente cualquier posible derecho de los reclamantes en esa hipotética disputa actual*⁵⁴⁶.

En conclusión, no puede haber una transacción entre causante vivo y legitimarios futuros, cuyo objeto sea precisamente la legítima de estos últimos y su contenido, ya que eso no sería materia propiamente transigible, por ser obviamente una disputa inexistente, y saberse de antemano por ambas partes su inexistencia (no hay legítima sin una herencia abierta)⁵⁴⁷.

Esto nos lleva a concluir que el legislador del Código, ciertamente poco conocedor técnicamente de lo que es una transacción, como lo demuestra en la muy poco precisa regulación codificada (arts. 1809 ss. CC), muy probablemente estaba pensando en otras posibles situaciones.

Así, quizás podría pensarse, por ejemplo, en una transacción entre la persona del futuro causante y uno o varios de sus posibles futuros legitimarios para resolver un litigio o disputa de otra naturaleza y con otro objeto, pero en el cual se acordase, en una suerte de transacción mixta, jugar con la legítima como prestación a percibir, o como renuncia total a la misma por parte del beneficiario de la prestación, pero siempre al margen del objeto disputado. Sin embargo, no creemos que esa hubiese sido la idea del legislador cuando incluyó el término “transacción”, por cuanto habla explícitamente de transacción “...sobre la legítima futura”, lo que significa que estaba pensando en una transacción cuyo objeto fuese precisamente la disputa sobre la vigencia o no del derecho de legítima de uno o varios de los que transigen, o sobre el montante de uno o varios derechos legitimarios concretos⁵⁴⁸.

Con independencia de estos casos, conviene intentar hallar una explicación a la citada expresión “*transacción sobre legítima futura*” del art. 816 CC, y a qué supuestos podemos decir que se está refiriendo el legislador con ella, dentro de la imprecisión formal ya señalada de que no puede haber propiamente un acuerdo transaccional cuyo objeto sea la legítima misma (el derecho a ella) como materia discutida.

⁵⁴⁶ Sólo en caso de error de derecho de una de las partes, o de disputa planteada con abierta temeridad por una de las partes, es imaginable un acuerdo de esta naturaleza.

⁵⁴⁷ Cuestión distinta sería una transacción entre los propios legitimarios, siendo varios, una vez abierta la sucesión.

⁵⁴⁸ Claro está, eso no impide que nos preguntemos por la suerte de este tipo de acuerdos, verdaderamente transaccionales, donde la legítima se convierte en un efecto o consecuencia del acuerdo, y no en el origen o la causa del acuerdo mismo. La respuesta resulta difícil y probablemente deba seguir la misma suerte que los acuerdos transaccionales celebrados entre herederos forzosos y terceros distintos del causante, que como vimos antes funcionan, a nuestro juicio, al margen del ámbito formal de actuación del art. 816 CC. Por tanto, al estar fuera de su ámbito, y ser el art. 816 CC una norma excepcional, debería admitirse su licitud.

Viendo los casos examinados por doctrina y jurisprudencia, seguramente debemos estar pensando en casos de contratos, sobre todo calificados entre las partes como gratuitos (lo serían en realidad sólo parcialmente, a lo sumo), de donación de bienes otorgadas por el causante a favor de sus futuros legitimarios, en los que se incluya, de forma adicional o colateral (no como objeto principal del contrato) una cláusula de renuncia a la legítima futura. O quizás en negocios particionales *inter vivos*, entre causante y legitimarios, donde se contenga igualmente una estipulación de renuncia a reclamar más bienes en el futuro en concepto de legítima. En ninguno de estos casos estaremos realmente ante una verdadera transacción, sino ante otro tipo de contrato.

Si esto es así, entonces adquiere verdadero sentido el que la norma equipare y ponga al mismo nivel las renunciaciones y las transacciones.

Es decir, lo que realmente estaría queriendo regular el art. 816 CC es la estipulación concreta de una “renuncia”, frente al futuro causante, por parte de quien sería futuro heredero legítimo, *contenida siempre dentro de un acuerdo o contrato más complejo*, destinado fundamentalmente, ya sea a pactar la sucesión (en los casos de pactos sucesorios), ya sea a donar o entregar por el futuro causante, al futuro legítimo, unos bienes actuales a título en principio gratuito, *a cambio* (entonces el acuerdo se convertiría ya en oneroso) de la renuncia a reclamar en el futuro el resto de la legítima que le pudiera corresponder (que sería la contraprestación), u otras posibles contraprestaciones.

No lleva razón, a nuestro juicio, VALLET⁵⁴⁹ cuando afirma que el último inciso del artículo 816 CC sirve de apoyo a la renuncia unilateral, cuando en realidad no es así, sino al contrario. Es decir, la expresión “*entre el que la debe y sus herederos forzosos*” se refiere ciertamente *tanto a la transacción como a la renuncia*, pero *siempre entendida esta última como renuncia contenida en un contrato o negocio más amplio, y no como renuncia unilateral*, la cual *quedaría excluida* implícitamente -pero de forma inequívoca- de su ámbito de aplicación. Precisamente la duda sobre la equiparación entre renuncia y transacción tiene ese sentido, que por lo demás entronca con los orígenes históricos de la prohibición.

Por último, señalar que la referencia a la transacción es muy dudoso que se refiera, por ejemplo, a transacciones entre dos o más legitimarios antes de la muerte del causante, sobre disputas acerca de legítima futura, precisamente por esa referencia legal al acuerdo “entre el que la debe y sus herederos forzosos”, la cual automáticamente excluiría la posibilidad de transacciones entre varios futuros legitimarios, acuerdos que quedarían fuera de la prohibición legal, y serían válidos en general, salvo vulneración de algún otro límite legal. Así sucedería con el límite del art. 1814 CC, si fuera, por ejemplo, un acuerdo para el reconocimiento de una compensación económica a favor de un hijo no matrimonial a cambio de que éste no reclame su filiación.

⁵⁴⁹ VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios del Código Civil. Ministerio de Justicia*, Tomo I. Madrid, 1991, pag. 2016.

La conclusión que podemos extraer de la equiparación legal entre “renuncia” y “transacción” sobre legítima futura es que, *no teniendo claro el propio legislador del Código cuándo estamos ante una auténtica transacción* (donde como sabemos siempre hay renuncia, pero a las recíprocas pretensiones, y no propiamente a derechos o expectativas futuras) y *cuándo ante otro acuerdo con inclusión de renunciaciones a derechos futuros a cambio de algún beneficio o contraprestación*, la voluntad del legislador ha debido ser la de incluir dentro su ámbito de aplicación a *todas las posibles situaciones o relaciones*, algunas de las cuales hemos ya señalado antes.

Pero ello a su vez nos lleva a encontrar un motivo más para dejar fuera del ámbito del art. 816 CC a las renunciaciones unilaterales a la legítima futura, ya que la expresión “renuncia” allí contenida se limitará a *cualquier tipo de pacto, transaccional o no transaccional*, es decir, a cualquier acuerdo con o sin disputa jurídica entre las partes, pero *tratándose siempre de un acuerdo o negocio bilateral o multilateral en el cual se pueda incrustar algún tipo de manifestación de una de sus partes de “renuncia” a acciones futuras de reclamación de la legítima tras la muerte del causante*. Esta explicación de la expresión tiene mucho más sentido que la habitual de considerar incluida allí la renuncia unilateral a la legítima futura.

10.2.4.- La renuncia abdicativa unilateral: ¿debe estar excluida del ámbito del artículo 816 CC?:

Todo lo anterior nos ha permitido situar en su debido lugar el supuesto de renuncia abdicativa unilateral, a la hora de examinar su fundamento.

A nuestro juicio, como antes se ha avanzado, es evidente que la renuncia unilateral no puede participar de la justificación dada a los casos de pactos sucesorios, ni tampoco al resto de posibles acuerdos transaccionales o no transaccionales. Las razones que subyacen a la nulidad de los pactos contractuales de renuncia a la legítima futura no concurren en la renuncia pura o abdicativa, donde *la decisión es totalmente libre del sujeto, sin contraprestaciones y sin posible preeminencia del causante, que puede que no haya participado en la decisión, o incluso ni siquiera tenga conocimiento de ella antes de producirse*.

Para confirmar si las renunciaciones unilaterales a la legítima futura entran o no dentro de la prohibición del art. 816 CC, quizás sea un buen marco de análisis el intentar aplicar a la renuncia abdicativa unilateral a la legítima futura las pautas generales del art. 6.2 CC, así como los tres parámetros generales allí previstos, para encontrar una posible justificación a la teórica nulidad de esta renuncia del art. 816 CC (interés público, orden público o perjuicio de terceros).

Por lo pronto, siendo futura y no actual la legítima en el momento en que se emite la declaración de voluntad de renunciar, es evidente que estamos ante una expectativa de derecho, y no ante un derecho, siendo opinión doctrinal casi unánime, como ya se vio

más arriba, la de que es perfectamente posible renunciar a una expectativa de derecho o a un derecho eventual aún no nacido, y sin la total seguridad de que vaya a nacer, o de que lo haga en cabeza del concreto renunciante.

Veamos ahora a este fin las excepciones o limitaciones del art. 6.2 CC, y su encaje en cuanto a la renuncia anticipada a la legítima futura.

Empecemos por el final, y centremos la atención en el posible *perjuicio de terceros*.

Parece obvio, y ningún autor ha aludido a ello ni siquiera de pasada, que lo que fundamentaría la hipotética ilicitud y nulidad de la renuncia unilateral a la legítima futura *no puede ser el perjuicio de terceros*, léase acreedores del legitimario, o legitimarios a su vez de este último (su llamada “estirpe”).

No lo serían los primeros, porque no podrían ejercitar para el cobro actual de sus créditos una acción de impugnación de un acto que no pueden probar en ningún caso que les perjudica en el presente, y respecto de la cual tampoco pueden acreditar que les vaya a perjudicar en el futuro, cuando se produzca la muerte del causante.

Lo mismo cabe decir respecto de los legitimarios (futuros) del propio legitimario renunciante: estos sujetos tampoco pueden justificar un daño actual, por cuanto no van a poder beneficiarse de una herencia que aún no está abierta y cuyo contenido patrimonial final se desconoce. *No hay un fundamento que permita establecer, como medida de orden público, una tutela anticipada de estos sujetos* (los legitimarios del legitimario renunciante), por cuanto ni existe seguridad de que el renunciante vaya a ser finalmente sucesor (podría haber indignidad o desheredación, entre la renuncia y la muerte del causante), ni tampoco de que lo vayan a ser con seguridad aquellos otros (legitimarios futuros del futuro legitimario renunciante). Es más, existe una base legal expresa que permite llegar a esta conclusión, y es la regulación del derecho de representación en la sucesión intestada (y en la legítima), *cuyos artículos 922, 923 y 929 CC autorizan, incluso respecto de una herencia ya actual, la eficacia de la renuncia del “jefe de la stirpe” a su derecho hereditario*, sin que haya posibilidad alguna de tutela de los descendientes del renunciante, yendo su parte de herencia a poder del otro u otros coherederos del mismo grado. A estas normas se han de añadir las que regulan el derecho de representación en la legítima (arts. 761, 766, 814 y 857 CC), entre las cuales no se incluye la renuncia a la legítima actual como posible supuesto en el que deba protegerse la stirpe del renunciante.

En suma, no creemos que haya razones para pensar que el legislador del Código esté pensando en ninguno de estos dos grupos de sujetos cuando ordena teóricamente la nulidad estas renunciaciones. Por lo tanto, no subyace bajo la presunta prohibición de la renuncia unilateral a la legítima futura una finalidad de tutela de intereses de terceros hipotéticamente afectados.

En cuanto al *interés público*, estando planteados los problemas en términos de tutela del causante o del legitimario renunciante, no se perciben las razones de interés público que podrían llevar a una renuncia nula por ser contraria a dicho interés. No se puede

considerar que el Estado ni la sociedad en su conjunto obtengan, ni directa ni indirectamente, una específica protección como consecuencia de la prohibición legal del art. 816 CC en su aplicación a las renunciaciones unilaterales anticipadas.

Por último, en cuanto al *orden público*, quizás es lo que podría resultar más cercano a la intención del legislador. Sin embargo, caso de haber alguna cuestión de verdadero orden público en materia sucesoria, esa serían las legítimas mismas, pero entendidas como imposición de un límite al causante en su libertad de testar, y *no como un derecho concedido a los parientes próximos que deba ser protegido a ultranza, incluso contra la voluntad de los propios legitimarios*, en casos de renuncia tanto *anticipada* como *posterior* a la delación hereditaria.

Es decir, lo único que fundamentaría la prohibición legal por razón de orden público sería el constituir una suerte de manifestación del derecho constitucional a la herencia del art. 33.1 CE. Sin embargo, parece muy difícil justificar la prohibición (concretada ahora en las renunciaciones abdicativas unilaterales a la legítima futura) en este mandato constitucional, en el que se protege básicamente la libertad de todo sujeto de disponer de sus bienes para después de su muerte⁵⁵⁰, cuando es obvio que *la tutela del art. 816 CC parece claro que se pretende por el legislador otorgarla al legitimario mismo, y en ningún caso al causante*, ni la libertad de testar puede jugar en modo alguno un papel relevante en un acto unilateral de renuncia por parte del futuro legitimario.

Acaso podría pensarse en el orden público entendido en su vertiente de *tutela de la seguridad jurídica en materia hereditaria*, en cuanto podría llevar al legislador a impedir cualquier acto de toma de decisión por parte del sujeto (futuro beneficiario de una parte de la herencia) que podría ser generadora de incertidumbres, en cuanto a la evitación de un previsible y futuro ejercicio por el propio sujeto de acciones anuladoras de su decisión, por vicios del consentimiento. Todo ello a la vista de que no podría ser viable una libre revocación de dicha decisión, al haber doctrina jurisprudencial constante que prohíbe expresamente -ahora sin duda por motivos de seguridad jurídica- la revocación pura de los actos de renuncia (argumento *ex art. 997 CC*).

Desde esta perspectiva, el fundamento resulta de nuevo muy endeble, por cuanto es difícil imaginar que pueda prosperar la posibilidad de deshacer la renuncia, tras la muerte del causante, aduciendo un vicio del consentimiento, que no sería otro que el error (dado que, siendo una decisión unilateral, parece poco probable la concurrencia de alguno de los otros posibles vicios, como la intimidación o la violencia, así como la conducta dolosa, al no haber otra parte que la pudiera haber ocasionado).

Por cierto, que ello obligaría a discernir -y justificar por tanto ese discernimiento- entre la renuncia a la legítima, previa a la muerte del causante⁵⁵¹, y la renuncia producida tras

⁵⁵⁰ Vid. al respecto LÓPEZ Y LÓPEZ, A., *Derecho de Sucesiones* (Coord. F.Capilla-A.M. López-E.Roca.M.R.- Valpuesta- V.L. Montés), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pag. 29-33.

⁵⁵¹ CAPILLA, *Código civil comentado*, vol. II, Madrid, 2011, pag. 853 (comentario art. 816 CC), considera que el art. 816 CC acota temporalmente su ámbito y lo limita a las renunciaciones o transacciones anteriores a la

la muerte del causante pero anterior al momento de la delación a favor de ese sujeto. A estos efectos, piénsese en un llamamiento condicionado, bajo condición suspensiva, de una parte de la legítima (v.gr., legítima gravada con un fideicomiso a favor de un hijo discapacitado, o con un gravamen o cautela sociniana conforme al art. 808.III CC).

Podría finalmente pensarse en un motivo de protección legal al legitimario renunciante mismo, en cuanto que, en el momento de declarar su voluntad de renuncia, desconocería cuál iba a ser finalmente (si la hay) su legítima y el montante exacto de la misma, siendo ésa la razón de ser de la prohibición. Es decir, se trataría una hipotética necesidad de tutelar el interés del futuro legitimario frente a sí mismo, sobre la base de considerar que, sistemáticamente, su decisión de renuncia anticipada *le perjudicaría siempre o casi siempre*, y de ahí la decisión del legislador de prohibirla.

Este argumento resulta de nuevo muy discutible. Baste con pensar en el derecho de acrecer en la legítima, ya actual, o en el derecho de acrecer en la herencia testada en general, donde el legislador aplica parámetros de *automaticidad, con independencia del conocimiento anticipado que se tenga de lo que se le va a asignar finalmente al heredero o legitimario aceptante*. No hay por tanto norma que permita la renuncia o repudiación de la parte acrecida, y el recurso a una posible impugnación de la aceptación por error en esos casos parece bastante poco probable⁵⁵².

En suma, el legislador reconoce que las posibles oscilaciones de la herencia o masa hereditaria, incluso producidas con posterioridad a la declaración de voluntad respectiva, no sirven de causa para hacer inválida la misma. Por lo tanto, se asume que *toda decisión sobre la herencia, sea la de renunciar o sea la de aceptar*, con o sin llamamiento solidario, con o sin beneficio de inventario, *supone una asunción de riesgos por el llamado, que está en la base de la regulación legal, y que hace perfectamente lícitas y no impugnables esas decisiones*.

Así pues, no debe haber una razón de tutela específica de la persona que decide renunciar anticipadamente a la su legítima.

Desde el punto de vista doctrinal, el análisis de la doctrina sobre el ámbito del art. 816 CC y sobre el fundamento de la posible exclusión de la renuncia abdicativa unilateral resulta insatisfactoria.

Así, CAPILLA RONCERO⁵⁵³ parece justificar su inclusión en el art. 816 CC al considerar que *“lo normal es que la renuncia sea consecuencia de un contrato en el que,*

apertura de la sucesión, es decir, anteriores a la muerte del causante, pero no se ocupa de estos otros posibles casos, que quizás habrá que entender que están fuera de su órbita.

⁵⁵² Es llamativo que la doctrina partidaria de la automaticidad del derecho de acrecer no se haya preocupado de analizar la impugnabilidad por error de la aceptación del llamamiento solidario que implica el acrecimiento, precisamente con base en la ignorancia de los efectos automáticos del mismo. Vid. por todos ZUMAQUERO GIL, en *Código Civil comentado (Dir. Cañizares Laso, De Pablo Contreras-Valpuesta)*, Vol.II (Arts. 609 a 1087), Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pag. 1460-1463.

⁵⁵³ CAPILLA RONCERO, *ob.cit.*, pag. 854.

a cambio de algún tipo de contraprestación o ventaja, un sujeto se aviene a renunciar a la legítima que le pueda corresponder en el futuro”. En suma, el autor lo anuda a que en el fondo se trataría normalmente de una renuncia *bilateral*, fruto de un acuerdo, o contenida en un acuerdo de contenido más amplio, lo que no tiene buen sentido. Como ya se dijo, y comprobamos con el ejemplo de partida de este capítulo, *es perfectamente imaginable una renuncia unilateral sin intervención ni directa ni indirecta del causante*, por lo que, siendo posible, estos casos no entrarían, según ese razonamiento, en el ámbito del art. 816 CC, y por tanto podrían ser perfectamente válidas dichas renunciaciones.

Por su parte, MANRESA⁵⁵⁴, en relación al fundamento de la norma, señala que “*el art. 816 tiende al mismo fin que los anteriores: respetar en absoluto la legítima; evitar que por cualquier motivo no llegue a manos de los legitimarios*”, pero no hace ninguna alusión a la renuncia unilateral ni explica por qué, siendo los legitimarios los sujetos protegidos teóricamente en dicha norma, no se da cauce a una decisión meditada de cualquiera de ellos de no querer recibir en el futuro su parte de legítima. Y ello lo hace afirmando al mismo tiempo que la legítima es, antes de la muerte del causante, “*una esperanza, y no un derecho adquirido*”, y que la renuncia anticipada puede deberse a “*haberse prevalido (suponemos que el causante) de circunstancias de momento, imponiéndola al legitimario o a cambio de promesas o engaños*”, tratando de ese modo de asegurar la “*libertad de aceptar o repudiar la herencia*”. Pero como puede comprobarse, de nuevo lo que justifica la prohibición, para MANRESA, es el riesgo para el legitimario (futuro) de verse forzado por el causante a aceptar unas condiciones *contractuales* que pudieran ser leoninas o abusivas, aprovechando su preeminencia en ese momento anterior. *Ello sin duda remite una vez más al pacto entre causante y legitimario, pero no sirve para explicar la invalidez de la renuncia unilateral, cuando no hubo intervención directa ni indirecta del causante.*

A lo anterior se une el que la norma habla de la legítima “futura”, entendida como derecho diferenciado de los bienes que la integrarían, lo que implica un derecho abstracto aún no nacido, pero con previsión de que lo hará de forma altamente probable, en cabeza del renunciante (salvo excepciones por desheredación o premoriencia del legitimario). Esto lleva a la idea de su equiparación a cualquier otra expectativa de derecho o derecho eventual aún no nacido, que puede ser indudablemente renunciado, a juicio de la gran mayoría de la doctrina. Por lo tanto, no se ve por ningún lado el motivo para excluir la validez de la renuncia unilateral al futuro derecho de legítima, cuando resulta posible y lícita, como regla, la renuncia individualizada a bienes concretos futuros susceptibles de ser percibidos en concepto de legítima.

10.2.5.- Las alternativas a la renuncia plena a la legítima: otras posibles “renunciaciones” y su posible licitud:

⁵⁵⁴ MANRESA, *ob.cit.*, pag. 675.

Otras posibilidades se pueden presentar en la práctica, y parece necesario analizar su licitud o ilicitud, y si se les puede aplicar la prohibición del artículo 816 CC.

En primer lugar, como antes se avanzaba, cabe pensar en una renuncia, no a la legítima en sentido formal y expreso, sino *una renuncia individualizada a derechos concretos que pudieran formar parte integrante de la futura herencia del causante*; por ejemplo, la renuncia a determinados bienes presuntamente procedentes de actuaciones ilícitas del causante, o de una rama familiar que no era la propia del causante, y a la que se quiere proteger con la renuncia.

A estos supuestos es muy difícil que no se les pueda aplicar la disciplina general de la renuncia, en cuanto a la admisión de la renuncia de derechos o bienes concretos futuros, de modo que, aplicando las pautas de la doctrina mayoritaria y de la jurisprudencia, se trataría de una renuncia plenamente válida en cuanto referida a una concreta o concretas expectativas que pudieran ser ofrecidas al renunciante en un futuro.

Ello constituye a la postre una nueva prueba de la *artificialidad* de la inclusión en la órbita del art. 816 CC de las renunciaciones unilaterales abdicativas de la legítima futura: *se estaría impidiendo la renuncia genérica a la legítima, pero no la renuncia individualizada a bienes o derechos hereditarios futuros* (en cuanto bienes de futura adquisición u ofrecimiento para su adquisición). Salvo que se entienda la prohibición del art. 816 CC como una regla general, y no como lo que es o lo que parece ser, es decir, una presunta *excepción* a la regla general de los contratos sobre cosas futuras (art. 1271 CC) o sobre cosas ajenas o aún no del sujeto, así como una excepción a la regla general de la renunciabilidad de las expectativas de derechos o la exclusión anticipada de la ley aplicable (art. 6.2 CC).

Cabe también imaginar **una renuncia sólo a una parte de la legítima**, y no a toda ella, por ejemplo, en el caso de que el legitimario tenga conocimiento del contenido del testamento de su familiar, donde se le pretenda atribuir uno o varios bienes concretos en concepto de legítima, *por vía de legado*.

Del mismo modo, sobre la posibilidad de **renuncia a la mejora**, VALLET⁵⁵⁵ entiende que el art. 816 CC aun cuando aplica la prohibición a la legítima estricta, considera que no debe hacerse con la mejora, por lo que sería viable dicha renuncia, ya que el art. 827 CC admite el pacto en capitulaciones o contrato oneroso, y el art. 826 CC la promesa de no mejorar⁵⁵⁶.

Por otro lado, MANRESA⁵⁵⁷ deja fuera del ámbito del art. 816 CC las donaciones *inter vivos* realizadas como anticipo de legítima, al considerar que son “*actos permitidos al*

⁵⁵⁵ VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarioscit.*, pag. 227.

⁵⁵⁶ Aun cuando es razonable esta conclusión, en cuanto referida a los pactos sobre renuncia a legítima futura, no tiene mucho sentido en su traslación a la renuncia unilateral anticipada, por lo que debería seguir el mismo régimen que el señalado para este tipo de renunciaciones.

⁵⁵⁷ MANRESA, *ob.cit.*, pag. 676.

dueño de los bienes, y los donatarios no quedan privados de su derecho sucesorio por virtud de tales donaciones... ”.

Esto exige alguna matización, ya que este es un supuesto habitual en el cual, a cambio de la atribución anticipada de su futuro derecho hereditario, puede acabar imponiéndose al donatario la renuncia a reclamar futuros bienes hereditarios, tras la apertura de la sucesión, caso en el cual sería plenamente aplicable la prohibición del art. 816 CC, al tratarse realmente de un contrato oneroso, más que de una donación modal⁵⁵⁸.

Por último, cabría pensar también en un supuesto en el que el legitimario, *siendo por ejemplo hijo único, y sabiendo del conjunto patrimonial de su causante futuro*, efectúe una *renuncia parcial a una parte concreta de esos bienes*, por unos u otros motivos. En principio, según la concepción clásica, también quedaría dentro del ámbito del art. 816 CC⁵⁵⁹. Sin embargo, este supuesto no deja de ser muy similar a los anteriores, de modo que funcionarían los mismos argumentos para acoger su licitud y rechazar la aplicación del art. 816 CC⁵⁶⁰.

Para todos estos supuestos, y para otros similares que pudieran presentarse, como ya se ha avanzado, el renunciante se podría amparar en el derecho general a renunciar a derechos futuros o expectativas de derechos, y en general en la facultad de contratar sobre cosas futuras o sobre cosas ajenas.

En relación a esto último, desde una perspectiva comparativa y de sentido común, no tiene lógica que sea posible contratar sobre cosas ajenas o sobre cosas futuras (art. 1271 CC) y no se pueda en cambio manifestar de forma unilateral, *en principio sin ninguna influencia externa de terceros* (por ej., los posibles beneficiarios de la renuncia), la voluntad de renunciar de antemano a esas mismas cosas ajenas o futuras, en previsión de que pudieran llegar a serle deferidas, onerosa y también gratuitamente, por vía de testamento, o por vía de donación.

Es más, defender la licitud de renuncia unilateral sería una posición mucho más razonable a estos efectos, *al faltar el posible componente de inmoralidad o abusividad inherente a muchos de los acuerdos onerosos entre familiares sobre las futuras legítimas, o de aprovechamiento de las circunstancias de necesidad de la otra parte contratante que*

⁵⁵⁸ Es dudoso que pudiera ser calificado como una donación modal entendida la renuncia como una *carga*.

⁵⁵⁹ MANRESA, *ob. cit.*, pag. 676, el cual, aunque señala que entra en el ámbito del art. 816 CC la renuncia total y parcial, sin embargo afirma que queda fuera de su ámbito la “renuncia de otro derecho o contrato relacionado con la legítima”.

⁵⁶⁰ Esta sería justamente una de las manifestaciones realizadas públicamente por nuestro rey Felipe VI, cuando ha declarado renunciar de antemano a cualquier bien o derecho que le pudiera ser deferido proveniente de los fondos en paraísos fiscales de su padre Juan Carlos I (en caso de serle ofrecidos por herencia, y no como beneficiario directo de los mismos, en caso de muerte del titular).

podría tener ese acuerdo oneroso entre causante y legitimario al que se alude explícitamente en el art. 816 CC.

A ello hay que *añadir un motivo de orden práctico* en el que el legislador debería haber pensado: esto es, mediante una renuncia anticipada del legitimario, *se facilita considerablemente la ordenación de la sucesión en la herencia del causante*, al reducirse los posibles problemas entre herederos y/o legitimarios, y agilizarse la partición y adjudicación de los bienes hereditarios, como consecuencia de la seguridad derivada del acto de renuncia.

10.2.6.- La naturaleza de la nulidad prevista en el art. 816 CC. La posible confirmación sobrevenida de la renuncia.

Respecto de la naturaleza de la renuncia recogida en el art. 816 CC, un sector doctrinal, representado por RAGEL⁵⁶¹, ha defendido que el art. 816 CC no sanciona con la nulidad de pleno derecho el acuerdo anticipado sobre la legítima futura, o la transacción o donación sobre el mismo objeto, celebrado entre futuro causante y legitimarios, sino que se trataría más bien de *un supuesto de ineficacia relativa*. Como consecuencia de ello, se señala que sólo el legitimario renunciante es el único legitimado para ejercitar la acción de nulidad ex art. 816 CC, y completa esta idea afirmando que el legitimario, una vez adquirida su condición de tal, puede conformarse con lo recibido, o en general mantener la eficacia de la renuncia. Habla en concreto este autor de “ratificar la renuncia anterior y darle completa validez”. Nótese que esa posibilidad de ratificación implica una suerte de convalidación de un negocio o acto teóricamente nulo de pleno derecho, no habiendo estrictamente norma en nuestro Código civil que se lo permita; por eso es por lo que defiende que se trata de una ineficacia relativa y no una nulidad absoluta (la cual no sería por su esencia convalidable).

La tesis de la ineficacia relativa o anulabilidad casa bastante mal con los términos imperativos de la norma, con sus antecedentes históricos, y con la idea subyacente de vulneración del orden público sucesorio que implicaría celebrar este tipo de acuerdos sobre legítima futura, en cuanto se busca como vimos la tutela de los legitimarios frente a la posible prepotencia del causante, al pretender éste imponer a aquéllos una atribución de bienes inmediata pero afectando muy probablemente a la legítima futura.

A pesar de ello, puede ser acertada la idea de otorgar legitimación para anular el acuerdo sólo al legitimario o legitimarios afectados, y no al causante (o los herederos de éste, a su

⁵⁶¹ RAGEL SANCHEZ, *ob.cit.*, pag. 5977.

muerte), lo que respondería a una adaptación a la realidad social de las pautas clásicas de la nulidad de pleno derecho⁵⁶².

Si se piensa bien, esta tesis sobre el tipo de ineficacia del art. 816 CC es difícilmente trasladable a la renuncia unilateral, en cuanto parece pensada únicamente para los acuerdos entre causante y futuros legitimarios con inclusión en ellos de una renuncia a reclamar más bienes en el futuro, una vez fallecido el causante. En la renuncia unilateral, parece difícilmente susceptible de plantearse una legitimación que no fuese la del propio renunciante. Sin embargo, precisamente por eso, no tiene de nuevo buen sentido aplicar el mandato del art. 816 CC a la renuncia unilateral, en cuanto en ella, la posibilidad de anular el renunciante su propia declaración de voluntad abdicando de su futura legítima debe estar *fuertemente restringida*, limitándose por lógica sólo a los casos de error excusable (poco probable), o de algún otro posible vicio del consentimiento (también poco probable en un acto unilateral como la renuncia). Por tanto, parece haber una nueva y adicional razón para excluir del ámbito del art. 816 CC a la estas renunciaciones unilaterales a la legítima futura.

Ello nos lleva a analizar la cuestión de si el renunciante en acto unilateral tiene a su alcance, no ya la nulidad, sino la facultad de revocar y hacer ineficaz su renuncia mediante acto ulterior, normalmente previo a la muerte del causante y la apertura de su sucesión, o incluso posterior, en tanto no lesione los intereses de otros sujetos afectados indirectamente por la renuncia.

Hay que recordar que, específicamente respecto de la repudiación hereditaria, el Código civil italiano ha previsto en su artículo 525 la posibilidad de revocación de la repudiación, y de ulterior aceptación de la herencia, al señalar: “*Art. 525. Revoca della rinunzia. Fino a che il diritto di accettare l'eredità non è prescritto contro i chiamati che vi hanno rinunciato, questi possono sempre accettarla, se non è già stata acquistata da altro dei chiamati, senza pregiudizio delle ragioni acquistate da terzi sopra i beni dell'eredità*”. Como puede comprobarse, se puede revocar la repudiación, en tanto no se haya todavía adquirido la herencia por otro de los llamados, por lo que podría plantearse una situación similar en el Derecho español en relación a la renuncia a la legítima o a la herencia misma⁵⁶³.

A este respecto, entendemos que, *una vez admitida la licitud de la renuncia, no hay razón para conceder al renunciante el poder de revocar la renuncia y de recuperar su posición como legitimario (futuro)*, revirtiendo los posibles efectos negativos de la renuncia. Si el

⁵⁶² Vid. sobre este tema, PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Ed. Civitas, 1997, quien propone entre otras cosas flexibilizar la concepción dualista de las nulidades.

⁵⁶³ Ha de señalarse que estamos ante una facultad excepcional reconocida legalmente, que exige el cumplimiento de una serie de presupuestos, para que sea posible esa revocación. La doctrina italiana la justifica, no en razones de tutela del repudiante en cuanto posible familiar del causante, sino en motivos de orden práctico. Así, AZZARITI, G., “La rinunzia all'eredità”, en *Trattato di Diritto Privato (dir. P.Rescigno)*, 5. Successioni-I, UTET, Torino, 1982, pag. 170.

legislador hubiera querido conceder una facultad exorbitante como la del Derecho italiano, lo habría dispuesto específicamente.

Es cierto que no sería aplicable aquí propiamente el mandato del art. 997 CC sobre la irrevocabilidad de la repudiación hereditaria, por estar referido a un supuesto de hecho distinto. Pero no vemos qué fundamento legal podría haber para permitir que en estas concretas renunciaciones a la legítima futura se aplique un régimen jurídico diferente a la renuncia de cualquier otro derecho subjetivo, cuya eficacia definitiva no se pone en duda, ni siquiera cuando se trata de renuncia a derechos futuros o expectativas de derecho.

No hay tampoco una base de orden constitucional para sostener que se debe poder revocar la renuncia, ya que no estamos ante un derecho fundamental reconocido en la Constitución cuyo ejercicio justifique una medida de este orden, para garantizar al titular del derecho el control en todo momento de su desarrollo personal. El hecho de que el art. 816 CC contenga un mandato hipotéticamente restrictivo en cuanto a las renunciaciones tampoco serviría de apoyo, dado que hemos ya demostrado que dicha norma no alcanza a las renunciaciones unilaterales anticipadas.

Partiendo ahora del hipotético caso de que estas últimas renunciaciones entraran dentro del ámbito de aplicación del citado art. 816 CC, y de que nos hallemos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho, hemos de plantearnos la posible **confirmación de la renuncia unilateral a través de actos posteriores**, una vez fallecido el causante.

En principio, desde esta perspectiva, siendo una renuncia efectuada en contrato o negocio bilateral o plurilateral, la confirmación sólo sería viable mediante un nuevo acuerdo, que *sería una novación*. Así pues, no tiene mucho sentido hablar de confirmación en estos casos, entendida como manifestación unilateral del renunciante, cuando se trataría prácticamente siempre de un acuerdo oneroso, en el que la renuncia a reclamar futuros bienes en concepto de parte de legítima habría tenido como causa una contraprestación, del tipo que sea, por parte del causante, o de quien fuese la otra parte el acuerdo. Así las cosas, estaríamos ante una novación, que exigiría un consentimiento novatorio por las dos partes del contrato o acuerdo.

Ahora bien, siendo una renuncia unilateral anticipada de la legítima, y partiendo de la aplicabilidad de la prohibición del art. 816 CC, algún autor como RAGEL⁵⁶⁴, defensor como hemos visto de la mera anulabilidad de la renuncia a la legítima futura ex art. 816 CC, sostiene que, en estos casos, aunque no pueda renunciar a la legítima futura, sí que puede hacerlo válidamente respecto de la renuncia presente, mediante una ratificación de la renuncia anterior a la apertura de la sucesión, argumentando que la jurisprudencia no considera ya hoy día la legítima como materia de orden público. No explica el autor si se trata sólo de una ratificación expresa, o si tiene cabida también desde su perspectiva una ratificación *tácita, mediante su no reclamación, reiterada en el tiempo*, como una suerte de aplicación de la doctrina de los actos propios.

⁵⁶⁴ RAGEL SANCHEZ, *ob.cit.*, pag. 5977.

Desde luego, lo que en el fondo nos viene a decir el autor es que, *habiendo una renuncia del legitimario previa a la muerte del causante, puede ser perfectamente confirmada por el transcurso del tiempo o cualquier otra forma de ratificación*⁵⁶⁵, con lo que la razón de base de la teórica prohibición de la renuncia a la legítima futura pierde su valor, *al quedar en manos del legitimario esa decisión*, lo que es especialmente significativo *en casos de renuncia unilateral*.

Sea o no correcta la tesis del autor sobre el tipo de nulidad del art. 816 CC, creemos que no debería haber inconveniente en que se admitiera la confirmación mediante actos posteriores, sean expresos o tácitos. Pero sin duda ello refuerza de nuevo la tesis aquí sostenida de que entonces es mucho más lógico defender directamente la inaplicabilidad de la prohibición legal a las renunciaciones unilaterales a la legítima futura, no siendo entonces necesario plantearse si ha habido o no una ulterior ratificación expresa o tácita.

10.2.7.- Las consecuencias jurídicas del acto de renuncia anticipada. La conducta posterior del renunciante y sus posibles efectos:

Pensando ahora en las consecuencias de esa declaración de renuncia anticipada, y *partiendo de que el artículo 816 CC fuese aplicable también a este tipo de renunciaciones*, entendemos que podría tener algunas en las relaciones entre causante y legitimario.

Así, el hecho de haber realizado manifestación -seguramente pública, y conocida por el causante- de rechazo a sus derechos legitimarios futuros en la herencia de este último, podría suponer una posible causa de desheredación, dada la *actitud presuntamente ingrata del renunciante hacia el futuro testador*, en la medida en que tal renuncia fuera conocida por dicho testador. Este podría basarse en esa conducta para incluir en el testamento un motivo específico de desheredación, como posible situación de “maltrato psicológico” y de abandono y desinterés continuado por el causante o testador, en la medida en que esa renuncia fuera seguida de una ruptura total de relaciones y comunicaciones entre el futuro legitimario y el causante⁵⁶⁶.

Ello sería así a la vista sobre todo de la amplitud con que la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo (SSTS de SSTS de 3 de junio de 2014, 30 de enero de 2015 y las más

⁵⁶⁵ En esta misma línea, CAPILLA RONCERO, *ob.cit.*, pag. 855, quien, tras afirmar la imposibilidad de que la renuncia del art. 816 CC puede ser contradicha por los propios actos, viene a defender la licitud de la conducta del legitimario que renunció antes de la muerte del causante, de respetar su compromiso previo, considerando que en tal caso estamos en realidad ante una renuncia posterior a la apertura de la sucesión, que sería perfectamente válida. No deja de ser llamativa esta afirmación, en cuanto que en realidad viene a afirmar la posibilidad de la confirmación del negocio teóricamente nulo pleno derecho, especialmente en aquellos casos en que esa confirmación proviene de una conducta omisiva continuada.

⁵⁶⁶ Incluso aunque no fuera seguida de esa conducta omisiva o de rechazo, la remisión o puesta en conocimiento del causante de la renuncia anticipada a su legítima, permitiría a éste incorporarla como anexo a su testamento en el que se le deshereda, de modo que así quedaría constancia de cara al futuro, tras su fallecimiento, de la causa justificativa de su voluntad de desheredarlo.

recientes SSTS 13 de mayo de 2019 y 2 de julio de 2019) viene entendiendo la causa 2ª del art. 853 CC (“*Haber maltratado de obra o injuriado de gravemente de palabra*”), ampliando muy considerablemente los límites de la libertad de testar.

Por otro lado, *en el ámbito de la preterición*, podría también tener consecuencias. El causante, como concedor de la renuncia anticipada de uno de sus posibles legitimarios, podría tener la reacción de no incluirle en el testamento, con lo que se podría plantear su posible preterición, como claramente *intencional*, con las consecuencias propias derivadas de ella conforme al art. 814 CC (derecho sólo a su legítima estricta, sin incluir el tercio de mejora, pues las circunstancias llevarían a pensar que habría una mejora tácita a favor de los otros legitimarios designados, si los hubiere), no pudiéndose aplicar los efectos de una preterición no intencional o errónea.

En relación a esta cuestión, parece poco probable, en caso de omisión en el testamento del legitimario renunciante, el ejercicio de una acción de preterición intencional por parte del mismo, precisamente por constar documentalmente su voluntad de renuncia anticipada. De alguna manera, su posible conducta posterior a la renuncia, consistente en reclamar su legítima tras la muerte del causante, mediante esa acción de preterición estaría seguramente abocada al fracaso, pues los beneficiarios de la misma (sean otros legitimarios, o bien herederos voluntarios o intestados) se opondrían a esa pretensión aduciendo -al margen de la validez y eficacia de esa renuncia anticipada, y su consiguiente irrevocabilidad, como aquí se defiende- la aplicación de la doctrina de los propios actos, y su conducta de mala fe, al contradecir una decisión previa de renuncia, sin duda muy meditada e inequívoca⁵⁶⁷.

En estas situaciones, no hay en general razón para la impugnación del testamento redactado por haber lesionado presuntamente la legítima del renunciante, al carecer seguramente de legitimación activa *ad causam* para ejercitar esta acción. El demandado o demandados (los beneficiarios de ese testamento) deberían poder esgrimir, como causa de oposición a la demanda, el ejercicio abusivo o contrario a la buena fe de la acción por parte del renunciante, así como la citada doctrina de los propios actos, para conseguir una sentencia favorable con base en la falta de legitimación activa *ad causam* del posible demandante (o la pasiva, en caso de ser parte demandada el renunciante)⁵⁶⁸. A este

⁵⁶⁷ Es cierto que la doctrina de los actos propios no debe aplicarse en casos de renuncia, dado que, como ha sido dicho por diversos autores, entre ellos DIEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1963, pag. 159 ss., habiendo renunciado, hay ya una manifestación de voluntad concreta, incluso aun tratándose de una renuncia tácita o derivada de hechos concluyentes, que impide el recurso a los actos propios y al examen de la conducta previa del sujeto que pretende actuar de forma contraria a la primera. Sin embargo, *por razones argumentativas, vamos a partir de la hipótesis de que la renuncia unilateral anticipada a la legítima no tenga el valor de auténtica declaración de voluntad*, en cuanto no sería propiamente una renuncia a un derecho ya existente en el patrimonio del renunciante, del que se estaría disponiendo.

⁵⁶⁸ Sobre posible confirmación de la renuncia por actos posteriores, CAPILLA, *ob.cit.*, pag. 855, acogiendo la tesis clásica de aplicar el art. 816 CC también a las renunciaciones unilaterales, considera que si se mantiene el legitimario renunciante en su criterio de no reclamar la legítima, una vez fallecido el causante, estaremos ante una verdadera renuncia ulterior a la apertura de la sucesión (debemos suponer que tácita). Si no es así, podría reclamar su legítima sin necesidad de pretensión impugnatoria o anulatoria de la renuncia anterior.

respecto, debemos señalar la dudosa posibilidad que tendría el renunciante de esgrimir de contrario la improcedencia de aplicar de la doctrina de los propios actos, mediante la alegación de que dicha doctrina jurisprudencial sería ineficaz frente a una norma hipotéticamente imperativa como sería el art. 816 CC, en su interpretación más tradicional. Así, se podría en principio esgrimir al respecto una cierta doctrina⁵⁶⁹, reflejada a su vez en alguna sentencia del Tribunal Supremo, conforme la cual no sería viable alegar actos propios cuando se actuó en contra de una norma prohibitiva o de orden público como ésta⁵⁷⁰.

Sin embargo, no debería desdeñarse en absoluto la relevancia jurídica de la conducta reiterada del sujeto renunciante, tanto en el tiempo anterior al fallecimiento del causante, como en el inmediatamente posterior, incluso aunque el acto primero pudiera considerarse inválido jurídicamente⁵⁷¹. A este respecto, la doctrina de los actos propios, según opinión mayoritaria de la doctrina, atiende para su aplicación a un examen comparativo entre la conducta previa del sujeto (aquí el renunciante a la legítima futura), y si ha creado en terceros interesados la confianza de que en ningún momento futuro va a reclamar su legítima, y la conducta actual, totalmente contraria a esa confianza. En esta dirección, no parece que deba ser jurídicamente protegido, en caso de disputa judicial, este sujeto, cuya conducta es claramente reprobable, frente a quienes esgrimen su hipotético derecho hereditario actual, tras la muerte del causante y la apertura de la sucesión del mismo, derivado precisamente de la manifestación explícita y cognoscible de quien manifestó no querer su legítima en esas circunstancias⁵⁷². Téngase en cuenta que

⁵⁶⁹ Vid. al respecto, TUR FAÚNDEZ, M.N., *La Prohibición de Ir contra los Actos Propios y el Retraso Desleal*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pag. 48-51, quien considera que la regla del art. 7.1 CC no debe prevalecer frente a las normas particulares del mismo Código que regulan la nulidad. Sin embargo, la autora cita algunas Sentencias del Tribunal Supremo en las que se aplica la doctrina de los actos propios a negocios nulos.

⁵⁷⁰ A este respecto, cabe recordar la doctrina del TS en relación a la posible impugnación de los llamados reconocimientos de complacencia de hijos no matrimoniales, representada por la STS de 15 de de 2016, donde se afirma, seguramente siguiendo las tesis clásicas del prof. DIEZ-PICAZO en su libro sobre La doctrina de los actos propios: “*Tampoco cabe invocar a dicho efecto lo que dispone el artículo 7.1 CC (doctrina de los actos propios), pues las cuestiones de estado civil son de orden público indisponible (art. 1814 CC)*”.

⁵⁷¹ Sobre el tema, JARAMILLO JARAMILLO, C.I., *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, Ed. La Ley, Madrid, 2014, pag.336, expresamente señala que el hecho de que pueda considerarse inválido el acto, de por sí no autoriza a que se alegue la improcedencia irremediable de la doctrina de los actos propios, so capa de que no fue eficaz, puesto que habrá casos en que, no obstante ello, la apariencia del acto, sumada a la confianza que despertó determinada actuación, deberán valorarse con cautela a fin de no perder de vista su genuino objetivo.

También LOPEZ MESA, M. y ROGEL VIDE, C., *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*. Ed. Reus, Madrid, 2005, pag. 195, para quienes una cosa es impugnar un acto viciado o nulo, y otra pretender volver sobre un acto confirmatorio de una nulidad, de modo que si después de celebrado el acto nulo o viciado, con su conducta expresa o tácitamente, lo confirma o ratifica, aquí sí sería de aplicación la referida doctrina de los actos propios.

⁵⁷² Por otro lado, incluso aunque se pudiera aducir que no cabe aplicar la doctrina de los actos propios frente a una presunta norma imperativa como la del art. 816 CC (que ya hemos comprobado que resulta altamente

lo que se estaría haciendo por el renunciante que considera inválida su declaración previa de no reclamar en el futuro su legítima, sería aducir que en su momento incurrió en una suerte de “error de derecho” (en cuanto a un hipotético desconocimiento de que esa renuncia anticipada era inválida), lo que nos remite al art.6.1.II CC, donde se exige que el error de derecho tendrá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen, se entiende que de forma expresa, lo que no sería justamente el presente caso⁵⁷³.

- Volviendo a nuestra postura de conceder validez a la renuncia unilateral anticipada a la legítima, nos planteamos ahora *la posible viabilidad de una ulterior revocación de dicha renuncia*, efectuada de manera solemne, en la misma o similar forma a la hecha al renunciar, con posterioridad a dicha renuncia, sea antes o incluso después de la muerte del causante.

A nuestro juicio, como ya se había anticipado, la posibilidad de revocar un acto de renuncia anticipada a la legítima no debería acogerse. No hay aquí una asimilación a la necesaria tutela de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, o de los derechos de la personalidad, en todos los cuales entendemos que está perfectamente justificada la libre revocabilidad de la renuncia, como forma de proteger y dar efectividad a esos derechos, tal como permiten de hecho algunas normas legales respecto de alguno de esas derechos (v.gr., en materia de derecho al honor, intimidad y propia imagen, el art.2.3 de Ley Orgánica de 5 mayo de 1982).

Aquí, sin embargo, tratándose del derecho de legítima, que es un derecho de creación legal y sin base constitucional, no se puede considerar que la misma forme parte de los derechos fundamentales, ni siquiera con base en una interpretación determinada del art. 33.1 CE sobre derecho a la herencia. Y mucho menos que esa protección implique hacer nula una decisión unilateral y libre de renuncia anticipada a la misma por parte del hipotético beneficiario.

Tampoco existen motivos para una protección radical del propio sujeto renunciante frente a sí mismo, hasta el punto de hacer viable su revocación posterior. El hecho de que el art. 816 CC tenga la hipotética condición de “imperativo”, no justifica la admisibilidad de la revocación de la renuncia anticipada, haciendo que pierda totalmente sus posibles efectos, en los diversos ámbitos señalados.

Por otro lado, pensando ya *en los momentos posteriores a la muerte del causante*, y partiendo de nuevo de la concepción clásica negadora de la validez de la renuncia

dudosa en su formulación como ineficacia de la renuncia unilateral a la legítima futura), habría en todo caso una conducta contraria a la buena fe respecto de la pretensión procesal de demandar la aplicación de la prohibición, al producirse un ejercicio de mala fe en el ámbito procesal, proscrito por su parte por la LEC en su artículo 247.

⁵⁷³ Por lo demás, parece difícil considerar que hubo error de derecho en alguien que seguramente sabía de la existencia de la norma del art. 816 CC, porque estaría asesorado por buenos juristas, como en el caso de la renuncia regia a la herencia futura de su padre, por lo que no habría propiamente un error jurídico por su parte. Ello lleva a considerar que la conducta del renunciante que pretende luego hacer ineficaz su renuncia sería claramente deliberada o dolosa, por lo que no merecería tampoco por este motivo la protección del Ordenamiento jurídico.

anticipada, convendrá examinar con detenimiento los actos del legitimario por sí, unidos a la declaración de renuncia anticipada, no revelaran una ratificación o confirmación de lo expresado en esta última con anterioridad a la apertura de la sucesión.

En este sentido, no hay norma en el CC que diga que la renuncia a la legítima deba hacerse de una determinada forma, como sí establece en caso de repudiación de la herencia (art. 1008 CC). No obstante, en la medida en que hubiera habido una renuncia anticipada a la legítima, expresada ante Notario antes de morir el causante, o manifestada públicamente a través de los medios de comunicación, podría dicha renuncia formal, unida a los actos posteriores confirmatorios, valer como efectiva repudiación o rechazo a la legítima.

No habiendo confirmación, ni expresa ni tácita, habrá que analizar finalmente el posible juego de la doctrina de los actos propios. Probablemente, como antes se dijo, haya que mantener que tal doctrina jurisprudencial es posible y aplicable a este tipo de renunciaciones, sobre la base de entender que el mandato del art. 816 CC no tiene un alcance tan imperativo, o al menos no en el campo de las renunciaciones unilaterales anticipadas a la legítima.

10.3.- Conclusiones sobre la posibilidad de renuncia anticipada a la herencia futura o la legítima futura, antes del fallecimiento del causante y la apertura de la sucesión hereditaria:

Tras el análisis del artículo 816 CC referido a la renuncia a la legítima, y dejando al margen el examen de los restantes artículos implicados en la disputa (art. 991 y 1006 CC), a los que nos hemos referido con detenimiento en otro lugar⁵⁷⁴, creemos que se puede obtener una conclusión muy clara: no existe base legal para negar la posibilidad de la renuncia anticipada a la legítima o a la herencia en general.

El origen histórico y la finalidad del art. 816 CC debe llevar a diferenciar netamente los pactos o acuerdos donde se incluya una renuncia a la legítima futura, de los actos puramente unilaterales en los que el futuro legitimario decide excluir de antemano su derecho futuro a dicha legítima. Es en los primeros en los que piensa el legislador español a la hora de impedir la renuncia a la legítima futura, por el peligro de que exista una desventaja contractual del heredero legitimario frente al causante. Y esa prohibición alcanzará a cualquier tipo de acuerdo entre causante y heredero futuros, ya sea uno de índole transaccional (que parece poco probable), ya sea uno en el que, sin existir disputa o litigio previo entre las partes, el sujeto con futuro derecho a legítima acepta la renuncia a la misma a cambio de un beneficio inmediato y seguramente menor del que podría obtener. Se trata de un mandato prohibitivo que resulta en sí mismo muy dudoso, ya que existen otros Ordenamientos y Derechos donde el pacto entre causante y futuros

⁵⁷⁴ RUIZ-RICO ARIAS, M.D., “La renuncia anticipada a la legítima y la renuncia anticipada a la herencia y al “ius delationis”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto de 2022.

herederos, sean o no legitimarios, es posible, protegiéndose la posición de estos últimos a través de los remedios generales de la nulidad por vicios del consentimiento.

Esta prohibición, además, debe ser entendida de forma restrictiva, ya que no alcanza ni a los pactos entre futuros legitimarios, ni entre éstos y terceros que no sean el causante futuro, tal como se desprende de la norma. Del mismo modo, no afecta –y ello es un cierto contrasentido– a las renunciaciones, dentro o fuera de un pacto o contrato, a un derecho hereditario en el que aún no se ha producido la delación, pero el causante ya ha fallecido.

En relación a las renunciaciones unilaterales, es patente que no existen motivos justificativos relevantes para proteger al legitimario futuro (o al heredero futuro) frente a su propia decisión anticipada de renunciar a la legítima o herencia que le pudiera corresponder cuando el causante muera. No hay razones de orden público, ni de orden constitucional, ni mucho menos de tutela de terceros afectados (siempre indirectamente), para negar la posibilidad de anticipar la decisión del futuro llamado a una herencia, siendo además una alternativa muy práctica, en cuanto ayudará a despejar algunas de las incertidumbres de la sucesión, y a acelerar su culminación.

Los demás preceptos que habitualmente se utilizan para justificar la irrenunciabilidad de la futura legítima, o la futura herencia, no son suficientemente fuertes como para impedir la conclusión de la libre renuncia a un futuro derecho hereditario, a través de un acto unilateral que la excluya.

Por un lado, el art. 991 CC es un precepto tan singular que a la suma tiene relevancia en materia de impugnabilidad de las aceptaciones hereditarias, o sobre todo, a los efectos de fijar las condiciones legales a partir de las cuales se va a iniciar el plazo legal para aceptar o repudiar una herencia, y por tanto, el plazo para el ejercicio de la acción de petición de herencia, pero en modo alguno para rechazar la renuncia anticipada a un derecho hereditario futuro.

Por otro lado, el art. 1006 CC también constituye una base muy remota para fundamentar esa irrenunciabilidad anticipada, dado que, aparte de sus múltiples inconvenientes terminológicos, la norma trata sólo de aclarar qué sucede cuando un sujeto llamado a una herencia muere antes de tomar una decisión sobre si la acepta o la repudia. En cambio, no sirve para fundamentar una total y absoluta indisponibilidad del *ius delationis*, por considerarse que tras la muerte del llamado se integra automáticamente en su patrimonio, lo cual es ya discutible⁵⁷⁵, y mucho menos aún sirve para apoyar en dicho precepto legal la irrenunciabilidad del derecho.

Al respecto, debe recordarse que existen múltiples razones o circunstancias que justifican que un sujeto quiera, con plena consciencia de lo que hace, manifestar públicamente su

⁵⁷⁵ En Italia, FERRI, L., *Rinunzia e rifiuto nel Diritto privato*, Giuffrè Editore, Milano, 1960, pag. 33, llega a afirmar incluso que la delación hereditaria no penetra en el patrimonio del llamado, por lo que no se convierte en un elemento de su patrimonio, y lo argumenta considerando que, de ser lo contrario, esto es, si el heredero del llamado se encontrara la delación en el patrimonio de este último, no debería ser considerado heredero del *de cuius* originario, sino sólo heredero del llamado.

intención de no querer recibir una determinada herencia futura, o una legítima futura respecto de un pariente al que no quiere heredar, o respecto de unos bienes que no quiere recibir.

En este sentido, siguiendo en buena medida a ALBALADEJO⁵⁷⁶, creemos que no se puede tratar del mismo modo la aceptación que la renuncia o repudiación de la herencia. La primera es perfectamente razonable que, para poder ejercitarse debidamente, el sujeto tenga un concreto llamamiento, y pueda conocer con detalle el alcance de ese llamamiento y los bienes a los que pudiera afectar, de modo que no pueda material ni lógicamente tomar esa decisión de forma anticipada, con el suficiente fundamento, al poder varias aún el contenido del patrimonio final del causante. Téngase en cuenta que la aceptación es uno de los presupuestos legales para ese modo de adquirir la propiedad y derechos reales que la “sucesión testada e intestada” (art. 609 CC), por lo que difícilmente se puede adquirir esos derechos si no se da el requisito inexorable que es la muerte del causante.

En cambio, la renuncia al derecho hereditario futuro, ya sea como renuncia anticipada al *ius delationis*, que debe poder rechazarse libremente como sucede con cualquier otro derecho que tenga o pueda tener un contenido patrimonial, ya como repudiación anticipada a la herencia o a la legítima, debe poder ejercitarse en todo momento, antes incluso del fallecimiento del causante futuro. No sólo porque aquí no hay un modo de adquirir ni tampoco un modo de extinguir derechos reales o de crédito (que aún no se tienen), sino porque son muy distintas las motivaciones para ese rechazo o renuncia a la herencia futura, no limitadas en absoluto al previo conocimiento de la situación económica (final) de la herencia.

Por último, en cuanto los efectos de esa renuncia anticipada, baste recordar que, a diferencia de lo que sucede por ejemplo en el Derecho italiano, donde es posible reconsiderar la repudiación en determinadas circunstancias y por tanto es posible revocarla y optar por aceptar la herencia, no existe base para defender la revocabilidad de esa renuncia en el Derecho español.

Por lo tanto, una vez hecha de forma fehaciente, y conocida por los terceros afectados por ella, aun cuando no se haga en forma notarial, será válida y eficaz, e impedirá a quien la realizó, una vez llegado el momento de la muerte del causante, echarse atrás y optar por la aceptación de la herencia.

En caso de proceder a pesar de todo a aceptar, y de no tomar en consideración su manifestación de voluntad renunciatoria previa a la apertura de la sucesión, debería imponerse judicialmente, a instancia de los sujetos beneficiarios que heredarían en su lugar, la denegación de la legitimación activa (o pasiva) en la defensa de ese derecho hereditario. Entre otros motivos, por contradecir frontalmente una decisión previa perfectamente meditada y admitida públicamente, que no hay razón para reconsiderar,

⁵⁷⁶ ALBALADEJO, M. *Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones, Volumen Primero. Parte General*. Ed. Bosch, 1979, pag. 242.

dado que no estamos ante un derecho fundamental en el que sí quepa la revocación o la reversión de sus efectos al estado originario.

CAPÍTULO 11. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS SOBRE LA RENUNCIA UNILATERAL EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y EN EL ÁMBITO FAMILIAR.

INDICE:

11.1.- Primeras conclusiones. 11.2.- La renuncia en el ámbito de los derechos fundamentales: 11.2.1.- La argumentación sobre la renuncia en el ámbito de los derechos fundamentales: a) Sobre el contenido de los derechos fundamentales: no ejercicio y renuncia parcial como posibles contenidos de los derechos fundamentales. b) Sobre los límites de los derechos fundamentales en la doctrina constitucionalista, y su traslación a los supuestos de renuncia a su ejercicio. c) Sobre la renuncia a los derechos fundamentales y su contenido esencial. Revocabilidad de la renuncia y contenido esencial. d) Sobre la renuncia a los derechos fundamentales y la llamada Drittwirkung. e) En particular sobre la revocabilidad y reversibilidad de la renuncia por su titular al ejercicio del derecho fundamental. 11.2.2.- La repercusión de la renuncia a los derechos fundamentales sobre los límites a la renuncia unilateral de los derechos subjetivos de origen legal o negocial. 11.2.3.- Sobre los posibles sentidos de la irrenunciabilidad establecida legalmente, o defendida a nivel doctrinal o jurisprudencial. **11.3.- Conclusiones sobre la renuncia en materia de alimentos y sobre el alcance del artículo 151 del Código Civil. 11.4.- La renuncia anticipada a la legítima y a la herencia. 11.5.- Conclusiones sobre la renuncia en el ámbito de la filiación, la patria potestad y las funciones tutelares y medidas de apoyo:** 11.5.1.- Renuncia a la filiación y renuncia a la patria potestad. 11.5.2.- Particularidades de la renuncia en el ámbito de los cargos tutelares y medidas de apoyo. Algunas conclusiones sobre la obligatoriedad de los cargos tutelares y las medidas de apoyo a la discapacidad. **11.6.- Reflexiones finales sobre la renuncia de derechos en general.**

11.1.- Primeras conclusiones:

En el presente trabajo hemos pretendido examinar el tema central de la renuncia unilateral a derechos y a expectativas de derechos o derechos futuros, específicamente en el ámbito de los derechos fundamentales, y también, por su posible conexión con ellos, en el ámbito del Derecho de la persona y de familia, sin excluir a las llamadas funciones o derechos-deberes, tales como la patria potestad y las instituciones tutelares y las actuales medidas de apoyo a la discapacidad, así como una breve incursión en la renuncia a la legítima y a la herencia, como apéndice directamente relacionado también con las relaciones familiares.

La razón o punto de partida de esa delimitación, dentro de la temática general de la renuncia, hay que encontrarla en la hipótesis de que resulta necesario diferenciar las renunciaciones unilaterales de las renunciaciones bilaterales o contenidas en acuerdos o contratos, así como diferenciar las renunciaciones a derechos de contenido patrimonial de las renunciaciones a los derechos de índole personal o personalísima, tales como los derechos de la personalidad o derechos fundamentales, o el derecho de alimentos, entre otros.

La conclusión primera que cabe extraer es la confirmación de esa hipótesis. Por lo tanto, puede deducirse la existencia de una clara base diferenciadora entre unas y otras renunciaciones.

Siguiendo en este punto a BOZZI⁵⁷⁷, lo que diferencia a las renunciaciones unilaterales de las contenidas en un contrato, es que en estas últimas, la renuncia se configura *como uno de los posibles objetos del contrato mismo* (por ej. se acuerda X a cambio de renunciar a un derecho concreto), mientras que en las unilaterales, la finalidad de la declaración de voluntad única es sólo la de abdicar o sacar del ámbito patrimonial un determinado derecho, con independencia del destino que éste tenga (si lo tiene) y del sujeto o sujetos que puedan beneficiarse de esa declaración, lo que constituiría un efecto indirecto o reflejo, que no constituye el objeto del negocio.

Desde esta perspectiva, las diferencias se empiezan a derivar de forma casi natural. En los negocios bilaterales que incluyen una renuncia, debe examinarse siempre, para determinar su validez o invalidez, la posición de las partes, su equilibrio o su desequilibrio (que a veces resultará general o prototípico en función del tipo de acuerdo). En esos casos, la opción por la invalidez de esos contratos puede resultar razonable, en cuanto afectación del orden público y los principios constitucionales o los derechos fundamentales⁵⁷⁸.

Del mismo modo, parece obligado, en las renunciaciones contenidas en negocios bilaterales, analizar la posible afectación de principios constitucionales básicos como la dignidad, la igualdad legal, e incluso, de forma especial a nuestro juicio, *la igualdad real de las partes*, que es lo que estaría en la base del posible rechazo doctrinal y judicial a determinados acuerdos. Ello por encima incluso del principio de respeto a la dignidad, dado que ésta constituye un concepto ambiguo y difícilmente concretable en una determinada relación bilateral, sobre todo si frente a ella se presenta una voluntad inequívoca del sujeto hipotéticamente renunciante de seguir adelante con los efectos del acuerdo adoptado. En estas situaciones, sólo el análisis de la posición de las partes, y del verdadero respeto a una pretensión de igualdad real respecto del sujeto presuntamente más débil, puede llevar a una declaración de invalidez de lo acordado, en la medida en que se acredite que la voluntad de este último estuvo condicionada por no existir ninguna otra alternativa real a su consentimiento contractual.

Es evidente que en las renunciaciones unilaterales nada de esto sucede. No hay una necesidad de analizar un posible desequilibrio contractual ni las causas que pudieran haber llevado a un sujeto hipotéticamente más débil a prestar su consentimiento. Ahora, en las unilaterales, el juego de la autonomía de la voluntad adquiere su máxima expresión y su mayor preponderancia, dado que la decisión del sujeto es, como regla, completamente libre. La voluntad de renuncia se basaría en un criterio diferente: el que se deriva de la reflexión según la cual, siendo un sujeto titular de un derecho actual (ya sea derecho

⁵⁷⁷ BOZZI, L., *ob.cit.*, pag. 114, quien ya vimos afirma, respecto de renunciaciones insertas en operaciones complejas o en contratos con estructura bilateral, que en estos casos la actividad abdicativa no es cumplida “de por sí”, en cuanto no es función ni causa de ese contrato, sino *más bien es objeto o instrumento del mismo*, de modo que esa renuncia sería *un acto de cumplimiento* de aquello a lo que una de las partes se había previamente obligado.

⁵⁷⁸ En esta dirección, MILLAIRE, *ob.cit.*, pag. 997, pone de manifiesto cómo en el Derecho canadiense, la Corte Suprema ha reconocido que no es posible renunciar por contrato a la aplicación de una ley sobre derechos de la persona de manera general.

fundamental, legal o convencional), nadie puede obligarle a ejercitarlo, de modo que es decisión libre y plena de aquél el elegir siempre entre ponerlo en marcha o no.

Por lo tanto, respecto de las renunciaciones unilaterales la conclusión que se obtiene del conjunto de este trabajo es que en ellas el juego de la autonomía de la voluntad o autonomía privada es mayor -incluso mucho mayor- que en el ámbito contractual, siendo por tanto en aquéllas donde podemos encontrar el punto más álgido de esa autonomía, en cuanto a la inexistencia de apenas límites, ni constitucionales ni legales, que justifiquen una posible restricción a su uso.

Téngase en cuenta, como referencia básica, que la imposición de límites, o en general el establecimiento de prohibiciones legales de renuncia, exigirán siempre una extraordinaria justificación, al suponer en general un acto de paternalismo del legislador, dado que no existirán normalmente terceras personas frente a las cuales deba protegerse la decisión de renuncia del titular del derecho o de la expectativa o derecho futuro.

Esto se comprueba y confirma en el ámbito específico de los derechos fundamentales o derechos de la personalidad, donde, una vez superado el prejuicio de su tradicional carácter irrenunciable, la renuncia tiene un juego especialmente relevante, que no puede equipararse a las renunciaciones a derechos o expectativas de contenido patrimonial.

11.2.- La renuncia en el ámbito de los derechos fundamentales:

Así, es evidente que ni son los mismos los presupuestos para la renuncia de los derechos fundamentales, ni tampoco son trasladables a éstos los límites fijados por el artículo 6.2 del Código Civil para los derechos nacidos de la ley.

En concreto, respecto de los presupuestos de la renuncia, no parece que sean los mismos, en cuanto por ejemplo a la exigencia de poder de disposición.

Hemos llegado a la conclusión de que no es lo mismo disponibilidad (o indisponibilidad) que renunciabilidad (o irrenunciabilidad) de los derechos fundamentales. Para esta última, cuando resulta viable, no es preciso tener un poder de disposición, ni siquiera uno asimilable al necesario para disponer de los derechos subjetivos patrimoniales.

Los derechos fundamentales son esencialmente indisponibles, si por tal entendemos su transmisibilidad a terceros, en todo o en parte. Sin embargo, la renuncia tiene plena cabida en ellos, ya sea renuncia a manifestaciones concretas o renunciaciones puntuales, ya sea renunciaciones parciales e incluso, excepcionalmente, la renuncia total, aplicable básicamente al derecho a la vida (aunque quizás a otros derechos fundamentales como el de libertad personal).

Por lo tanto, los límites del art. 6.2 CC se perciben como inaplicables a los derechos fundamentales, donde juegan otras consideraciones, inclusive en aquellos casos de

derechos más dudosos, como serían el derecho fundamental a la vida, a la libertad personal o la integridad física.

El examen específico de los derechos fundamentales y el juego en ellos de la renuncia, nos ha llevado a concluir que no pueden equipararse en cuanto a su régimen jurídico al resto de derechos subjetivos, sean personales o familiares, o sean patrimoniales.

Así, la necesidad de salvaguardar la eficacia y ejecución de aquellos derechos constitucionalmente garantizados, les otorga un tratamiento diferenciado de los demás, al no tener estos últimos el respaldo concreto de los preceptos constitucionales, y no estar garantizado por la norma suprema su ejercicio en sentido positivo y negativo (salvo quizás algún caso excepcional, como el de los alimentos de padres respecto de hijos menores de edad).

De hecho, como se ha podido comprobar, y a pesar de hallarnos en un campo en teoría presidido por la idea de orden público, ha resultado que el titular del correspondiente DF tiene o debe tener siempre a su alcance, de entre las distintas opciones de que dispone, la facultad de no ejercitarlos o renunciarlos, de forma expresa o de forma tácita, *justamente porque no existe ningún mandato constitucional que obligue a su ejercicio positivo o activo*, debiendo tener todo sujeto como mínimo las dos opciones básicas de ejercitar o no ejercitar o renunciar al derecho correspondiente, en cada momento y circunstancia en que podría ejercitarse.

Ello es consecuencia de que el concepto de orden público no tiene relevancia en el ámbito de los derechos fundamentales, entendido como límite específico a la renunciabilidad de estos, dado que justamente la regulación y garantía de los DF son parte integrante esencial del orden público constitucional de nuestro ordenamiento jurídico. Y no habiendo base en su regulación general ni particular ninguna referencia a la imposibilidad de renuncia o de no ejercicio, parece lógico sostener que no funciona aquí la cláusula de orden público, la cual obligaría a anteponer y priorizar esa cláusula por encima de los derechos fundamentales mismos y su garantía constitucional, lo que no encuentra respaldo alguno en los textos constitucionales⁵⁷⁹.

Pero es que, además, tampoco resulta relevante ni trascendente una remisión al principio de dignidad como posible base o fundamento de la irrenunciabilidad de todos (o de algunos) derechos fundamentales. Sobre todo, en la pugna de la dignidad con el libre desarrollo y la autonomía del sujeto titular que renuncia, siempre en referencia a la renuncia unilateral, no parece factible la posibilidad de declarar la ineficacia de la misma por aplicación del principio de dignidad, en tanto la autonomía privada, como derivación

⁵⁷⁹ Con acierto, MILLAIRE, *ob.cit.*, pag. 1018, ha dicho, en relación a la traslación de la idea de orden público al ámbito de los derechos fundamentales que tratándose de la doctrina específica del orden público importada del Derecho civil, esta casa mal con los derechos y libertades fundamentales, y considera que debe adoptarse prevención a la hora de considerarlo un límite a estos derechos, ya que con la expresión orden público se hace referencia a la necesidad del Estado de preservar una forma determinada de las relaciones sociales, y justamente los derechos fundamentales son un freno a la acción del Estado.

del principio del libre desarrollo, llevaría a priorizar la voluntad del sujeto manifestada en la renuncia.

Por otro lado, debe quedar igualmente claro que cuando hablamos de renuncia a un derecho fundamental, no estamos aludiendo, como hacen algunos autores, a la faceta digamos “negativa” del derecho fundamental, en la vertiente de decidir no ejercitar un derecho (derecho a no votar, respecto del derecho al voto, derecho de no asociarse, respecto del derecho de asociación, derecho de no expresar una opinión, respecto de la libertad de expresión). Esto a nuestro juicio, constituye una forma positiva más de ejercitar el derecho fundamental correspondiente⁵⁸⁰.

Cuando hablamos de renuncia, en sentido estricto nos referimos a aquella que se deriva de una manifestación de voluntad expresa (o tácita, pero concluyente) *manifestada o exteriorizada cuando se ha producido ya una vulneración o intromisión de tercero en el propio derecho, o cuando ese tercero pretende en un futuro inmediato esa intromisión, y el titular del derecho no manifiesta oposición, o pura y simplemente lo autoriza*. El ejemplo se ve con mucha claridad en relación a las intromisiones en el derecho a la intimidad o la propia imagen, donde la renuncia se percibe como la decisión de no oponerse a la intromisión ya producida o de prestar el consentimiento anticipado a la misma. Sólo en estas situaciones se puede percibir el acto de renuncia unilateral, con frecuencia expresada la voluntad renunciativa de forma tácita, o incluso con el no ejercicio de las acciones de defensa durante un tiempo relevante, generando la convicción contraria de que no se va a ejercitar el derecho y de que está por tanto renunciando a su uso.

Por lo que se refiere a las renunciaciones tácitas y el valor del silencio en estos casos de vulneración del derecho fundamental, la doctrina italiana y alemana respecto de la llamada *Verwirkung* o ejercicio desleal y extemporáneo de un derecho, demuestra que puede ser equiparada en sus efectos a la renuncia (tácita) la conducta omisiva o de silencio del titular, al crear la confianza en los terceros de que el derecho no se va a ejercitar por tratarse de un silencio prolongado; y ello sin necesidad de acreditar hechos o conductas adicionales que refuercen esa conclusión (como sí sucedería cuando se trata de renuncia a un derecho en una relación bilateral).

Estas ideas, en su traslación a los derechos fundamentales, deben tener relevancia práctica adecuada, en el sentido de admitirse como renuncia tácita del titular del derecho su conducta omisiva continuada cuando se producido la lesión, vulneración o intromisión en el ámbito personal. Ha de advertirse que, con bastante frecuencia, no existirá una normativa específica que fije un determinado plazo de prescripción o caducidad para el ejercicio del derecho fundamental, por lo que, en caso de disputa, deberá valorarse esa actitud omisiva, el tiempo transcurrido y la convicción contraria de que no se iba ya a

⁵⁸⁰ Así lo señala de nuevo MILLAIRE, *ob.cit.*, pag. 999, quien afirma que la renuncia debe ser distinguida de la faceta negativa incluida en la esfera de protección de determinadas garantías fundamentales.

ejercitar, para sacar la conclusión de que se ha producido un acto de renuncia, que producirá efectos frente a terceros y frente al propio titular.

La particularidad residirá, desde nuestro punto de vista, en que esa renuncia podrá ser efectiva en relación a los efectos y consecuencias producidas con anterioridad al ejercicio (aun extemporáneo) del derecho fundamental. Pero en cambio, por ser naturalmente revocable el acto de renuncia o de consentimiento a la intromisión, la reconsideración efectuada por el titular supondrá un acto revocatorio de aquél, y le permitirá cambiar de opinión y ejercitar ahora positivamente el derecho, en los términos deseados, sin que el tercero o terceros beneficiarios puedan oponer nada a ello, al carecer de un interés jurídico de orden superior más digno de protección que el derecho fundamental mismo ejercitado. Sobre la revocación volvemos más abajo con más detalle.

Esto nos conduce a una conclusión nueva de gran relevancia: no existiendo especiales cortapisas para la renuncia a los DF, deben decaer o ponerse en tela de juicio, en buena medida, los planteamientos del legislador ordinario que, al regular determinados derechos en las relaciones personales o familiares, se muestran contrarios a la renuncia, o establecen reglas legales de irrenunciabilidad. No parece lógico que, tratándose de derechos fundamentales, los límites a la renuncia unilateral sean muy escasos o casi nulos, y sin embargo, el legislador ordinario disponga unas limitaciones muy fuertes para otros derechos de índole no constitucional, o directamente establezca un mandato de (teórica) irrenunciabilidad, lo que nos conduce a la necesidad de replantear con una nueva perspectiva las limitaciones actualmente existentes, presuntamente aplicables a los derechos subjetivos reconocidos legal o negocialmente.

Esa irrenunciabilidad legal de algunos derechos de índole personal o familiar debe ser reinterpretada a la luz de las consideraciones que se obtienen de la renuncia en el ámbito de los DF. Y obliga a una respuesta diferente de la que hasta ahora se viene entendiendo por buena parte de la doctrina civilista.

Muy probablemente, la irrenunciabilidad, impuesta legalmente de manera expresa o tácita en algunos ámbitos de los derechos de la persona o de la vida familiar, seguramente constituye un instrumento desfasado, nada acorde con los principios y mandatos constitucionales, además de excesivo en cuanto a su alcance. Y además injustificado como respuesta del legislador, debiendo ser reconducido en cada sector a una explicación -cuando resulte posible, que no siempre será así- mucho más matizada, llevando incluso a su rechazo al menos en cuanto a la lectura que tradicionalmente se le concede.

Pero resumamos ahora el razonamiento y los argumentos referidos a la renuncia unilateral en el ámbito de los derechos fundamentales.

11.2.1.- La argumentación sobre la renuncia en el ámbito de los derechos fundamentales:

a) Sobre el contenido de los derechos fundamentales: no ejercicio y renuncia parcial como posibles contenidos de los derechos fundamentales:

A partir del examen de lo que debe ser el contenido de tales derechos fundamentales, y la determinación de las facultades derivadas del mismo, podemos sacar la conclusión de que la renuncia o en general el no ejercicio del derecho se halla entre las posibilidades de que disponen sus titulares para elegir las distintas posibles opciones que en todo momento se le ofrecen, tanto en aquellos supuestos en que se produce la vulneración del derecho por tercero, o como en aquellos otros en que el titular del DF se anticipa a esa vulneración y decide prever alguna de las diferentes opciones posibles, para el caso en que sobrevenga ese evento en el futuro.

Una consecuencia básica de la concesión de esa esfera de libertad que suponen la mayoría de los DF, es que *no se puede obligar a un individuo a que ejercite el DF del que es titular*. Eso debe incluir la garantía iusfundamental a la libertad negativa consistente en la decisión de no realizar un comportamiento de entre aquellos objeto del DF, como la imposibilidad de imponerle, salvo disposición constitucional en contrario, la satisfacción de un fin que condicione su elección, ni directa ni indirectamente. Así, desde la perspectiva del contenido de los DF, habría que pensar que entre sus manifestaciones de libertad no positiva, sino negativa, se deben incluir sin demasiado esfuerzo no sólo la facultad (positiva a nuestro juicio) de no ejercitar el derecho concreto, como sucedería con la decisión de no asociarse, de no expresar la propia opinión o de no reunirse, por ejemplo. También tendrán cabida dentro de su contenido normal, en casos de lesión actual o inminente del concreto derecho, las distintas posibilidades de lo que entendemos serían verdaderas renunciaciones al mismo, esto es, la renuncia puntual a su ejercicio actual, la renuncia en general a su ejercicio en una situación dada, e incluso renuncia puntual a un ejercicio futuro, en unas determinadas condiciones previamente fijadas por el propio titular del derecho, todas las cuales podrían ser supuestos o manifestaciones del posible contenido de cualquier DF.

En este último caso, estaremos ante *un acto anticipatorio de la renuncia*, el cual *será eficaz cuando se produzca el evento concreto que daría lugar a la lesión o vulneración del derecho si no hubiera habido la citada manifestación, autorización o consentimiento previos, si es que finalmente tiene lugar*.

Es muy importante esta referencia a lo que podríamos llamar renuncia puntual *anticipada* al DF por parte de su titular, cuando en el futuro sobrevenga una determinada situación, por cuanto *abre una puerta muy importante a la licitud de las renunciaciones en general a derechos futuros o expectativas de derechos, fuera ya de la órbita de los derechos fundamentales*, cuya consideración como tales renunciaciones ha sido puesta en duda por algún sector de la doctrina civilista. Es decir, *en la medida en que resulta perfectamente viable una renuncia puntual anticipada, en un campo tan trascendental socialmente hablando como el de los derechos fundamentales, no deberían existir inconvenientes de fondo para acoger como verdaderas renunciaciones estos supuestos de abdicación anticipada a posibles pretensiones futuras en que consisten las renunciaciones a derechos o expectativas futuros*.

La conclusión final de este primer apartado es que *dentro del contenido posible de la mayoría de los DF, puede incardinarse la facultad de no ejercicio (actual o incluso futuro) del concreto derecho, por vulneración o intromisión actual o futura, en cuanto se trataría de una típica manifestación más de las posibilidades de elección que se le ofrecen al titular, válida a todos los efectos como expresión de la libertad que todo sujeto posee de ejercitar su derecho.* Esto supone acoger la licitud general de la renuncia, entendida normalmente como decisión de no ejercitar o no defender los propios intereses, en sus distintas posibles manifestaciones, expresas o tácitas, con exclusión de la renuncia total o abandono del derecho mismo, lo que no permite en ningún caso nuestra Constitución, salvo en el caso del derecho a la vida y quizás del derecho a la libertad personal.

b) Sobre los límites de los derechos fundamentales en la doctrina constitucionalista, y su traslación a los supuestos de renuncia a su ejercicio:

Aun cuando existe una gran dificultad a la hora de exponer los distintos límites a los DF, dado que la doctrina constitucionalista no se pone de acuerdo sobre la forma de identificarlos, podemos llegar a la conclusión de que *entre ellos no se halla la irrenunciabilidad total de los derechos fundamentales*, entendida como imposibilidad absoluta de manifestaciones de renuncia o no ejercicio de los citados derechos.

Así, si pensamos en aquellas opiniones que entienden que, respecto de los DF, existen tres tipos de límites o de círculos delimitadores de estos derechos, siendo el primero, el concerniente a la delimitación del DF, esto es, lo que entra y lo que no entra en el ámbito de protección del DF; el segundo, el concerniente a los límites del DF en su conexión entre ese DF y otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos; y el tercero, el referente al límite derivado del contenido esencial de los DF como referencia insoslayable; la conclusión es que ninguno de ellos supone un freno a las facultades renunciadoras del titular del derecho.

En este sentido, sólo el primero y el tercero de los señalados pueden tener alguna conexión con los supuestos de renuncia (total o parcial, temporal o duradera, del ejercicio o de la titularidad misma) al DF, mientras que el segundo, por la esencia del acto de renuncia, en la modalidad de *renuncia unilateral, no afectaría a derechos o bienes constitucionales de terceros*, por cuanto nos movemos en el ámbito de la actuación individual del titular del derecho fundamental, siendo irrelevante constitucionalmente el que esa renuncia pudiera, *de forma colateral e indirecta*, tener alguna incidencia en los derechos o intereses de otro sujeto, dado que en tales casos no se plantearía en toda su posible virulencia el conflicto de intereses entre el (derecho a la renuncia del) renunciante y el derecho del tercero, por muy tutelable que éste en abstracto pudiera ser. Respecto de los otros dos límites, el primero de los tipos de límites señalados remite al contenido mismo del derecho, del que ya hemos concluido más arriba que el no ejercicio o la renuncia constituyen una facultad inherente a todo derecho fundamental. En cuanto al tercero, será examinado de forma separada.

Al respecto, ha de observarse que hay muchos DF en los que no hay en la CE ninguna remisión a la ley, a los fines de delimitar el derecho concreto, por lo que, no habiéndola, la opción de la renuncia unilateral o el no ejercicio del derecho entraría igualmente dentro de los parámetros normales del contenido o ámbito típico de actuación de todo derecho. En consecuencia, debe admitirse la renuncia en cualquiera de las modalidades expuestas más arriba (renuncia puntual actual, renuncia puntual anticipada, o renuncia parcial al derecho, en la medida en que sea factible según cada derecho fundamental).

En general, y al margen del análisis que a continuación se hará respecto de la llamada *Drittwirkung* o eficacia directa de los DF en las relaciones entre particulares, *no podemos perder de vista que los límites de cada derecho fundamental viene marcado por el correspondiente precepto constitucional*, siendo lo cierto que *no es posible encontrar en la regulación de los derechos fundamentales en la Constitución ni una sola norma de “tutela paternalista” en el sentido de acoger un específico mecanismo de tutela del titular del DF frente a sí mismo*, esto es, frente a sus propias decisiones libres y unilateralmente tomadas (cuando no están presentes por tanto terceros que puedan ejercer formas de coacción externa en la toma de la decisión).

Esta falta de mecanismos “paternalistas” en la CE constituye un dato muy importante a la hora de pronunciarnos sobre si, por razón de tutela de la dignidad del sujeto, debe quedar excluida la renuncia unilateral en sus distintas modalidades del ámbito de libre actuación del titular de un DF.

c) Sobre la renuncia a los derechos fundamentales y su contenido esencial. Revocabilidad de la renuncia y contenido esencial:

Hemos visto cómo es tradicional en la doctrina civilista sobre derechos de la personalidad afirmar como característica típica de los mismos su irrenunciabilidad. Ello obliga plantear a la vez dos cuestiones, contrarias la una de la otra. La primera, la de si ahora, en la doctrina constitucionalista, es posible mantener esa irrenunciabilidad respecto de los derechos fundamentales, o si su defensa puede chocar frontalmente contra la exigencia de respeto al contenido esencial de los DF. La segunda, ahora en sentido contrario, la de si el estudio de la doctrina sobre contenido esencial de estos derechos obliga también, a preguntarse hasta qué punto la imposición de restricciones legales a la renunciabilidad total o parcial de los DF puede estar afectando al contenido esencial de los mismos.

Sucede que la referencia al *contenido esencial*, como vimos hacía algún autor italiano, tiene su campo de operatividad fundamental a la hora de determinar cuál es el confín insuperable que un ordenamiento marca *a las actividades legislativas y jurisdiccionales* limitadoras del contenido de estos derechos⁵⁸¹, con lo que se pone el acento en el ámbito

⁵⁸¹ BUTTURINI, D., *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pag. 174.

de la actividad legislativa y judicial, y por tanto fuera del campo de los actos y negocios jurídicos entre particulares, singularmente fuera de los negocios unilaterales de renuncia.

Del mismo modo, la determinación de lo que sea el contenido esencial de un derecho fundamental guarda *una estrecha conexión con la tutela de otros derechos fundamentales (o libertades públicas)*, de modo que los posibles límites a ese derecho concreto por tal motivo deben venir de que se respete o no, de modo directo o indirecto, otro posible DF que estaría o podría estar afectado.

Así las cosas, deberemos descartar por sí solo que el límite derivado del “contenido esencial” del DF pueda conllevar una posible irrenunciabilidad de dicho DF, entendida la renuncia como acto unilateral, y no bilateral o negocial, dado que *en la unilateral no se percibe la posible lesión de otro DF de otro sujeto, al menos no de forma directa sino a lo sumo indirecta*. Es decir, la concepción del contenido esencial, sea cual sea la que se tenga, obliga en todo caso a valorar el mismo en una situación de conflicto de un concreto DF con otro DF, o con otro bien constitucionalmente protegido, lo que supone de hecho excluir de su campo la problemática de la renuncia unilateral a los DF.

Como ha sido dicho, para el TC el contenido esencial del DF termina por ser el que le da la Constitución interpretado su enunciado junto con el resto de las normas constitucionales. Así pues, el contenido esencial de un DF es su titularidad (quién disfruta del derecho), su objeto (el conjunto de expectativas de conducta que se cobijan en la garantía iusfundamental), su contenido en sentido técnico (el haz de facultades y poderes jurídicos que son necesarios para que el conjunto de expectativas puedan ser efectivamente realizadas) y, claro está, los límites internos y las habilitaciones para la creación de límites externos. En suma, el contenido esencial de un DF es el resultado de su delimitación.

Por lo tanto, es claro que la irrenunciabilidad, o en general la posible imposición de límites o restricciones a la renuncia unilateral a los DF, estarían afectando a su contenido esencial, por lo que no puede mantenerse aquella o estos últimos como una característica básica de los derechos fundamentales.

Por último, visto lo anterior, desde la óptica de los dos modos de entender lo que sea el contenido esencial de un DF, según la doctrina clásica del TC (facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible, o intereses jurídicamente protegidos como núcleo del derecho), resulta muy difícil, si no imposible, que la facultad de renuncia total o parcial pueda ser restringida con base en el límite genérico en que consiste el “contenido esencial” de cualquier DF. Por el contrario, es manifiesto que *se integra más bien en el contenido típico de todo derecho fundamental, sea cual sea, el permitir la opción entre ejercitar o no ejercitar el derecho en una situación dada (o prever de antemano su no ejercicio)*. Por lo tanto, no está justificada la imposición de restricciones o límites a la decisión de no ejercicio de los mismos, con base en el respeto a un hipotético “contenido esencial” de dichos derechos.

d) Sobre la renuncia a los derechos fundamentales y la llamada *Drittwirkung*:

Por último, como consecuencia de todo lo dicho anteriormente, salvo casos muy extraordinarios, debe mantenerse, si se quiere, la prevalencia de la autonomía privada en las renunciaciones unilaterales, por cuanto no hay en ellas un juego o conflicto entre la autonomía de un sujeto y el derecho fundamental de otro sujeto, que es lo que subyace a la cuestión de la *Drittwirkung*, sino sólo *el de un conflicto hipotético de un sujeto consigo mismo*.

En esta dirección, no puede negarse que, en la inmensa mayoría de supuestos en que se plantea el problema de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, *no existe una base constitucional sobre la cual negar la posibilidad de renuncia unilateral al DF*, o más exactamente, de decidir su no ejercicio en un momento dado (renunciando a sus facultades concretas, o a una tutela legal y judicial que de otro modo tendría).

En cambio, toda la doctrina nacional y europea sobre la *Drittwirkung*, esto es, sobre la eficacia de los DF en las relaciones privadas, ya sea la de quienes defienden la eficacia directa o la indirecta, con sus respectivas matizaciones, *se termina centrando siempre en los acuerdos o relaciones jurídicas bilaterales o multilaterales preexistentes, que es donde tiene su específico campo de operatividad*, entre los cuales uno de los posibles supuestos es aquel en el que, dentro de un contrato o acuerdo, una de las partes consiente en renunciar a un derecho o facultad frente a la otra.

Es en esas relaciones bilaterales o plurilaterales, y no en las renunciaciones unilaterales, donde, como consecuencia de la defensa del principio de dignidad o de libre desarrollo de la personalidad, tendrá su posible eficacia la necesidad o la oportunidad de controlar la validez de lo acordado. Todo ello en aras de la tutela de aquellos sujetos o intereses especialmente necesitados de protección, frente al posible acto de renuncia adoptado en su seno.

No es posible encontrar un fundamento a esa posible restricción a los actos de renuncia unilaterales -sin duda de tintes paternalistas- en la propia Constitución. En ella *no se ha previsto ni un solo mandato constitucional de tutela de ningún derecho fundamental frente a su titular mismo, en concreto, frente a la decisión individual de su titular de no ejercitarlo en un momento dado, renunciando a su ejercicio o su defensa, cuando estaba en condiciones de hacerlo, por haberse lesionado o afectado el derecho, o incluso renunciando al derecho mismo*.

Esto es extensible incluso a los supuestos más radicales de DF, como el derecho a la vida, a la libertad personal o a la integridad física, donde tampoco existe -al menos de forma explícita, ni tampoco implícita- base constitucional para poner freno a la renunciabilidad (unilateral) a la propia vida o a la propia libertad, y donde, tan sólo respecto de la integridad, se contiene la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, pero indudablemente cuando son ejercidos *por terceros* (se presupone, además, que en contra de la voluntad del titular del derecho), pero sin que tal restricción sea propiamente

aplicable a los supuestos de decisión unilateral libre de renuncia (siempre parcial) a la propia integridad física. En estos casos, la intervención estatal debe limitarse en su caso a adoptar medidas de fomento o educativas, o incluso asistenciales, orientadas a que los sujetos no acaben con su vida, o no pierdan o afecten a parte de su integridad física, pero en ningún caso a impedir la renuncia, obligando al sujeto a vivir, si no es su deseo, o a preservar su total integridad, si tampoco es esa su voluntad.

En última instancia, lo que se viene a sostener aquí, tras descartar la aplicación a las renunciaciones unilaterales de las restricciones derivadas de la *Drittwirkung*, es que *si hay un núcleo duro en la autonomía privada en la Constitución (y en el principio de libertad general del art. 1 y 10 CE), éste pasa precisamente por autorizar y refrendar la decisión del sujeto -prácticamente sin límites- cuando se trata de actos de autonomía privada de orden unilateral, al no jugar en ellos ninguno de los posibles límites derivados del juego de los DF de dos o más sujetos propios de las relaciones contractuales u obligacionales en general.*

Sin embargo, ello no necesariamente pasa por *defender el rechazo de la tradicional consideración de los DF o los DP como derechos irrenunciables.*

Sin duda los DF lo son, esto es, son irrenunciables tomados globalmente, con sus respectivas matizaciones, en tanto en cuanto el sujeto siga vivo y por tanto siga siendo un sujeto jurídico. Es decir, su titular no puede desprenderse totalmente de ellos, sólo que ello no supone negar la posibilidad de renuncia puntual o parcial a determinados ejercicios o actuaciones que le estarían permitidos si no mediara esa voluntad explícita de renuncia a su ejercicio o utilización. En estos casos, se trataría de una decisión totalmente libre, a la que no podría servir de obstáculo la proclamación constitucional misma de ese derecho, y su eficacia fuera de las relaciones con el Estado (aunque tampoco sería propiamente un caso de eficacia en las relaciones privadas o *Drittwirkung* propiamente dicho, como se ha comprobado).

En realidad, *la característica clásica de la irrenunciabilidad de los DF o de los DP no pasa de ser tener un valor meramente descriptivo de estos derechos, sin una virtualidad real, esto es, sin consecuencias jurídicas dignas de ser reseñadas,* dado que, por un lado, los titulares de estos derechos pueden perfectamente, de manera totalmente libre, decidir no ejercitarlos en una situación dada, por ir en la esencia del propio derecho, al no haber deber ni obligación de ejercitarlo positivamente, y por otro, su decisión al efecto puede ser también libremente revocada en cualquier momento, deshaciendo en lo posible las consecuencias de la previa decisión.

e) En particular sobre la revocabilidad y reversibilidad de la renuncia por su titular al ejercicio del derecho fundamental:

Como consecuencia necesaria de todo lo dicho anteriormente, procede traer a colación lo que se dijo en su momento sobre la defensa de la natural revocabilidad de las renunciaciones a

ejercitar un derecho fundamental y sobre las posibilidades de reversión de la renuncia a su estado originario en la mayor medida posible.

En su momento se ha sostenido que constituye un dato esencial en el régimen jurídico de los DF, el de la natural y completamente libre revocabilidad de las renunciaciones al ejercicio de un derecho de esta naturaleza, en cualquiera de sus manifestaciones, en cuanto característica básica derivada del consentimiento o autorización a la intromisión de terceros en este tipo de derechos. Como ya se dijo, a nuestro juicio, esa revocabilidad plena y libre de los derechos *deriva sin duda de su consideración de derechos fundamentales, esto es, de ser piezas esenciales del sistema jurídico a las que debe otorgarse la máxima operatividad.*

Así, al ser un DF, no es viable de ninguna manera la posibilidad de una renuncia a ejercicios parciales, puntuales o temporales, *sin que exista a la vez la facultad actual para su titular de deshacerla.* La razón de fondo es que, de lo contrario, quedaría afectada la esencia misma del derecho como DF, en cuanto vigente en la persona de su titular durante toda su vida, lo que debe llevar a *permitirle en todo momento el cambio o viraje en sus decisiones, para atender al mejor desarrollo de su personalidad,* que es la base de toda la regulación constitucional de los DF.

Esto que decimos es igualmente aplicable a los casos de renunciaciones tácitas, e incluso a supuestos posibles de aplicación de la doctrina alemana de la *Verwirkung*. Es decir, que incluso aunque un retraso continuado pueda llevar a la conclusión de que existe una renuncia tácita, no se puede defender que ello produzca los mismos efectos típicos de toda renuncia a un derecho no fundamental, como es la irrevocabilidad y la consiguiente oponibilidad de la renuncia al renunciante, por parte de quien resulta ser el tercero beneficiario de la misma⁵⁸². En los derechos fundamentales, aun existiendo ese retraso continuado, y aunque se haya generado la confianza de que no se va a ejercitar, el tercero no debe ser protegido ni antepuesto al titular del DF, sino que el derecho fundamental siempre debe poder ejercitarse de nuevo, ahora en sentido positivo, mediante la revocación expresa o tácita (ésta mediante el ejercicio positivo y renovado del derecho), por encima de cualquier otro interés particular, o incluso de un posible interés social, como consecuencia de tratarse justamente de un derecho fundamental, al que no se le ha puesto un límite constitucional a su ejercicio, ya sea de forma directa o primaria, ya sea de forma sobrevenida y opuesta a una conducta previa negativa o renunciadora, por ser naturalmente revocable. Cuestión distinta es que no sea factible restablecer los efectos ya producidos que hayan tenido carácter definitivo, sobre lo cual ya hemos tratado y ahora se vuelve a exponer.

Precisamente por ser derechos fundamentales, es por lo que seguramente su titular no necesita otros instrumentos más fuertes, como sería un mandato legal expreso de irrenunciabilidad. La libre revocabilidad de la renuncia permite a su titular disponer del mejor instrumento posible de defensa frente a sí mismo, y por tanto frente a una decisión

⁵⁸² En contra parece estar MILLAIRE, *ob.cit.*, pag. 998, quien no se plantea la libre revocabilidad de la renuncia al derecho fundamental.

irreflexiva o dañina para el propio sujeto, consecuencia de la previa renuncia parcial o puntual a su derecho.

En esta dirección, un mandato legal de irrenunciabilidad del DF no es, en abstracto, la mejor forma de garantizar al titular su libre elección entre ejercitar o no ejercitar el derecho. Es más razonable que todo sujeto titular tenga en sus manos la posibilidad de optar por el no ejercicio, abandono o derelicción de su derecho, es decir, por la facultad de decidir no impugnar u oponerse a la intromisión ajena en el propio ámbito de libertad del sujeto, cuando ésta se produce, o simplemente de no ejercitarlo en un momento dado, aunque no haya intromisión actual o futura de terceros. Y a la vez, y como complemento, es más razonable, tras la renuncia al derecho efectuada (siempre limitada, parcial o puntual), concederle también al titular la posibilidad de libre revocación de dicha renuncia, e incluso de la reversión al punto de partida, en la medida en que ello sea posible.

A este respecto, y en relación ahora a *las consecuencias de la revocabilidad de la renuncia al DF (o del consentimiento a la intromisión de terceros)*, y pensando sobre todo en las intromisiones en el derecho fundamental a la propia imagen o la intimidad, ya distinguimos entre aquellos actos de renuncia/autorización que sean puntuales, de cumplimiento o efectividad limitados a un determinado momento, sin duración temporal, y aquellos otros en que se haya previsto una cierta duración o extensión en el tiempo.

Así, respecto de los primeros (autorizaciones que sean puntuales), el juego de la revocación en ellos difícilmente existirá. Ello sólo será viable en aquellos casos en que se trate de una renuncia anticipada o previa y haya un lapso de tiempo temporal entre esa manifestación formal y el momento de efectiva utilización de la imagen o los datos íntimos de la persona, de modo que siempre se podrá revocar esa autorización, con plenitud de efectos, antes de ser utilizada efectivamente por el tercero autorizado, pero no después (salvo lo que ahora se dirá).

En cambio, respecto de los segundos (actos de renuncia que tengan una cierta vigencia o extensión temporal), hemos de distinguir, entre el lapso temporal en que se haya realizado la intromisión en el derecho de la personalidad, donde la revocación será ineficaz jurídicamente, y el período posterior a la revocación, donde ésta será plenamente eficaz (sin perjuicio de la reparación del posible daño sufrido por el autorizado, como ya hemos visto). A este respecto, creemos posible *distinguir entre revocabilidad y reversibilidad*, y examinar las posibilidad de revertir la situación a su estado originario, cuando el renunciante hubiera cambiado de opinión y quisiera, no sólo hacer ineficaz la renuncia para el tiempo o situaciones que quedaren pendientes de aplicación en el futuro, sino también recuperar el control con eficacia retroactiva, en lo posible, a las manifestaciones ya producidas de dicha renuncia.

Por tanto, la renuncia o autorización siempre será revocable, como hemos comprobado, pero no siempre será reversible. Así, los efectos ya producidos en el lapso de tiempo anterior a la revocación, lo más probable es que no puedan borrarse de modo que todo vuelva a su estado originario, anterior a la renuncia. En cambio, la revocación siempre

tendrá plenos efectos anulatorios de la autorización a partir del momento en que se produzca la misma (y sea recibida y conocida por el autorizado).

No obstante esta consideración general, no podemos descartar la posibilidad de reversión, en función de la naturaleza del DF de que se trate.

Así, si pensamos ahora en el derecho a la integridad física, y aquellos casos en donde el sujeto titular puede haber renunciado a determinados elementos corporales, fluidos u órganos, habría que plantearse un posible cambio de opinión después haber sido ya puestos a disposición del sujeto autorizado. Aquí es imaginable que la revocación de la renuncia/autorización produzca como efecto una reversión, en el estado en que sea posible hacerlo, de los elementos corporales (órganos, fluidos, etc.) de los que se desprendió, con recuperación de los mismos, para conseguir unos fines personalísimos de quien los proporcionó y que en su momento no se había planteado, o como consecuencia de circunstancias sobrevenidas que lo lleven a ello.

Incluso en el ámbito de los derechos a la propia imagen y la intimidad, como ya se expuso en capítulos anteriores, el consentimiento dado a la intromisión ajena, puede resultar reversible, en los momentos presentes, respecto de parte de los efectos ya producidos, a través del instrumento del “derecho al olvido”, que en estas situaciones concretas debe ser concebido en una forma mucho más favorable al titular del derecho fundamental afectado, como revocación del consentimiento y con supresión de toda manifestación en las redes sociales del uso realizado con anterioridad, en tanto resulte factible materialmente.

Por tanto, la *vis atractiva* derivada de la naturaleza “fundamental” de los derechos concretamente afectados, debe conducir a *la búsqueda de todas las posibilidades de llevar a la práctica una reversión de efectos, en la medida en que ello sea material o científica o técnicamente factible, y al margen de las posibles compensaciones a los terceros autorizados.*

Debe recordarse que la renuncia al DF, en algunas de sus posibles manifestaciones, y la revocación de la renuncia, son en buena medida dos caras de la misma moneda. *La revocación debe ser entendida siempre como otra manifestación, ahora en sentido positivo, de ejercicio del DF, con la particularidad de que supone un cambio de opinión frente a la decisión negativa de no ejercitar el derecho y dejar que un tercero se entrometa en el mismo. En esta dirección, y completando el panorama relativo a la revocación de la renuncia, consideramos que, en general, el legislador ordinario debería adoptar un criterio muy restrictivo en cuanto a la compensación del tercero afectado, en cuanto que ello podría condicionar de modo indirecto -pero sin duda efectivo- el libre ejercicio del DF, que es lo que sin duda está garantizado por la Constitución.*

Al respecto, hay que recordar que, en este ámbito, no deben jugar seguramente las reglas generales de la responsabilidad civil, tal como son habitualmente entendidas en el Código civil español, en cuanto sistema de cláusula general. Es más lógico que la compensación proceda sólo en circunstancias especiales o incluso excepcionales, basadas

primordialmente en el criterio de la buena/mala fe o el abuso del derecho, de modo que sólo cuando el titular del DF revoque su renuncia de forma inesperada o inopinada, o con finalidad lesiva, juegue la compensación. Por lo tanto, las cortapisas legales para la utilización de esta modalidad, aun siendo una vía singular, *no deben ser interpretadas restrictivamente, ni deben ser objeto de castigo o sanción*, salvo que se puede demostrar una conducta maliciosa o sorpresiva del titular.

Por último, debe afirmarse, con MILLAIRE⁵⁸³, que no es razonable tampoco trazar una línea y discernir entre unos y otros derechos fundamentales para considerar que algunos de ellos son susceptibles de renuncia mientras que otros derechos fundamentales no lo serían. Así, si se pretende fundamentar la irrenunciabilidad de algunos en razones de defensa de la dignidad de la persona o en razones de orden público, la autora argumenta y acaba demostrando que eso no es posible, pues ni cabe desgajar el principio de dignidad de algunos derechos, dado que todos ellos están presididos por ese mismo principio, de modo que entonces, o todos o ninguno de ellos serían renunciable, pero no algunos sólo, ni cabe tampoco recurrir al orden público para fundamentar una irrenunciabilidad, pues debajo del orden público suele haber a la postre una tutela individual de determinados sujetos, además de razones de interés general, lo que impediría justificar en él la irrenunciabilidad de estos derechos. Como ha dicho además con buen criterio la autora, resulta problemático, como han hecho algunos Tribunales, discernir entre unos derechos fundamentales renunciables y otros no, ya que ello conllevaría un grave motivo de incoherencia del sistema, que seguramente no permite la regla jurídica.

11.2.2.- La repercusión de la renuncia a los derechos fundamentales sobre los límites a la renuncia unilateral de los demás derechos subjetivos de origen legal o negocial:

Todo lo dicho anteriormente respecto de los DF nos conduce a poner en cuestión de forma radical, desde la perspectiva constitucional, el tratamiento legal actual de los límites generales a la renuncia (unilateral) de derechos, recogidos en el art. 6.2 CC, los cuales, desde luego, no son aplicables en modo alguno a los DF o a los derechos de la personalidad con base constitucional, como ya se ha expuesto.

En esta medida, no siendo aplicables esos límites a los DF, parece lógico que estas mismas cortapisas desaparezcan cuando se trata de derechos subjetivos de origen legal, en cuanto consagrados por textos legales civiles específicos.

Dicho de otro modo, si a pesar de la entidad de los derechos fundamentales y su consideración de piezas básicas del sistema jurídico constitucional, no hay propiamente una restricción a la renuncia o no ejercicio de estos derechos, no debería haber, para el resto de derechos subjetivos, sean de contenido personal, pero también los de contenido patrimonial, un número cuantitativa o cualitativamente mayor de limitaciones o

⁵⁸³ MILLAIRE, *ob.cit.*, pag. 998 ss.

restricciones que las habidas para los DF, con base en presuntas razones de “orden público”.

Para estos últimos, hemos comprobado que no es viable, ciertamente, la renuncia plena y definitiva a ninguno de los DF, al ser improcedente que un sujeto pueda, incluso siendo esa su voluntad, desprenderse de forma absoluta de su derecho, mientras esté vivo. Ese sería el único límite por razón de orden público constitucional. Fuera de ello, su titular puede tomar cualquier decisión que suponga poner en acción, o no, su DF en relación a una vulneración o intromisión externa, actual o futura.

Es más, respecto del derecho a la vida, hemos visto cómo el titular de este derecho puede, sí, renunciar plenamente al mismo, haciéndolo con mayores o menores cortapisas, las cuales son sin embargo impuestas legalmente casi siempre por razón de protección de los terceros que pudieran intervenir, y a lo sumo con la finalidad de asegurarse de la verdadera y seria voluntad del sujeto.

Parece obvio que no puede haber ningún otro derecho subjetivo patrimonial o personal que tenga mayor transcendencia que los DF, por lo que su protección, a nivel de legislación ordinaria, no debería poder superar a la correspondiente a los derechos constitucionalmente tutelados.

Eso implica la necesidad de replantear y reconsiderar, desde nuevas bases, el alcance y efectos, no sólo de la norma del art. 6.2 CC, sino también el de aquellas normas legales que establecen la irrenunciabilidad de determinados derechos. Nos referimos, en concreto, a la irrenunciabilidad del derecho de alimentos (art. 151 CC) o la irrenunciabilidad –muy matizada como sabemos- de los derechos al honor, intimidad y propia imagen (art. 2 de LO de mayo de 1982), o también la irrenunciabilidad de la legítima futura (art. 816 CC). Sobre ello se vuelve más adelante.

Deben quedar fuera aquellas facultades que se conceden legalmente como derechos-deberes, donde jugarían otros criterios diferentes a la hora de su correcto entendimiento. Aquí no hay derechos subjetivos propiamente tales, sino facultades concedidas para el cumplimiento de deberes legales, siendo éstos los prevalentes. No obstante, ya se ha comprobado la importancia real de la posible conducta del sujeto titular a la hora de decidir, de forma voluntaria, su no ejercicio, o su voluntad de renuncia explícita a seguir ejerciendo esas funciones, con los posibles efectos o consecuencias jurídicas a ella anejos.

A nuestro juicio, la irrenunciabilidad, impuesta legalmente respecto de determinados derechos subjetivos no constitucionales, constituye actualmente un instrumento inadecuado y excesivo. Ya que, en realidad, cuando el legislador la estableció, lo hizo de forma errónea, o con muy escasa precisión técnica, como en la renuncia a la legítima futura, o bien pensaba en un concreto límite de entre los diversos posibles, y además lo hacía con escasa reflexión sobre su verdadero ámbito de aplicación.

En particular, en referencia a la irrenunciabilidad de los alimentos, creemos que la misma constituye un instrumento seguramente desorbitado. Y así, cuando estemos ante un titular de alimentos mayor de edad y sin medidas de apoyo previas, y pretende dejar de reclamarlos de manera definitiva, lo que debe protegerse realmente es que esa renuncia no perjudique específicamente a terceros, como serían otros alimentantes en el orden legal sucesivo para prestarlos, o en última instancia, al Estado (o el Fisco, como vimos sostiene la doctrina alemana). Pero fuera de ello, no se debería obstaculizar la decisión del sujeto mayor de edad de renunciar de manera absoluta a reclamar alimentos, actuales o futuros, frente a todos los posibles obligados, con plena eficacia jurídica, en tanto no haya otros sujetos perjudicados por esa decisión. Es decir, no debería impedirse la renuncia unilateral por su titular en tanto la misma no constituya un instrumento de fraude o de actuación maliciosa dirigido a hacer derivar hacia otros obligados la carga legal que tendría aquél frente al cual se efectúe la renuncia.

Por lo demás, la irrenunciabilidad conlleva un mandato que entendemos es excesivo e inadecuado. Es decir, una imposición legal de este tipo implicaría, en pura dogmática, la nulidad de pleno derecho de cualquier acto de renuncia. Sin embargo, esa nulidad no es seguramente la solución más adecuada, ni la que por lo demás se recoge, ya de forma más concreta, en el tratamiento legal de los sujetos protegidos.

Pensando básicamente en los acreedores del renunciante como los sujetos especialmente protegidos frente a una renuncia unilateral, es evidente que la nulidad de la renuncia no resulta ser el instrumento idóneo, siéndolo por el contrario la rescisión o la subrogación, cuando se demuestre el efectivo perjuicio de uno de aquéllos, si es que finalmente lo hay. Es decir, no tiene buen sentido establecer la nulidad general como efecto derivado de cualquier acto de renuncia, quizás por la correlación con el mandato de los arts. 6.3 y 1255 CC, en la opinión doctrinal dominante, si resulta que, a la postre, con más o menos frecuencia, no va a haber perjuicio de terceros acreedores.

Pero es que, además, estos tienen siempre a su alcance el instrumento de la acción subrogatoria o sobre todo la acción revocatoria, pero, obviamente, sólo cuando se den sus concretos presupuestos, lo que no siempre sucederá.

Es llamativo que la renuncia unilateral de derechos no encuentre en la legislación civil un instrumento explícito que disponga su ineficacia general o parcial, cuando puedan verse perjudicados los terceros. Tan sólo lo proporciona el art. 1111 CC, cuando se trate de una actividad normalmente contractual del deudor, o una total inactividad de éste a la hora de ejercitar su derecho subjetivo (sólo de índole patrimonial, no personal).

No hay ninguna norma que establezca explícitamente la ineficacia total o parcial -que no la nulidad- de la renuncia unilateral abdicativa de un derecho como posible supuesto susceptible de revocación. Así, los art. 1291 ss. CC se refieren a las enajenaciones a título gratuito, es decir, a los contratos de donación o similares donde el titular del derecho patrimonial lo cede de forma explícita a terceros, sin contraprestación. No se incluyen, por tanto, las renunciaciones unilaterales o meramente abdicativas, en las cuales no hay técnicamente ninguna “enajenación” o acto dispositivo a favor de terceros, sino a lo sumo

beneficiarios siempre indirectos de dicha renuncia. Obviamente, si se tratase de una renuncia en el seno de un contrato, inclusive uno de transacción, sí sería viable la rescisión, por oneroso o por gratuito, en cuanto ahí sí hay una voluntad dispositiva explícita con determinación del concreto beneficiario.

Esto constituye un motivo de reflexión sobre el sentido de las renunciaciones abdicativas y la irrenunciabilidad impuesta legalmente a algunas de ellas.

El perjuicio posible de terceros con tutela cualificada, como pueden ser sobre todo los acreedores de renunciante, tiene ya su cauce específico en el art. 1111 CC, a través de la acción revocatoria básicamente, o de la acción subrogatoria, en los casos más complicados o dudosos como son las renunciaciones tácitas. Respecto de la primera, estos sujetos acreedores podrían disponer, si así se interpreta de forma amplia la norma, de la acción revocatoria del mismo art. 1111 CC, en tanto se considerase que las renunciaciones unilaterales expresas pudieran perjudicar a los acreedores (aunque ya hemos visto que propiamente no constituyen “enajenaciones” de derechos a favor de terceros). En todo caso, su relevancia se produciría cuando la renuncia unilateral abdicativa constituya un acto deliberadamente fraudulento, es decir, hecho con la finalidad específica de perjudicar a los acreedores, y siendo consciente el renunciante de que su acto tendrá un determinado beneficiario. Pero ello no siempre va a darse ni mucho menos, por lo que quedaría excluida la imposición de una regla general prohibitiva.

Pensando ahora en otros posibles sujetos beneficiarios del mandato legal de irrenunciabilidad, como serían los legitimarios del renunciante, entendemos que no tienen cabida, en el sentido de que la nulidad aneja a ese mandato de irrenunciabilidad en ningún caso se ha previsto para esos sujetos (legitimarios). No sucede así ni en materia de alimentos, obviamente, ni tampoco en materia de renuncia (anticipada) a la legítima o la herencia.

Mención aparte debe hacerse a esos otros supuestos de irrenunciabilidad anticipada, en defensa de los intereses de determinados colectivos vulnerables, como serían los consumidores y usuarios (art. 10 TR de LGDCU), o los arrendatarios (art. 6 LAU). Aquí indudablemente los preceptos legales se refieren a renunciaciones *previas* contenidas *en pactos o contratos*, que quedan excluidas y se declaran como nulas de pleno derecho. No sucede así con las renunciaciones, bilaterales e incluso unilaterales, que sean *sobrevenidas*, en el sentido de decidirse mediante pacto renunciar al beneficio legal, generalmente a cambio de una contraprestación favorable, o bien de optar libremente por no ejercitar la pretensión asegurada legalmente como consecuencia de una decisión libre y unilateral del titular del derecho, que serían perfectamente válidas, en principio.

A diferencia de las renunciaciones contenidas en acuerdos o contratos, las renunciaciones unilaterales de derechos subjetivos actuales o futuros, precisamente por responder a decisiones en principio completamente libres de su titular, y dada la protección otorgada por el ordenamiento jurídico al mismo, es por lo que deben ser objeto de la menor restricción posible. Sólo cuando haya sujetos muy cualificados, beneficiarios de otros

intereses más dignos de protección que los del propio titular del derecho, se podrá tutelar y dar lugar a la ineficacia de esa renuncia.

Desde luego, no se tratará en ningún caso de un supuesto de nulidad de la renuncia por posible lesión de terceros (a diferencia de las renunciaciones contenidas en negocios bilaterales, donde el componente de desequilibrio contractual o de finalidad o causa ilícitas tendrá gran relevancia), sino de situaciones de ineficacia, consideramos que parcial, del acto de renuncia, como se ha señalado⁵⁸⁴.

Por último, respecto del límite tradicional del “interés público”, su juego debe a lo sumo limitarse a aquellos supuestos antes señalados de “derechos-deberes” o potestades, donde existe subyacente un interés público que justifica la posible concurrencia de un límite a la renuncia. Pero tampoco en estos casos la nulidad del acto será la consecuencia inexorable de esa vulneración: de nuevo, estaremos ante unos actos parcialmente eficaces, en los que la finalidad perseguida quedará condicionada por otro tipo de consideraciones, pero no por ello perderán en ocasiones una cierta virtualidad jurídica, como se expuso en el capítulo correspondiente.

No obstante todo lo anterior, el que defendamos extender al resto de derechos subjetivos de índole personal las pautas y modo de funcionamiento de la renuncia unilateral en el campo de los DF, no significa que deba hacerse una traslación mimética de ese régimen jurídico.

En particular, la idea de la natural revocabilidad y en su caso reversibilidad de la renuncia a los DF, no puede ser aplicada a aquellos otros derechos, por ser propia de los derechos fundamentales, y justificarse en tratarse de un instrumento útil al adecuado ejercicio de dichos derechos, sin el cual se verían sustancialmente mermados en su eficacia, al no poder satisfacer el desarrollo de la personalidad de sus titulares, que es el objetivo último de su tratamiento constitucional.

Este objetivo no tiene en absoluto por qué conseguirse en esos otros derechos subjetivos no constitucionales, en los cuales, por tanto, la manifestación expresa o tácita de renuncia unilateral tendrá plena virtualidad práctica, y no podrá ser reconsiderada por su emisor, ni siquiera aunque no haya llegado (aún) a conocimiento de los posibles beneficiarios directos o indirectos, y aunque sea conocida con posterioridad por los mismos.

11.2.3.- Sobre los posibles sentidos de la irrenunciabilidad establecida legalmente, o defendida a nivel doctrinal o jurisprudencial:

⁵⁸⁴ Consideramos que será parcial en el sentido de hacer eficaz la renuncia respecto del propio sujeto renunciante (quien no podrá ya revocar su decisión y ejercitar el derecho expresa o tácitamente renunciado, a ningún efecto) y de sus herederos en el futuro (cuando ocupen la misma posición jurídica de su causante, tras aceptar su herencia), así como respecto de cualesquiera terceros distintos de los acreedores, por no merecer una especial protección, y ser simples sujetos afectados de forma más o menos indirecta por la renuncia.

Claro que todo ello nos lleva a una cuestión de mucha trascendencia, y es la del sentido que haya de otorgarse a la expresión “irrenunciabilidad” establecida en las leyes civiles ordinarias respecto de determinados derechos subjetivos no constitucionales, o incluso de algunos de ellos, como por ejemplo hace la Ley Orgánica de 1982 respecto del derecho al honor, intimidad y propia imagen, donde es la ley misma la que establece, con grandes matices como sabemos, su *irrenunciabilidad* como característica sustancial.

Es posible, en primer lugar, que con ese sustantivo se esté señalando realmente que ningún derecho “irrenunciable” puede desaparecer en cabeza de su titular mientras esté vivo, por lo que *se estaría aludiendo a la condición de inherencia a la persona de tal derecho*, al modo en que se hace respecto de los DF, de modo que nunca nadie, ni siquiera el propio sujeto titular, podría deshacerse de los mismos, sean cuales sean las circunstancias y los deseos de ese sujeto.

Sin embargo, parece poco probable esa lectura, pensando básicamente en la irrenunciabilidad del derecho de alimentos, y referido a los alimentos de los mayores de edad, dado que se trata de una opción de política legislativa en concederles a estos sujetos ese derecho, no habiendo una verdadera justificación de su persistencia, como algo “inherente a la persona”. En todo caso, como sabemos, ese mandato legal no excluye la *libre facultad del titular de decidir no ejercitar el derecho en un momento o caso dados*, preservándolo en su caso para otras situaciones, actuales o futuras, *o de resolver no ejercitar extrajudicial ni judicialmente sus facultades de defensa ante una situación de necesidad ya nacida*; todo lo cual implicaría acto o actos de renuncia puntual al derecho de que se trata.

Parece más probable, en bastantes de los casos examinados de derechos de índole personal, que se pueda estar indicando con la palabra “irrenunciabilidad” más bien la imposibilidad de acoger la renuncia puntual o parcial del derecho *en el seno de un pacto*, a cambio de obtener algo como contrapartida. Aquí intervendrían, como ya se ha señalado, otros componentes distintos o al margen de la libre decisión en exclusiva del titular, tales como la protección de determinados sujetos titulares frente a otros, situados en posición de teórica o habitual superioridad. La irrenunciabilidad en estos casos no tendría alcance general, sino limitada a los pactos, y a aquellos sujetos necesitados de tutela en esos concretos pactos. Desde este punto de vista, en suma, no estaríamos ante una imposibilidad de renuncia general, sino ante un mecanismo de protección de los titulares de derechos, cuando concurren determinadas situaciones, como éstas de acoger una renuncia en el seno de un acuerdo o pacto más amplio o complejo.

Otra opción, quizás de menor relevancia, sería la de que entender que el término “irrenunciabilidad” esté referido a lo que tradicionalmente ha venido defendiendo la doctrina clásica de los derechos de la personalidad: sería la irrenunciabilidad como complemento o como manifestación concreta de la indisponibilidad. Esta perspectiva ya ha sido criticada más arriba, al no existir una conexión directa entre renuncia y disposición, en este ámbito específico de los derechos inherentes a la persona, habida cuenta que en ellos no hay propiamente poder de disposición, pero sí que es perfectamente

posible la renuncia expresa o tácita, o la decisión deliberada de no ejercitar el derecho, aun tratándose de derechos que no son técnicamente disponibles, en cuanto a su hipotética cesión a terceros.

Finalmente, también podría estar expresándose con la “irrenunciabilidad” la idea de *la natural revocabilidad de todo acto de renuncia unilateral* puntual a ejercitar el derecho fundamental. Es decir, siendo esencialmente revocable cualquier acto de renuncia puntual o parcial a un DF o a un DP, con esa expresión se querría estar señalando el poder absoluto de control del derecho por parte de su titular, en cuanto a impedir la eficacia definitiva de la renuncia originariamente adoptada por el sujeto, de modo que *siempre debe tener a su alcance la posibilidad de deshacer la decisión adoptada (la renuncia)*, reconsiderando la misma y restituyendo –en lo posible- las cosas a su estado originario.

Sin embargo, esta idea, que es perfectamente razonable respecto de los derechos fundamentales, carece de fundamento en su traslación a los derechos subjetivos, en particular a los derechos de índole personal, donde el acto de renuncia debe, por lógica, tener plena, completa y actual eficacia, sin que su titular pueda desvincularse de la manifestación de voluntad realizada, en tanto no resulte viciada por alguno de los típicos defectos previstos legalmente.

En todo caso, debemos analizar en detalle los típicos modelos de irrenunciabilidad de otros derechos (o derechos-deberes), reconocidos unas veces legalmente, y otras señalados de forma mayoritaria por la doctrina y la jurisprudencia tradicionales, en el ámbito específico de la persona y la familia, que es el objeto primordial de este trabajo.

Se trata de resolver, a la vista de la amplia flexibilidad existente para la renuncia en el campo de los derechos fundamentales, y siendo los mismos el modelo más férreamente considerado como de irrenunciabilidad, así considerado por doctrina y jurisprudencia, si debemos o no reinterpretar los otros modelos de irrenunciabilidad legal o jurisprudencial, respecto de derechos o derechos-deberes no considerados como fundamentales, o reconsiderar las disposiciones legales que establecen la irrenunciabilidad de los mismos.

El punto de referencia básico para acoger una efectiva y razonable imposibilidad de renuncia unilateral de un concreto derecho subjetivo, debe ser la de la exigencia de una motivación muy bien fundamentada para poder imponer una restricción tan importante como la prohibición de renuncia a una decisión en principio totalmente libre como es la de las renunciaciones efectuadas unilateralmente, por su contraste con las realizadas en el seno de un contrato o negocio bilateral o plurilateral. Debemos examinar esos modelos con un nivel de rigor, si no mayor, sí como mínimo igual, que el aplicado a los derechos fundamentales.

11.3.- Conclusiones sobre la renuncia en materia de alimentos y sobre el alcance del artículo 151 del Código Civil.

Empezamos por el derecho de alimentos y la irrenunciabilidad establecida legalmente en el art. 151 CC.

La primera conclusión que hemos extraído, después del análisis efectuado en el capítulo correspondiente, es que la irrenunciabilidad establecida legalmente tiene perfecto sentido, y probablemente sea su ámbito más propio de efectividad, cuando se la aplica a los alimentos de los menores de edad, en caso de decidirse la renuncia por parte de sus padres como representantes legales del menor.

A este respecto, la protección constitucional otorgada a los mismos en el art. 39.3 CE, en cuanto dispone un verdadero mandato, más o menos explícito pero sin duda claro, de proporcionar asistencia material a los hijos por parte de sus padres, debe llevar a que el art. 151 CC, más exactamente, la prohibición de renuncia allí prevista, tenga un campo específico de aplicación a estos alimentos entre padres e hijos menores.

Así pues, frente a los relativamente habituales intentos de uno o de ambos progenitores, con ocasión de crisis matrimonial o de pareja casis siempre, de renunciar a su deber de alimentos, y de aprobación o asentimiento del otro a esa renuncia, como hemos visto sucede en la práctica judicial y extrajudicial con cierta frecuencia, la respuesta del intérprete del derecho debe ser muy clara, en el sentido de proscribir totalmente la eficacia de esa renuncia, cuando es realizada por uno de los progenitores y el otro, en una teórica función de representación del hijo o hijos menores, es decir, en nombre de ellos, da el visto bueno a esa decisión del primero⁵⁸⁵.

Ese mandato constitucional del art. 39.3 CE creemos, además, que debería ser mucho más amplio, y *alcanzar también a las prestaciones ya devengadas o vencidas*, en relación a las cuales *debería estar también vetada en todo caso su renuncia (sea expresa, tácita o presunta) por parte de los representantes legales del menor*. Básicamente, las razones serían la aplicación del principio del interés superior del menor, y las normas reguladoras de los concretos límites a la función representativa paterna, derivados de los arts. 162 y 166 CC, en el sentido de excluir la representación legal en tales casos por concurrir un patente conflicto de intereses entre padres (el renunciante y el aceptante de la renuncia) e hijo.

La segunda conclusión, tratándose ya de la renuncia a alimentos por parte de sujeto mayor de edad, sería que no puede ser igual una renuncia a los alimentos contenida en un pacto, que una renuncia unilateral y completamente libre del titular del derecho.

En este último caso, esto es, siendo una renuncia unilateral, no tiene mucho sentido la prohibición de la renuncia del art. 151 CC, al tratarse de un derecho susceptible de ejercitarse libremente por el sujeto mayor de edad, sin que haya una razón de fondo que obligue a una protección especial del sujeto renunciante frente a su propia y libre decisión, que lleve a excluir cualquier tipo de renuncia explícita, sea expresa o tácita, incluso la

⁵⁸⁵ Por supuesto, con mucho más motivo, si son los dos padres quienes renuncian a la vez, en nombre del hijo menor, a los alimentos que les correspondería satisfacer, aunque este parece una situación menos probable en la práctica.

derivada o deducible del propio silencio continuado del alimentista. El argumento lo proporciona en este último caso el art. 148 CC, el cual deja la puerta abierta a la renuncia tácita, o derivada del silencio continuado del titular, en cuanto impide con carácter general la reclamación de asistencia económica con carácter retroactivo.

En cambio, respecto de las renunciaciones efectuadas en el seno de un acuerdo, la conexión directa entre el art. 151 CC y el artículo 1814 CC, permite otorgar un específico campo de operatividad a la renuncia a los alimentos por parte de los sujetos mayores de edad, en cuanto a la prohibición de acuerdos, entre alimentista y alimentante, en virtud de los cuales resulte altamente previsible, e incluso prototípico, que, estando el primero en estado de necesidad, el segundo pueda imponerle unas condiciones asistenciales leoninas, con renuncia a alimentos futuros a cambio de una prestación actual de mucha menor entidad.

En cambio, en las renunciaciones unilaterales a la prestación de alimentos, está perfectamente justificada posibilidad de su exclusión, cuando se trata de aquellas situaciones en las que el alimentista tiene ya unas necesidades actuales que cubrir y ha nacido un derecho de alimentos frente al pariente o parientes obligados. En ellas, el titular actual del derecho de alimentos debe poder renunciar libremente a ellos, en ejercicio, ahora negativo, de su derecho, y con efecto incluso más allá del momento concreto en que se efectúe esa renuncia expresa o tácita, mientras persista la situación que sirvió de base a la dicha renuncia. Al respecto, la norma reguladora del art. 151 CC no puede resultar tan sumamente estricta como para excluir esta modalidad de ejercicio del derecho subjetivo.

La duda mayor se plantea, a nuestro juicio, respecto de las renunciaciones anticipadas *cuando aún no ha surgido el estado de necesidad*. Por lo pronto, nos encontramos en estos casos ante unas *renunciaciones unilaterales que serán muy poco probables en la práctica*, ya que la voluntad de renunciar es normal anudarla a unas circunstancias en las que ya ha nacido el derecho, por haber unas necesidades no cubiertas, aun cuando no se hubiera reclamado judicial ni extrajudicialmente su pago. No obstante, siendo imaginable la situación, en estos casos, quizás podría dejarse abierta la posibilidad de reconsiderar la voluntad del sujeto mediante la reclamación ulterior al alimentante, de modo que es en estos casos en los que el art. 151 CC tendría acaso su plena virtualidad práctica.

No obstante lo anterior, debe advertirse que la irrenunciabilidad del art. 151 CC, entendida en la forma señalada, no casa bien con los principios constitucionales ni con la regulación de los derechos fundamentales, donde la posibilidad de renuncia tiene perfecta cabida, dentro de unos límites por supuesto. Hay un claro desfase entre lo regulado en el art. 151 CC, entendido en su pura literalidad y considerando que tiene un alcance general, y los principios y reglas constitucionales básicos. Es decir, si estos últimos autorizan al sujeto, en ejercicio de su autonomía, a decidir no ejercitar cualquier derecho, o incluso manifestar que no lo van a ejercitar, autorizando así a terceros a inmiscuirse parcialmente en su ámbito personal, no parece razonable desde una perspectiva valorativa mantener la imposibilidad de renuncia unilateral a los alimentos.

En esta dirección, no existe una suficiente fundamentación para el mantenimiento de la regla de la irrenunciabilidad general en materia de alimentos, en cuanto referida a una renuncia unilateral a alimentos futuros, porque *no existe una razón poderosa para proteger al alimentista frente a sí mismo*, en aquellos casos de renunciaciones unilaterales, esto es, frente a su decisión libre de no reclamar alimentos en el futuro a un determinado alimentante.

Pero es que, además de lo anterior, *las razones de protección del Erario público, como tercero hipotéticamente perjudicado*, como se aducía históricamente por la doctrina alemana, *en buena medida han desaparecido en España* tras la promulgación de la normativa sobre Ingreso Mínimo Vital (IMV). Como se vio más arriba con detenimiento, y hemos sostenido recientemente, esta reciente normativa ha venido a dar un vuelco a la disputa doctrinal acerca de la prioridad de la asistencia familiar sobre la asistencia pública, en el sentido de otorgarse preferencia a esta última, de modo que, existiendo la misma, a través fundamentalmente del IMV, decaerá el deber de asistencia familiar: Como consecuencia de ello, pierde su sentido la tradicional justificación de la irrenunciabilidad como mecanismo tutelador del Erario público o en general de las Administraciones públicas.

En consecuencia, sólo quedaría una razón de tutela de aquellos terceros alimentantes, co-obligados u obligados subsidiarios, que podrían verse perjudicados por una renuncia del alimentista a reclamar alimentos frente a un concreto obligado preferente, o frente a uno solo de los co-obligados.

Sin embargo, en estos casos parece razonable admitir la licitud de renuncia plena y anticipada del alimentista, *en tanto la misma no ocasione perjuicio a estos otros terceros en caso de serles reclamados alimentos*.

En este sentido, estos otros sujetos alimentantes podría perfectamente aducir la inoponibilidad de dicha renuncia y, ya a nivel procesal, alegar, como una excepción (de fondo) exitosa, frente a una futura e hipotética pretensión del alimentista de reclamarles asistencia económica, el hecho mismo de que dicho sujeto había renunciado anticipadamente a sus alimentos frente al alimentante prioritario (o uno de ellos) como consecuencia de la decisión unilateral libre del futuro alimentista.

En tales casos, lo que sucede en realidad no es que exista o deba existir a nivel legal un mandato general de invalidez o ilicitud de la renuncia unilateral a los alimentos actuales o futuros, efectuado por un alimentista mayor de edad, sino más bien que el ordenamiento jurídico estaría aplicando, a ese caso concreto en que se produzca, los principios de buena fe y abuso del derecho. Con la consecuencia de no dar eficacia a la reclamación efectuada por ese concreto alimentista frente a los alimentantes obligados principal o subsidiariamente, tras haber abdicado de su pretensión futura respecto de uno de sus alimentantes preferentes o prioritarios. Esa de la aplicación de los principios de la buena fe/abuso del derecho es seguramente la razón, y no otra, que justificaría la inoponibilidad de la renuncia frente a estos terceros. Sin que ello traiga consigo una ineficacia total frente

al propio renunciante, y sus futuros herederos, quienes se entenderán vinculados por esa decisión a pesar del mandato legal fijado por el artículo 151 C.Civil.

11.4.- La renuncia anticipada a la legítima y a la herencia.

Abordamos ahora el tratamiento legal de la renuncia en el ámbito sucesorio, como reflejo de los derechos subjetivos de origen familiar, lo que nos lleva al análisis de los preceptos legales referidos a la renuncia a la legítima y, en menor medida, a los presupuestos de la delación hereditaria y la transmisión del *ius delationis*. La particularidad de esa regulación, en comparación con la de los alimentos, es que dispone la (teórica) prohibición total y absoluta sobre derechos futuros como son las expectativas hereditarias de los futuros legitimarios o causahabientes, estando aún viva la persona del causante.

Tras el correspondiente estudio de los preceptos legales, llegamos a una conclusión muy clara, y es que no existe base legal para negar la licitud de la renuncia unilateral anticipada a la legítima o a la herencia en general.

Por el contrario, el origen histórico y la finalidad del art. 816 CC conduce a diferenciar netamente los *pactos o acuerdos* donde se incluya una renuncia a la legítima futura, de los *actos puramente unilaterales* en los que el futuro legitimario decide excluir de antemano su derecho futuro a dicha legítima. Esto es la consecuencia de la correlación directa entre el art. 816 CC y el art. 1271 CC, sobre prohibición de pactos sobre la herencia futura, de modo que es en los pactos, y no en las manifestaciones de renuncia unilateral, en quienes piensa el legislador español a la hora de impedir la renuncia a la legítima futura. La razón básica sería, junto con otras posibles, el peligro de que exista una desventaja contractual del heredero legitimario frente al causante a la hora de pactar por anticipado esa renuncia a cambio de contraprestaciones menores.

Precisamente por eso, la prohibición alcanza a cualquier tipo de acuerdo entre causante y heredero futuros, ya sea uno de índole transaccional, que parece poco probable en la realidad, como se ha acreditado, a pesar de la dicción literal del art. 816 CC, ya sea uno en el que, sin existir disputa o litigio previo entre las partes, el sujeto con futuro derecho a legítima acepta la renuncia a la misma a cambio de un beneficio inmediato pero seguramente menor del que podría obtener. No puede perderse de vista además que el del art. 816 CC constituye un mandato prohibitivo que resulta en sí mismo muy dudoso, dado que existen múltiples Ordenamientos y Derechos donde el pacto entre futuro causante y futuros herederos, sean o no legitimarios, es posible, con más o menos alcance o limitaciones legales, y en ellos se protege la posición de los herederos únicamente a través de los remedios generales de la nulidad por vicios del consentimiento.

A ello hay que unir el que la prohibición debe ser entendida de forma restrictiva, ya que no alcanza ni a los pactos entre futuros legitimarios, ni entre éstos y terceros que no sean el causante futuro, tal como se desprende de la norma. Del mismo modo, no afecta a las renunciaciones, dentro o fuera de un pacto o contrato, a un derecho hereditario en el que aún

no se ha producido la delación o llamamiento concreto a la herencia, pero el causante ya ha fallecido. Resultaría de otro modo bastante incoherente acoger la licitud de la renuncia en estos unos casos, y no hacerlo en los de renuncia anterior a la muerte del causante.

En relación a las renunciaciones unilaterales, creemos que no existen motivos suficientemente relevantes para proteger al legitimario futuro (o al heredero futuro) frente a su propia decisión anticipada de renunciar a la legítima o herencia que le pudiera corresponder cuando el causante muera.

No hay razones de orden público, ni de orden constitucional, ni mucho menos de tutela de terceros afectados (quienes siempre lo serán indirectamente), para negar la posibilidad de anticipar la decisión del futuro llamado a una herencia, siendo además una alternativa muy razonable desde un punto de vista práctico, en cuanto ayudará a despejar algunas de las incertidumbres de la sucesión, y a acelerar su culminación final. A ello se añade el que la doctrina mayoritaria es proclive en general a la renuncia anticipada a derechos o expectativas futuras, no existiendo razones para dejar fuera a las renunciaciones a la legítima o la herencia futuras, al no haber un fundamento protector específico del sujeto renunciante.

El resto de argumentos, tradicionalmente empleados para defender esa irrenunciabilidad de la futura legítima, o de la futura herencia, no son suficientemente fuertes como para impedir la conclusión de la libre renuncia a un futuro derecho hereditario, a través de un acto unilateral que la excluya.

Por una parte, el art. 991 CC, al que se recurre con frecuencia para apoyar esa irrenunciabilidad, constituye un precepto muy singular, que a la suma tendrá relevancia en materia de impugnabilidad de las aceptaciones hereditarias, o sobre todo, a nuestro juicio, a los efectos de fijar las condiciones legales a partir de las cuales se va a iniciar el plazo legal para la aceptación o repudiación de una herencia, y por tanto, el plazo para el ejercicio de la acción de petición de herencia, pero en modo alguno para rechazar la renuncia anticipada a un derecho hereditario futuro.

Por otro lado, el art. 1006 CC, también utilizado para apoyar la posible ilicitud de las renunciaciones unilaterales anticipadas de la legítima o la herencia, constituye de nuevo una base muy remota a tal fin. Aparte de sus múltiples inconvenientes terminológicos, la referida norma tiene por objeto únicamente aclarar qué sucede cuando un sujeto llamado a una herencia muere antes de tomar una decisión sobre si la acepta o la repudia, pero no sirve para fundamentar una total y absoluta indisponibilidad del *ius delationis*, y mucho menos aún para apoyar la irrenunciabilidad del derecho.

Al respecto, debe recordarse que existen múltiples razones o circunstancias que justifican que un sujeto quiera, con plena consciencia de lo que hace, manifestar públicamente su intención de no querer recibir una determinada herencia futura, o una legítima futura respecto de un pariente al que no quiere heredar, o respecto de unos bienes que no quiere recibir.

En este sentido, siguiendo en buena medida a ALBALADEJO, creemos que no se puede tratar del mismo modo la aceptación que la renuncia o repudiación de la herencia. En la primera, es perfectamente razonable que, para poder ejercitarse debidamente, el sujeto tenga un concreto llamamiento, y pueda conocer con detalle el alcance de ese llamamiento y los bienes a los que pudiera afectar, de modo que no pueda material ni lógicamente tomar esa decisión de forma anticipada, con el suficiente fundamento, al poder variar aún el contenido del patrimonio final del causante, habida cuenta que la aceptación constituye uno de los presupuestos legales para ese modo de adquirir la propiedad y derechos reales que es la “sucesión testada e intestada” (art. 609 CC). En cambio, en la segunda, esto es, en caso de renuncia anticipada, la renuncia al derecho hereditario futuro, ya sea como renuncia anticipada al *ius delationis*, debe poder ser utilizada en cualquier momento, de modo que se pueda rechazar libremente a ese derecho futuro, tal como sucede con cualquier otro derecho que tenga o pueda tener un contenido patrimonial, en donde el titular debe tener en sus manos el poder de decidir qué quiere que entre, y qué no, en el propio patrimonio. Aquí, a diferencia de la aceptación, no hay un modo de adquirir ni tampoco un modo de extinguir derechos reales o de crédito (que aún no se tienen), sino un modo de controlar lo que accede al patrimonio personal, siendo muy distintas las motivaciones para ese rechazo o renuncia a la herencia futura, no pudiendo quedar limitadas o supeditadas en absoluto al previo conocimiento de la situación económica (final) de la herencia.

Por último, en cuanto los efectos de esa renuncia anticipada, a diferencia de lo que vimos sucede por ejemplo en el Derecho italiano, donde es posible reconsiderar la repudiación en determinadas circunstancias y por tanto es posible revocarla y optar por aceptar la herencia, no existe base para la revocabilidad de esa renuncia en el Derecho español. Por lo tanto, una vez hecha de forma fehaciente, y conocida por los terceros afectados por ella, aun cuando no se haga en forma notarial, será válida y eficaz, e impedirá a quien la realizó, una vez llegado el momento de la muerte del causante, echarse atrás y optar por la aceptación de la herencia⁵⁸⁶.

⁵⁸⁶ En caso de proceder a pesar de todo a aceptar, y de no tomar en consideración su manifestación de voluntad renunciatoria previa a la apertura de la sucesión, debería disponerse judicialmente, a instancia de los sujetos que heredarían en su lugar, la denegación de la legitimación activa (o pasiva) del renunciante en la defensa de su presunto derecho hereditario. Entre otros motivos, se basaría en que su pretensión chocaría frontalmente con una decisión previa de renuncia, perfectamente meditada y admitida públicamente, que no hay razón para reconsiderar. No estamos aquí ante un derecho fundamental, en el que sí cabría la revocación o la reversión de sus efectos al estado originario, ni tampoco ante una oferta contractual que podría retirarse antes de la aceptación, sino ante una manifestación de voluntad dirigida específicamente a producir ese efecto de autoexcluirse el renunciante como legitimado activo en el futuro frente a la herencia del causante.

11.5.- Conclusiones sobre la renuncia en el ámbito de la filiación, la patria potestad y las funciones tutelares y medidas de apoyo:

Nos queda finalmente por exponer las conclusiones finales de la renuncia en un ámbito tan delicado como la filiación, o en general, las potestades familiares o los cargos tutelares, añadiéndose además hoy día los prestadores de apoyo a la discapacidad, tras la Ley 8/2021, de 2 de junio. En este campo, la doctrina y cierta jurisprudencia, aun no existiendo norma específica que disponga la irrenunciabilidad, se ha pronunciado a favor de ella, como consecuencia del carácter deber de las funciones paternas o tutelares.

Sin embargo, sí que, respecto de la filiación misma, como base o presupuesto de la potestad paterna, existen preceptos legales en la legislación registral que admiten expresamente la posibilidad de renuncia, como los artículos 44 y 45 de la vigente Ley de Registro Civil. Ello obliga a un examen detenido del conjunto normativo y de la práctica jurisprudencial, para obtener las debidas conclusiones.

11.5.1.- Renuncia a la filiación y renuncia a la patria potestad:

En primer lugar, por lo que concierne a la filiación, con las modificaciones introducidas en el año 2015 en la normativa sobre Registro Civil, el legislador se hace eco, en los artículos 44 y 45 de la Ley del Registro Civil, de la posibilidad de renunciar a la filiación misma, por parte de la madre, una vez transcurridas las seis semanas posteriores al parto, y en cualquier momento ulterior por parte de ambos progenitores.

Ello nos lleva a pensar que nuestra legislación civil y registral en la materia es perfectamente consciente de que estos últimos pueden no hallarse en la situación adecuada para ocuparse del hijo, en cuyo interés prioritario han de tomarse las decisiones judicialmente, y al que hay necesariamente que atender para interpretar el alcance de las normas legales, y seguramente por eso reconoce de forma expresa la facultad de renuncia⁵⁸⁷. No se trata de un error o una inadecuada expresión del legislador, sino la constatación, ratificada en la práctica judicial y extrajudicial, de la frecuencia con que algunas madres (y también padres) deciden de forma voluntaria no ocuparse de sus hijos, “renunciando” a su filiación. Ciertamente, no será una renuncia como las examinadas anteriormente respecto de los derechos fundamentales o los alimentos o la legítima futura, sino una manifestación con efectos en buena medida modo abdicativos de las tareas asignadas legalmente, en tanto se cumplan unos presupuestos (básicamente, al concurrir de una manifestación expresa y seria, y la aprobación judicial más o menos explícita).

Resulta evidente, a la vista del conjunto de la regulación legal en la materia, que esa decisión no puede ser eficaz de forma inmediata, aunque sí sirve perfectamente para abrir la puerta a una tutela de los entes públicos y a una futura adopción del nacido, tomando

⁵⁸⁷ Sobre el principio del interés del menor o favor filii en el ámbito de la filiación, vid. las interesantes aportaciones de QUESADA GONZÁLEZ, M.C., *La determinación judicial de la filiación. Funciones de la posesión de estado cuando se determina y se prueba la filiación*, ed. Bosch, Barcelona, 2012, pag. 101 ss..

como punto de partida inequívoco una manifestación de voluntad de renuncia o abandono del hijo por parte de la madre (o del padre).

Lo anterior conduce a la posibilidad de dar entrada también a la renuncia a la patria potestad.

Al respecto, no se puede obviar que *la manifestación seria e inequívoca de no querer ejercer (o seguir ejerciendo) la patria potestad y de “renunciar” a ella*, que algunos progenitores efectúan en momentos posteriores al nacimiento del hijo o a la determinación de su filiación no matrimonial, o en situaciones de crisis matrimoniales, produce algunas consecuencias jurídicas prácticas, incluso automáticas, autorizadas por nuestro ordenamiento jurídico: la primordial es la de que, existiendo dos titulares de la misma, y renunciando uno de ellos, *automáticamente se producirá el efecto de asignar la totalidad de los poderes al otro progenitor (ex art. 156.V CC)*, incluso aunque éste haya tenido conocimiento previo de la intención de renunciar, e incluso aunque haya asentido o dado una suerte de “visto bueno” a esa decisión unilateral del otro.

Por otro lado, si pensamos en la finalidad última y primordial de la tutela de los intereses del menor, no debe excluirse sin más la eficacia real, mediata si se quiere, de la manifestación de voluntad del progenitor de renunciar a la patria potestad y de no querer ocuparse de su hijo, sobre la base de que el mantenimiento a la fuerza de esa potestad acabará perjudicando a la postre al hijo. En suma, el principio de prevalencia del interés del menor debe conducir a buscar siempre la mejor solución a sus intereses particulares, incluso en estas situaciones tan especiales. En consecuencia, resulta un tanto absurdo sostener de forma solemne que la patria potestad es irrenunciable, como afirma buena parte de la doctrina y alguna jurisprudencia, cuando esa renuncia, en tanto sea seria, y resulte confirmada por una conducta posterior de inactividad paterna, supondrá normalmente una carga de profundidad que no podrá obviarse en las relaciones entre padre/madre e hijo.

Así pues, la “renuncia” unilateral a la patria potestad funciona de manera efectiva, sólo que queda o puede quedar demorada en sus efectos, ya sea en su totalidad, ya sea sólo en algunos de ellos, a la espera de que se produzca una resolución judicial de privación de la patria potestad, o bien de la tramitación y resolución de un procedimiento de declaración de desamparo, o del subsiguiente procedimiento adoptivo, en el cual esa renuncia tendría relevancia a los efectos de excluir, de forma casi automática, la exigencia del asentimiento a la adopción por parte del progenitor renunciante (art. ex art. 177.2.2º CC)⁵⁸⁸.

No puede perderse de vista que, en la actualidad, la privación de la patria potestad se hace pivotar exclusivamente sobre el interés del menor. Por tanto, cualquier acto de renuncia

⁵⁸⁸ Cuestión distinta sería la validez del posible (y a veces usual) pacto renunciador otorgado por los dos progenitores, con la renuncia de uno de ellos a favor del otro (o de ambos a la vez), que lógicamente sería inválido en sí mismo y en sus concretas estipulaciones, por ser un pacto abiertamente lesivo a los intereses del hijo o hijos menores, además de serlo por carecer los padres de facultades representativas a tal fin (arg. ex art. 162 CC).

expresa o tácita al hijo o a sus funciones paternas, en tanto sea de relevancia, y no fruto de un acto aislado que pudiera ser inmediatamente reconsiderado mediante actos posteriores, deberá producir, más tarde o más temprano, los efectos jurídicos de pérdida o extinción de todo o parte de las funciones paternas, a pesar de que se proclame doctrinalmente, y también en múltiples sentencias, de forma rotunda y enfática, que la patria potestad es irrenunciable.

En cuanto a su eficacia, en principio demorada hasta que se produzca el correspondiente relevo por parte de quien se va a encargar del cuidado y asistencia del hijo menor a partir de la renuncia, no existe obstáculo para que, existiendo instituciones o entidades públicas encargadas del cuidado de los menores, su intervención sea inmediata y automática, si tras la renuncia se produce una situación de desamparo, supliendo así en buena medida los deberes paternos del renunciante o renunciantes, que cesarán de ser de hecho exigibles, en lo fundamental, por haber sido asumidos por las referidas entidades.

Debemos plantearnos igualmente la cuestión de si es viable renunciar a las *facultades* derivadas de la patria potestad (a todas o algunas de ellas), pero sin afectación de los *deberes*, tal como se ha presentado en algunas sentencias de los tribunales. Hay que señalar que los deberes inherentes a la patria potestad son siempre frente a los hijos, mientras que las facultades derivadas del art. 154 CC, se ejercen siempre frente a terceros, ya sean las Administraciones públicas o terceros particulares, pero también frente al otro progenitor, quien ostenta las mismas facultades. Es decir, no debe descartarse la posible eficacia jurídica parcial de una renuncia unilateral a alguna de las concretas facultades del art. 154 CC, por parte de uno de los progenitores, en cuanto, frente al otro, supondría una suerte de atribución automática de la totalidad de los poderes paternos en ese ámbito, y una concentración en el mismo de todas las facultades decisorias, aun cuando todavía no hubiera un pronunciamiento judicial (o no lo hubiera en el futuro).

Por otro lado, hay diversas modalidades posibles de renuncia, con uno u otro alcance, en función de lo querido en cada caso por el progenitor renunciante, y cuya eficacia estará condicionada a lo que resulte del interés preponderante del menor. Sin embargo, como excepción, existe un ámbito en el que la renuncia, total o parcial, a la patria potestad o algunas de sus facultades, entendemos que no debería tener eficacia, y *es en el ámbito de los alimentos*, donde es claro que hay una norma como el art. 110 CC que lo excluiría, a pesar de haber sido el progenitor privado de la patria potestad como consecuencia de un hipotético acto de renuncia a la misma.

Ello no obstante, en la medida en que sobrevenga la sustitución de funciones del progenitor por parte de la correspondiente entidad pública, o de los acogedores, o cuando el menor haya sido ya adoptado por otra familia, se producirá también el cese en esa obligación legal derivada de la patria potestad y de la filiación misma (en el último de los casos citados), por lo que no se puede negar que el acto de “renuncia” paterna *también puede producir efectos en este ámbito de los alimentos, cuando menos indirectos*.

Una vez más, el interés superior del menor puede llevar a hacer irrelevante (en todo o en parte) la proclamación de la tradicional irrenunciabilidad de las funciones paternas.

11.5.2.- Particularidades de la renuncia en el ámbito de los cargos tutelares y medidas de apoyo. Algunas conclusiones sobre la obligatoriedad de los cargos tutelares y las medidas de apoyo a la discapacidad:

Tras la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio, la primera consideración que se obtiene de ella en este ámbito es que un sistema como el actual, netamente liberal desde la perspectiva de la persona del discapacitado, que impone atender de forma absolutamente prioritaria a la voluntad y deseos de ese sujeto, *casa muy mal* con una regulación que imponga *forzosamente* la constitución o la continuación en el cargo de tutores de menores, pero muy especialmente casa aún menos respecto del cargo de prestador de apoyos a la discapacidad. No es razonable recurrir a un sistema muy volcado en la autonomía, dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del discapacitado, y a la vez privar al sujeto designado como tutor o prestador de apoyos de esa misma autonomía y libre desarrollo.

Como segunda conclusión, hay que insistir en que *debe desmitificarse la idea de la irrenunciabilidad de los cargos tutelares o medidas de apoyo*, en cuanto debe permitirse hacerlos depender de la voluntariedad del sujeto prestador de apoyos o del tutor de menores, máxime tras la reforma legal de 2021, que ha flexibilizado aún más la condición de estos cargos.

Salvo respecto de la tutela de menores, han mermado considerablemente las referencias legales a la obligatoriedad de los cargos desempeñados, y a las consecuencias derivadas de una decisión de no aceptarlos *ab initio*, o de desistir o renunciar sobrevenidamente a los mismos. La práctica judicial también da fe de la importancia de la voluntad, favorable o negadora, del designado judicialmente como tutor o prestador de apoyos, a la hora de tomar la decisión sobre el nombramiento, o sobre el cese del previamente designado.

Por otro lado, parece que en la base para la admisión de la posibilidad de renuncia al cargo, tanto originariamente como de forma sobrevenida, debe hallarse la importante consideración de que la imposición de este tipo de cargos, aun ordenados por un mandato legal (casi siempre inespecífico en su alcance último), *podría chocar frontalmente con los principios y derechos constitucionales del sujeto tutor o sobre todo del sujeto prestador de apoyos*.

Esos derechos del tutor o prestador de apoyos a la discapacidad se verán afectados en especial cuando su función sea extensa y amplia, con asistencia personal continuada, haya o no convivencia con la persona del discapacitado, o cuando se trate de una función representativa compleja o extensa, aunque no sea “plena” en los términos legales actuales. Si en esos casos se le impone por ley de forma genérica un deber jurídico de actuar, y no se le da la opción de no desempeñar el cargo, o de dejar de hacerlo de forma sobrevenida, cuando lo estime necesario, *puede ver mermado de forma sustancial su derecho a la libertad de elección vital, su intimidad personal y familiar, y en general su libre desarrollo de la personalidad*.

Esto es algo en lo que creemos que no han pensado en modo alguno ni el legislador de la antigua regulación de los cargos tutelares, procedente de la reforma del año 1983, ni tampoco el legislador de la actual Ley 8/2021.

Como consecuencia de lo anterior, establecer la voluntariedad de los cargos referidos, con especial referencia a las medidas de apoyo a los discapacitados, lleva a un enfoque de éstas *como vínculo entre discapacitado y prestador de apoyos en buena medida cercano a lo contractual o en general a lo negocial*. Ello sería en el sentido de acoger la idea, *más propia del mandato o el apoderamiento voluntario*, de que el sujeto apoderado o vinculado contractualmente con otro para desempeñar una actividad más o menos amplia en su propia esfera patrimonial o personal, *debe disponer en todo momento de la facultad unilateral de desistir o renunciar al cargo en cualquier momento y circunstancia, al tratarse de vínculos de confianza*. Sólo se podría establecer entonces una posible responsabilidad del prestador de apoyos renunciante, y por tanto una obligación de indemnizar posibles daños y perjuicios, cuando se produzca por parte del mismo un cese inopinado e imprevisto de las funciones asumidas.

En esta dirección, pesamos que ya no se puede mantener la obligatoriedad del cargo de tutor, o ahora de prestador de apoyos a discapacitados, por una hipotética razón de interés público, como antes se sostenía por algunos autores. Ni siquiera tampoco con base en una idea de derecho-deber, que es más propia de la patria potestad de los padres respecto de sus hijos menores.

Por lo tanto, la patria potestad, tal como es concebida en nuestra Constitución (art. 39.3 CE) y nuestro vigente Código civil, *debería quedar separada netamente de los cargos tutelares y las medidas de apoyo*, en los cuales debe resplandecer la voluntad del sujeto designado para el cargo, como forma de satisfacer mejor, y a la vez, el interés del menor o discapacitado.

La razón última es que, por encima de este hipotético interés, debe situarse el derecho de todo sujeto (aquí el propuesto o designado como cargo tutelar o prestador de apoyos) a su libertad (art. 17 CE), a su intimidad (art. 18 CE) y a su libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Estos derechos y principios constitucionales se deben anteponer a cualquier norma que, de forma muy inespecífica, como la de los antiguos arts. 216 y 217 CC, calificaban los cargos tutelares como deberes legales, pero no establecían –ni establecen tras la Ley 8/2021– cuándo y hasta qué punto estaban obligados, ni si podían serlo de por vida o de forma indefinida, ni si la pérdida de interés o la falta de voluntad para continuar por parte del sujeto podía impedir un cese o renuncia al cargo, en tanto se produjera la subsiguiente confirmación formal por parte de la autoridad judicial.

La *única excepción* admisible al respecto, sería en su caso, la de aquellos *casos en que el tutor o el prestador o prestadores de apoyo fuesen los propios padres del discapacitado o del menor*, como todavía puede suceder tras la reforma legal de 2021, en los cuales podría mantenerse la existencia de ese “deber” de actuar, por cuanto *existiría una vinculación directa con el mandato contenido en el citado artículo 39.3 de la Constitución*, entendido como supuesto específico de imposición legal a dichos padres de

prestar asistencia a sus hijos más allá de la mayoría de edad. Eso sólo sería aplicable a estas personas, ni siquiera sería extensible a otros parientes, aun cercanos.

Ello debe complementarse con la necesidad de reforzar legalmente, y también económica y jurídicamente, la muy importante labor sustitutoria o supletoria que tienen y van a tener en el futuro las entidades públicas (o también las privadas) a las que se tenga encomendada la función de asistir y apoyar a las personas con discapacidad, con el objetivo de cubrir las situaciones, previsiblemente cada vez más frecuentes en una sociedad como la actual, en que un sujeto propuesto como prestador de apoyos a un discapacitado, decida no aceptar el cargo, o decida, después de ser nombrado, no seguir desempeñándolo por afectar a su libertad y su libre desarrollo.

11.6.- Reflexiones finales sobre la renuncia de derechos en general:

Expuestas todas las conclusiones básicas derivadas de los distintos temas tratados en el presente trabajo, procede hacer algunas reflexiones finales sobre la renuncia de derechos en general, derivadas justamente de lo anterior.

Por lo pronto, podemos concluir de forma definitiva que el art. 6.2 CC no puede ser aplicable ni a las renunciaciones contenidas en contratos o negocios bilaterales o plurilaterales, ni tampoco a las típicas renunciaciones abdicativas de índole unilateral. Se confirma así la intuición de algunos autores que han considerado el citado precepto legal como en buena medida inútil para otorgar un régimen jurídico a las renunciaciones, y al mismo tiempo distorsionador, al generar una referencia que luego no se confirma en la práctica.

Así pues, la norma citada resulta inútil tanto en lo referente a los límites marcados en ella como en lo concerniente a los efectos derivados de la vulneración de los posibles límites.

- **En cuanto a los límites**, hemos comprobado cómo, tras el examen de la renuncia unilateral en el ámbito de los derechos fundamentales, donde resultan factibles todo tipo de actos de renuncia, salvo la pérdida o abandono pleno del derecho mismo, por razones obvias (aunque ello es incluso posible respecto del derecho a la vida mismo), la idea del orden público como posible límite a las renunciaciones unilaterales, entendido como concreta restricción a la decisión individual de no ejercitar un determinado derecho subjetivo no constitucional, pierde buena parte de su sentido.

No es coherente que se pueda renunciar a derechos fundamentales, y sean a la vez esos mismos DF, o los principios constitucionales que los presiden, los que sirvan de base a restricciones legales en otros derechos subjetivos por una hipotética razón de “orden público”.

Es cierto que el legislador ordinario podría ampliar su concepción de lo que sea orden público. Sin embargo, la justificación subyacente a esa posible ampliación legal no sería muy coherente, en el contraste o comparación con lo que sucede con la renuncia en los derechos fundamentales, donde no existen limitaciones relevantes por esa causa.

Nos queda básicamente la cuestión del perjuicio de terceros y su juego en las renunciaciones unilaterales. Aquí, tratándose de derechos de índole personal o familiar, es indudable que no tiene cabida un interés de terceros sujetos que pudiera anteponerse a la libre decisión del titular del derecho de elegir entre ejercitar o no ejercitar el mismo, renunciando a su ejercicio puntual o de forma definitiva.

Tan sólo en el supuesto del derecho de alimentos podría justificarse el mantenimiento de la limitación, básicamente por razón de la protección del Erario público, ante una renuncia a reclamar a los parientes obligados, aunque ya se vio cómo la introducción del IMV ha alterado de forma sustancial la justificación basada en la defensa del Estado o las Administraciones públicas.

Tratándose de derechos subjetivos de contenido patrimonial, puede ser razonable mantener el límite del perjuicio de terceros, pero sólo concretamente respecto de los acreedores del renunciante, también para las renunciaciones unilaterales, aunque con una eficacia limitada, en tanto concurren los presupuestos para ello. Sin embargo, eso no justifica la imposición de un límite general a la total eficacia de las renunciaciones, hasta el punto de recogerse como tal en texto legal, como hace el art. 6.2 CC, de manera completamente inapropiada; y mucho menos justifica una norma que disponga, en un ámbito específico, un mandato de irrenunciabilidad por parte del titular del derecho.

A este respecto, los acreedores, como sujetos especialmente protegidos frente a los actos de su deudor, disponen de mecanismos de tutela suficientes, como las acciones revocatorias por fraude de acreedores, las acciones subrogatorias en casos de inactividad, o las acciones de nulidad por simulación. Es innecesario dotarles de un mecanismo como la nulidad de pleno derecho de las renunciaciones, por el hecho de que pudieran resultar lesivas a estos terceros. En este sentido, los terceros acreedores no tienen ni deben tener la posibilidad formal de impedir la eficacia de las renunciaciones unilaterales, dado que ello supondría concederles una facultad *desorbitada* en relación a sus intereses, y supondría inmiscuirse o entrometerse —especialmente en las renunciaciones unilaterales— en un ámbito ajeno de libre decisión personal, como es el de decidir si se ejercita o no se ejercita un derecho, y en este último caso, decidir sacar del propio patrimonio ese derecho, mediante la renuncia expresa o tácita. No se olvide además que esos actos jurídicos de renuncia no aparecen incluidos, al menos no formalmente, dentro de los actos susceptibles de revocación o de subrogación conforme a los arts. 1111 y 12191 ss. CC, lo cual puede tener su justificación, incluso no consciente. Por lo tanto, la renuncia debe tener un ámbito de eficacia, sea cual sea la regulación legal, en cuanto afectaría o vincularía con eficacia al propio renunciante, a sus futuros herederos, y a cualesquiera otros sujetos no protegidos aunque afectados (pero siempre de forma indirecta, no directa).

No debe suceder lo mismo en aquellos casos en que la renuncia pudiera perjudicar a otro tipo de terceros, presuntamente también protegidos legalmente, como serían los legitimarios. A nuestro juicio, la tutela de estos sujetos frente a renunciaciones unilaterales de su causante, presenta nulo respaldo constitucional, y muy escaso respaldo legal. Incluso si pensamos, no ya en la renuncia a una herencia futura, sino incluso en el perjuicio

hipotéticamente causado a los legitimarios (básicamente, descendientes) como consecuencia de la repudiación a un llamamiento hereditario actual de su ascendiente, nuestro Código Civil ofrece base para ese rechazo. Baste pensar en cómo, por ejemplo, los arts. 923 y 924 y ss. CC, así como los arts. 761 y 857 CC, en materia de derecho de representación, o los arts. 983 ss. en materia de derecho de acrecer, autorizan y dan validez y plena eficacia a la renuncia efectuada por el llamado “jefe de la estirpe”, haciendo de ese modo inviable una posible acción de anulación de esa renuncia o repudiación, por parte de los legitimarios de éste último, tomando por base hipotética lo dispuesto en el art. 6.2 CC. Ello debe ser así tanto en vida de esa persona, como renunciante de su presunto *ius delationis* (actual o futuro), como también después de la muerte del mismo, al no haber tampoco base legal para considerar que esa renuncia constituya una suerte de “donación” o atribución gratuito en general, que pudiera dar lugar a su declaración como inoficioso por parte de sus legitimarios descendientes, por una presunta vulneración de su legítima.

La cuestión resulta mucho más clara en las *renuncias anticipadas a derechos futuros*, por cuanto en ellas ni hay terceros que puedan considerarse perjudicados, ya que no lo podrían ser en el momento de la renuncia, ni tampoco es razonable impedir a un sujeto tomar una decisión tan personal como decidir qué quiere y qué no quiere que entre en su patrimonio. Esto sirve tanto para los derechos personales como también los patrimoniales, para los derechos absolutos y también para los relativos⁵⁸⁹. Ya comprobamos más arriba cómo, en el modelo que representa la renuncia a la legítima futura, no deben entrar los supuestos de renunciaciones unilaterales anticipadas a la misma, al no existir motivos para proteger, ni a terceros hipotéticamente interesados o afectados, con un interés actual, ni tampoco una razón protectora del propio sujeto renunciante, quien debe tener siempre la libertad de decidir qué entra y qué no entra en el propio patrimonio.

- En cuanto a las consecuencias o efectos derivados de la vulneración de los hipotéticos límites, la norma del art. 6.2 CC parece remitir al régimen de nulidad de pleno derecho de las renunciaciones contrarias ya sea al orden público, ya sean perjudiciales para terceros, o contrarias a disposiciones legales que establezcan la irrenunciabilidad del concreto derecho subjetivo. Sin embargo, ese régimen de ineficacia resulta ser más fácilmente aplicable a las renunciaciones contenidas en contratos, por cuanto en estos supuestos se percibe bastante mejor el atentado contra el orden público, a través de la ilicitud de la causa o la ilicitud del objeto, o del condicionamiento de la voluntad de uno por la posición de superioridad, económica o de otro tipo, de la otra parte contratante.

⁵⁸⁹ En este sentido, habría también que replantear *de lege ferenda* la procedencia de un mandato legal como el del art. 1935 CC, sobre la renuncia anticipada a la prescripción, sobre todo cuando es efectuada a través de una renuncia unilateral, no a través de estipulación contractual.

En cambio, hemos podido comprobar cómo la nulidad no es la consecuencia más coherente en el caso de vulneración por una renuncia unilateral de alguno de los límites establecidos por razón de orden público o de prohibición legal de renunciaciones, por los motivos que sean. Esto que decimos no es sólo aplicable a renunciaciones a derechos de índole personal o familiar, sino también a derechos subjetivos patrimoniales, sean absolutos o relativos. Es más, en ellos es donde mejor se percibe esa conclusión, en cuanto que los preceptos legales antes citados, tales como los arts. 1111 CC o 1291 ss. CC, permiten fundamentar mucho mejor un régimen de ineficacia distinto al de la nulidad de pleno derecho, al propiciar la subsistencia del acto de renuncia, tal como resulta ser la voluntad del renunciante, pero dejándolo a lo sumo parcialmente ineficaz, sólo en la medida en que resulte lesivo al sujeto especialmente protegido, y éste así lo acredite formalmente en el procedimiento correspondiente. Esto es igualmente trasladable a los supuestos de irrenunciabilidad impuesta legalmente, cuando la renuncia vaya en perjuicio de terceros, que es lo que con frecuencia se halla en la base de ese mandato de irrenunciabilidad.

RESUMEN Y CONCLUSIONES EN ITALIANO

SINTESI

Lo scopo di questa tesi di dottorato è quello di analizzare, nell'ampio quadro dei diritti fondamentali e della loro influenza sui rapporti giuridici privati, la portata e i limiti della rinuncia unilaterale ai diritti fondamentali. Sebbene sia usuale affermare l'irrenunciabilità e l'indisponibilità dei diritti fondamentali, l'esame dei principi costituzionali e delle norme costituzionali applicabili ai diversi diritti fondamentali mostra che tutti i titolari di tali diritti hanno sempre a portata di mano, nell'esercizio della loro libertà di scelta fondamentale, la facoltà di non esercitare il diritto, in alternativa all'esercizio attivo dello stesso, di norma in caso di violazione da parte del terzo. All'interno di questa possibilità di non esercizio del diritto, si può e si deve includere l'opzione di rinunciare in un determinato caso o situazione, senza per questo rinunciare al diritto stesso, che è in linea di principio irrealizzabile, in quanto la titolarità è garantita a tutti i soggetti per tutta la loro vita. A seconda dello specifico diritto fondamentale, le dimissioni possono avere una portata minore o maggiore, essendo praticabili e legalmente possibili dimissioni parziali, come potrebbe accadere rispetto al diritto all'integrità fisica, e anche dimissioni totali, come accadrebbe con il diritto alla vita e l'uso dell'eutanasia, nel diritto spagnolo. Tale rinuncia puntuale, parziale o addirittura totale è limitata dal diritto di revoca del consenso, che deve ritenersi indiscriminato e senza restrizioni, proprio perché si tratta di diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, a prescindere dall'eventuale risarcimento dei danni cagionati a terzi da tale revoca.

In tal modo vanno messe in discussione le tradizionali concezioni contrarie alla possibilità di rinuncia in materia di diritti fondamentali, posto il fatto insindacabile che il titolare di tali diritti non è mai obbligato ad esercitarli attivamente o positivamente. Riserva la possibilità di non esercitarlo e di rinunciare sia espressamente che tacitamente.

Proprio per tutto ciò, dovrebbero essere a maggior ragione messe in discussione le norme giuridiche contenute nei codici e nelle leggi civili che stabiliscono l'eventuale irrenunciabilità dei diritti di natura familiare.

CONCLUSIONI

Dopo aver svolto questo lavoro, si possono trarre in sintesi le seguenti conclusioni:

1.- Occorre distinguere le rinunce unilaterali da quelle bilaterali o contenute in accordi o contratti, nonché le differenze tra rinunce a diritti di contenuto patrimoniale e rinunce a diritti di natura personale o personalissima.

2.- Ciò che differenzia le dimissioni unilaterali dalle dimissioni contenute in un contratto sarebbe:

a) In questi ultimi, le dimissioni si configurano come uno dei possibili oggetti del contratto stesso, mentre in quelli unilaterali, la dichiarazione di volontà individuale ha

solo lo scopo di abdicare o togliere un determinato diritto dall'ambito patrimoniale, a prescindere della destinazione che ha e del soggetto o dei soggetti beneficiari.

b) Negli accordi bilaterali che prevedono le dimissioni, la posizione delle parti, il loro equilibrio o squilibrio e l'eventuale lesione di principi costituzionali fondamentali come la dignità, l'uguaglianza giuridica e anche, soprattutto a nostro avviso, l'effettiva uguaglianza delle parti. Il principio del rispetto della dignità è un concetto ambiguo e difficile da precisare in un determinato rapporto bilaterale, soprattutto se vi è un'inequivocabile volontà del soggetto ipoteticamente rinunciatario di proseguire con gli effetti dell'accordo adottato.

Nelle dimissioni unilaterali, invece, non accade nulla di tutto ciò, non essendo necessario analizzare un eventuale squilibrio contrattuale o le cause che avrebbero potuto indurre un soggetto ipoteticamente più debole a dare il proprio assenso. Per questo, in quelle unilaterali, il gioco dell'autonomia della volontà acquista la sua massima espressione, poiché la decisione del soggetto è, di norma, del tutto libera. E questo in base al fatto che, essendo titolare di un diritto vigente (es. un diritto fondamentale, o di altro tipo), nessuno può obbligarti ad esercitarlo. Pertanto, l'imposizione di limiti o divieti giuridici alle dimissioni richiederà sempre una giustificazione straordinaria, assumendo generalmente un atto di paternalismo da parte del legislatore, che prevarrebbe sulla libera decisione del soggetto che dimette unilateralmente.

3.- I diritti fondamentali sono essenzialmente indisponibili, se per essi intendiamo la loro trasferibilità a terzi, in tutto o in parte. In esse, però, la rinuncia ha pieno posto, sia che si tratti di rinunce specifiche o di rinunce parziali e anche, eccezionalmente, di rinuncia totale, sostanzialmente applicabile al diritto alla vita (ma forse anche ad altri diritti fondamentali) . . Può anche essere possibile una rinuncia tacita, derivata da una continua omissione del titolare nei confronti dell'eventuale soggetto trasgressore.

4.- I limiti dell'art. 6.2 del codice civile sono inapplicabili ai diritti fondamentali, ove entrano in gioco altre considerazioni. In essi, non possono essere equiparati in termini di regime giuridico al resto dei diritti soggettivi. Il titolare del corrispondente diritto fondamentale ha o deve avere sempre a portata di mano, tra le diverse opzioni a sua disposizione, la facoltà di non esercitarle o di rinunciarvi, espressamente o tacitamente, proprio perché non vi è alcun mandato costituzionale che ne obblighi il suo positivo o attivo esercizio. Il concetto di ordine pubblico non ha rilevanza nel campo dei diritti fondamentali. Allo stesso modo, non è rilevante il riferimento al principio di dignità come possibile base o fondamento dell'irrenunciabilità di tutti (o di alcuni) diritti fondamentali, sempre in riferimento alla rinuncia unilaterale.

5.- Le rinunce ai diritti fondamentali, nelle loro diverse manifestazioni, sono essenzialmente revocabili dal titolare, proprio per la loro natura dei diritti fondamentali, espressione del principio generale del libero sviluppo della personalità. Tale eventuale revoca comporterà un legittimo ripensamento del titolare, e gli consentirà adesso di esercitare positivamente il diritto, nei termini desiderati, senza che il terzo o i terzi beneficiari non possano opporre nulla contro d'esso, in quanto sprovvisti di diritti ed interessi legali di ordine superiore più dignitoso.

6.- Deve escludersi che il limite derivante dal "contenuto essenziale" del diritto fondamentale possa comportare una possibile irrenunciabilità dello stesso, intendendo la rinuncia come atto unilaterale, e non bilaterale o negoziale, poiché nel unilaterale la possibile lesione di un altro diritto fondamentale di un altro soggetto, almeno non direttamente. Ciò in quanto la concezione del contenuto essenziale obbliga comunque a valutarlo in una situazione di conflitto di uno specifico diritto fondamentale con un altro della stessa natura, ovvero con un altro bene costituzionalmente tutelato. È evidente che consentire l'opzione tra l'esercizio o il non esercizio del diritto in una data situazione, e quindi la rinuncia all'uso, è integrato nel contenuto tipico di tutti i diritti fondamentali, qualunque essi siano.

7.- Per quanto riguarda la dottrina del Drittwirkung, tutta la dottrina nazionale ed europea sul Drittwirkung, cioè sull'effettività del DF nei rapporti privati, sia quella di chi difende l'effettività diretta che quella indiretta, finisce per concentrarsi sempre sugli accordi o rapporti giuridici bilaterali o multilaterali preesistenti, cioè dove ha il suo campo specifico di azione, compresi quei casi in cui, all'interno di un contratto o di un accordo, una delle parti si impegna a rinunciare a un diritto o a una facoltà opposta all'altra. Nelle rinunce unilaterali, dunque, non può esserci gioco o conflitto tra l'autonomia di un soggetto e il diritto fondamentale di un altro soggetto, che è ciò che sottende la questione del Drittwirkung, ma solo quello di un ipotetico conflitto di un soggetto con se stesso. Pertanto, non è possibile trovare un fondamento per questa restrizione ad atti di rinuncia unilaterali, con connotazioni paternalistiche, nella stessa Costituzione, poiché essa non ha previsto un unico mandato costituzionale di tutela di alcun diritto fondamentale nei confronti del suo titolare, in particolare, contro la decisione individuale dello stesso di non esercitarlo in un dato momento.

8.- Tutto quanto detto in precedenza circa la rinuncia ai diritti fondamentali porta a una nuova conclusione: non essendoci particolari impedimenti alla rinuncia a questi diritti di primo ordine, gli approcci del legislatore ordinario devono essere in gran parte messi in discussione nella disciplina di alcuni diritti nei rapporti personali o familiari, ove Lei possa manifestare la sua opposizione alla rinuncia degli stessi, stabilendo espressamente o tacitamente norme giuridiche di irrenunciabilità.

BIBLIOGRAFÍA:

ALÁEZ CORRAL, B., en *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978* (Bastida Freijedo, Villaverde Menéndez, Requejo Rodríguez, Presno Linera, Aláez Corral y Fernández Sarasola), Ed. Tecnos, Madrid, 2004

ALBALADEJO, *Derecho Civil. V. Derecho de Sucesiones. Vol. Primero parte General*, Barcelona, 1979

ALFARO AGUILA.-REAL, J., “Autonomía de la voluntad y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, año 1993 vol 1

AMATO, V., “Gli alimenti” en *Trattato di Diritto Privato (Dir. Da P.Rescigno)*, 4, *Personae e Famiglia III*, Ed. UTET, Torino, 1982

ANDERSON, M., *Código Civil Comentado*, vol. III, 2ª edic., Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016

ARROYO I AMAYUELAS, E., en *Comentarios al Código Civil* (Dir. A. Domínguez Luelmo), ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.

ARZOZ SANTISTEBAN, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2014

ASÚA *Código Civil Comentado* (Dir. Cañizares, de Pablo, Orduña y Valpuesta) 2ª edic. Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016

AULETTA, T.A., *Alimenti e solidarietà familiare*, Ed. Giuffrè editore, Milano, 1984

AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Ed. Civitas, Madrid, 1997

AZZARITI, G., “La rinunzia all’eredità”, en *Trattato di Diritto Privato (dir. P.Rescigno)*, 5. Successioni-I, UTET, Torino, 1982.

BALAGUER CALLEJÓN Y CAMARA VILLAR, y OTROS, *Manual de Derecho Constitucional, Vol. II, Derechos y libertades fundamentales, deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales*, ed. Tecnos, 5ª edic., Madrid, 2010

BALDASSARRE. A., *Diritti della persona e valori costituzionali*. Ed. G. Giappichelli, Torino, 1997

BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Ed. Scientifica, Napoli, 2015

BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996

BARRIO GALLARDO, A., “Los límites a la autonomía de la voluntad en el derecho de familia”, en el vol. *Autonomía privada y límites a su libre ejercicio (Dir. M^a A. Parra Lucán)*, Ed. Comares, Granada, 2016

BASTIDA FREIJEDO, F.J., *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978 (Bastida Freijedo, Villaverde Menéndez, Requejo Rodríguez, Presno Linera, Aláez Corral y Fernández Sarasola)*, Ed. Tecnos, Madrid, 2004

BATTEUR, A., *Droit des personnes et de la famille*; Ed. LGDJ, Paris, 1998

BELLANTONI, D., *Lesione dei diritti della persona. Tutela penale - Tutela civile e Risarcimento del danno*, Ed. CEDAM, Padova, 2000

BIDART CAMPOS, G.J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, 1995

BILBAO UBILLOS, J.M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997

BLANCAS BUSTAMANTE, C., *Derechos fundamentales de la persona y relaciones de trabajo*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 2009

BLASCO GASCÓ, F.de P., “Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen”, en el libro *Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Univ. de Murcia, 2008

BLECKMANN, “Probleme des Grundrechtsverzichts”, *Juristen Zeitung*, 1988, pag. 58.

BOCHINI y QUADRI, *Diritto Privato*, ed. Giapichelli, 2016

BOSCH CAPDEVILA, E., *Código Civil comentado, vol. II (Arts. 609 a 1087)*, 2^a edic., Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016

BOZZI, A. Voz “Rinunzia (Diritto Pubblico e Privato)”, *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Torino, 1968

BOZZI, Lucia, *La negoziabilità degli atti di renuncia*, Ed. Giuffrè, 2008

BRAGE CAMAZANO, *Los límites a los derechos fundamentales*, Ed. Dykinson S.L., Madrid 2004

BUTTURINI, D., *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordenamento costituzionale italiano ed europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009

BUSTOS PUECHE, J.E., *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997

CABANILLAS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), Tomo I. Artículos 1 a 7 del Código Civil*, Ed. EDERSA, 2ª edic., Madrid, 1992

CABEZUELO ARENAS, *Derecho a la intimidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998

CALAZA LÓPEZ, S., “La justicia civil indisponible en la encrucijada: la asincronía entre la reforma sustantiva y procesal en la provisión judicial de apoyos a las personas con discapacidad”, *LA LEY Derecho de familia nº 31, julio-septiembre, La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La renuncia a los derechos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986

CANOSA USERA, R., *El derecho a la integridad personal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2006

CAPILLA RONCERO, F., *Código Civil comentado*, vol. II, Ed. Thomson Reuters, Madrid, 2011

CARBONNIER. J., *Droit civil. Introduction*, 27ª edic., ed. Thémis, Paris, 2002

CARBONNIER, J., *Droit Civil 1/ Les personnes. Personalité, incapacités, personnes morales*, Ed. PUF, 21 edic., Paris, 2000

CARRASCO ANDINO, M. del M., *El comercio de órganos humanos para trasplantes. Análisis penal*, Ed. Tirant monografías, Valencia, 2015

CARRASCO PERERA, A.F., *Comentarios al Código Civil (Dir. R. Bercovitz)*, Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

CARRASCO PERERA, A., *Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad (Dir. A. Carrasco)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996

CASTÁN VÁZQUEZ, J.Mª, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, tomo I, Madrid, 1991

CASTILLO MARTÍNEZ, C.del C, *La privación de la patria potestad. Criterios legales, doctrinales y judiciales*, Ed. La Ley, 2ª edic., Móstoles, 2010/1996

CATERINA, R., *Le persone fisiche*, Ed. Giapichelli, 2016

COBACHO, *La deuda alimenticia*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1990

COLAIANNI, N., “La causa di giustificazione dell’aiuto al suicidio (*rectius*: dell’assistenza nel morire)”, *Eutanasia e fine vita, Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, Fascicolo 3, dicembre 2019, pag. 594 ss.

- CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *Honor, intimidad e imagen*, Ed. Bosch, Barcelona, 1996
- CONDE ORTIZ, C., *La protección de datos personales. Un derecho autónomo con base en los conceptos de intimidad y privacidad*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005
- CORERA IZU, M. “Eutanasia: comentarios a su ley Orgánica”, *Diario La Ley*, N° 9847, 11 mayo 2021
- COSTAS RODAL, L., *Comentarios al Código Civil (Dir. R.Bercovitz)*, Tomo V, Valencia, 2013.
- CREVILLÉN SÁNCHEZ, C., *Derechos de la personalidad. Honor, Intimidad Personal y Familiar y propia Imagen en la Jurisprudencia*, ed. *Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1994
- CRUZ VILLALÓN, P., “Derechos fundamentales y Derecho Privado”, en el libro *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 1999
- CURRERI, S., *Lezioni sui diritti fondamentali*, Collana di Diritto, Ed. Franco Angelli, 2018
- DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., *Manual de Protección de Datos para Abogados*, ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008
- DE AMUNÁTEGUI, C., *Comentarios del Código Civil (Dir. R. Bercovitz)*, tomo II, Valencia, 2013
- DE AMUNATEGUI RODRIGUEZ, C., “La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes”, dentro del libro *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia (Dir. J. Rams Albesa)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009
- DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C., “Obligación de alimentar a los hijos menores y la limitación temporal de la misma por aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 148 del Código Civil (Comentario al Auto del Tribunal Constitucional 301/2014, de 16 de diciembre)”, en *Derecho Privado y Constitución*, N° 29, Enero-diciembre 2015, pag. 11 ss.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C., *Derechos fundamentales y libertades públicas*, Ed. Tirant lo Blanch, valencia, 2003
- DE CASTRO, F., “Los bienes de la personalidad”, en *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1976, Reimpresión de la edición de 1972
- DE CUPIS, A., *I diritti della personalità*. en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por A. Cicu y F. Messineo, Ed. Giuffrè editore, Milano, 1982

DE LAMA AYMÁ, A., *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006

DE VEGA GARCÍA, P., “En torno al problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, en *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Ed. Tecnos, 1997, pag. 339 ss.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y SORIANO MARTINEZ, E., “El consentimiento como causa de exclusión de ilegitimidad de la intromisión”, en el volumen *El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista*, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011

DE VERDA Y BEAMONDE, J.R., *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007

DIAZ-AMBRONA BARDAJI, M.D., “El silencio en la teoría del negocio jurídico (Notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1990)”, en *Actualidad Civil*, 1991-3, pag. 667 ss.

DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos de derecho Civil Patrimonial, I. Introducción al Contrato*, 6ª edic., ed. Thomson Civitas, Madrid, 2012

DIEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1963

DIEZ-PICAZO, L. “Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, *A.D.C.*, enero-marzo 1982

DIEZ-PICAZO, L.Mª, *Sistema de derechos fundamentales*, 2ª edic, Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005

DÍEZ RIPOLLÉS, J.,L., “Eutanasia y Derecho”, en *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada* (D.Ripollés J.L. y Muñoz Sánchez, J. Coord). Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997

DI CARLO, L. *Diritti fondamentali tra teoria del discorso e prospettive istituzionalistiche*, Ed. Giuffrè, 2010.

DOMINGUEZ LUELMO, *Comentarios al Código Civil* (Dir. A. Domínguez Luelmo), ed. Lex Nova, Valladolid, 2010

ENCABO VERA, M.A., *Derechos de la personalidad*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2012

ESPADA MALLORQUÍN, S., “La adopción en el Derecho Civil común”, en el libro *Derecho de Familia* (Coord. Gema Díez-Picazo Giménez), Cizur Menor, 2012

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., en *Comentarios al Código Civil* (Dir. A. Domínguez Luelmo). Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010

FANOTO, L.; “Il diritto alla vita”, en *Diritti umani. Protezione internazionale e ordinamenti nazionali*, a cura di Luca Mezzetti e Caterina Drigo, Pacini Giuridica, 2021, pag. 4

FAYOS GARDÓ, A., *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000

FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Ed. Laterza, Bari, 2001

FERRI, L., *Rinunzia e rifiuto nel Diritto privato*, Giuffrè Editore, Milano, 1960

FLUME, W., *El negocio jurídico. Parte general del Derecho civil. Tomo segundo*, 4ª edición no modificada, traducción de J.Mª Miquel y E.Gómez calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998

FREIXES SANJUAN T. y REMOTTI CARBONELL, J.C., *El derecho a la libertad personal. Análisis de Constitución, Legislación, Tratados Internacionales y Jurisprudencia (Tribunal Europeo y Tribunal Constitucional)*, Ed. PPU, Barcelona, 1993

GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Vol. Primo, 3ª edición., Ed. CEDAM. Padova, 2015

GAMAZO CARRASCO, M.B., “Ley Orgánica 3/2021 de 24 de marzo reguladora de la eutanasia”, en *Diario La Ley*, Nº 9847, 11 mayo 2021

GARCIA-BERNARDO LANDETA, A., *La legítima en el Código Civil*, 2ª edición., Colegios Notariales de España, Madrid, 2006.

GARCIA CANTERO, G., *Código Civil Comentado* (Dir. Cañizares Laso/ de pablo Contreras, Orduña Moreno/Valpuesta), vol. 1, 2ª edición., Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

GARCIA GARCIA, C., *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Ed. Universidad de Murcia, 2003

GARCIA GARNICA, M.C., *Comentarios al Código Civil* (Dir. R. Bercovitz), tomo II, ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2013

GARCIA GARNICA, M.C., “El artículo 162 del CC: una regla especial de capacidad de obrar para el ejercicio de los derechos de la personalidad”, en el Libro *Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Univ. Murcia, 2008

GARCIA GOLDAR, M., “La impugnación de la aceptación de herencia por error (deuda sobrevenida): ¿un parche temporal o la solución al problema de la responsabilidad ultra vires?”, en *Actualidad Civil* nº 9 septiembre 2021

GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, M., “El consentimiento al tratamiento de datos personales”, dentro del volumen *Protección de datos personales*, Asociación de Profesores de derecho Civil, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020

GARCIA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal (detención, privación y restricción de libertad)*, Ed. Tirant lo Blanch Universidad de Valencia, 1995

GARCIA RUBIO, M.P., *Comentarios al Código Civil (Dir. A. Domínguez Luelmo)*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010

GARCIA RUBIO, M.P., “[Los derechos de la personalidad](#)”, en [Tratado de derecho de la persona física](#) / coord. por [Judith Solé Resina](#); [M.ª del Carmen Gete-Alonso Calera](#) (dir.), Vol. 2, 2013, págs. 600 ss.

GARCÍA SAN MIGUEL, “Sobre el paternalismo”, en *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución* (Coord. L. García San Miguel) Universidad de Alcalá, 1995

GARCÍA TORRES, J., y JIMÉNEZ-BLANCO, A., *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, ed. Civitas, Madrid, 1986

GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004

GETE-ALONSO, M.C., *Código Civil comentado (Dir. Cañizares/de Pablo/Orduña/Valpuesta)*, Vol. II, Madrid, 2013

GIL RODRÍGUEZ, J., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Ed. Tecnos, Madrid, Madrid, 1986

GODÉ, Pièrre, *Volonté et manifestations tacites*, Ed. Presse Universitaires de France, Paris, 1977

GOMEZ MONTORO, A.J., “¿De qué hablamos cuando hablamos de dignidad”, en *La Constitución de los españoles. Estudios en homenaje a Juan José Solozábal Echavarría*, Ed. CEPC, Madrid, 2019

GOMEZ SANCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, ed. Marcial Pons, Madrid, 199

GUASTINI, R., “Tre problema di definizione”, en *Diritti fondamentali (Luigi Ferrajoli)*, Ed. Laterza, Bari, 2001

GULLÓN BALLESTEROS, A., “En torno a los llamados contratos en daño de tercero”, *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1958, pag. 111 ss..

GULLON, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, Tomo I, Madrid, 1991

- GULLÓN, *Comentario del Código Civil* (coord.. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), vol. 1. Edit. Bosch., Barcelona, 2000
- HABERLE, P., *El Estado constitucional*, trad. De Héctor Fix-Hierro, Univ. Autónoma de México, México, 2001
- HAMMERMANN, en *ERMAN Bürgerliches Gesetzbuch II*. 14ª edic. actualizada, Köln, 2014
- HUFEN, f., *Staatrecht II. Grundrechte*, 4ª edic. 2014, & 42.
- HUMMEL, T., *Dogmatik* (material docente en internet).
- HERNANDEZ VALDEOLMILLOS, “La transmisión del ius delationis”, en *Libro Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo*, Vol. IV, Madrid, 1988
- HIGUERAS, I., *Valor comercial de la imagen. Aportaciones del right of publicity estadounidense al derecho a la propia imagen*, Ed. EUNSA, Pamplona, 2001
- JARAMILLO JARAMILLO, C.I., *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, Ed. La Ley, Madrid, 2014.
- JORDANO FRAGA, F., *La sucesión en el “ius delationis”*. Una contribución al estudio de la adquisición sucesoria “mortis causa”, Ed. Civitas, Madrid, 1990
- JORDANO FRAGA, F., *El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria (art. 1.111 Cc.) (Ensayo de formulación de los criterios generales para su delimitación)*, ed. Civitas, Madrid, 1996
- JEREZ DELGADO, C., *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999
- JIMENEZ-CASTELLANOS BALLESTEROS, I., *El derecho al olvido digital del pasado penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021
- JORI, “Aporie e problemi nella teoría dei diritti fondamentali”, en *Diritti fondamentali (Luigi Ferrajoli)*, Ed. Laterza, Bari, 2001
- KAUFMANN, a., “Del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali” Ed. Giappichelli, 2015
- KOHLER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Familienrecht (&& 1297-1921)*, München, 1978
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Ed. Civitas-Thomson-Reuters, Cizur menor, 2011 (Reimpresión de edición de 1963)

- LARENZ, K., *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch*, 7. Auflage, Ed. Beck, München, 1989
- LA TORRE, María Enza, *Abbandono e rinunzia liberatoria*, Ed. Dott A. Giuffrè, Milano, 199
- LEGERÉN MOLINA, A., *Código Civil Comentado* (Dir. Cañizares Laso/ del pablo Contreras, Orduña Moreno/Valpuesta), vol. 1, 2ª edic., Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.
- LINACERO DE LA FUENTE, M., *Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos. Procedimiento. Jurisdicción. Formularios*, 2ª edic. ; ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020
- LINACERO DE LA FUENTE, M.A., *Régimen patrimonial de la patria potestad*, Ed., Montecorvo, Madrid, 1990
- LOPEZ AGUILAR, J.F., *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990
- LOPEZ MESA, M. y ROGEL VIDE, C., *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*. Ed. Reus, Madrid, 2005.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A., *Derecho de Sucesiones* (Coord. F.Capilla-A.M. López-E.Roca.M.R.- Valpuesta- V.L. Montés), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992
- MACIOCE, F., voz “*Rinunzia. Dirittio Privato*”, en Enciclopedia del Diritto, tomo XL (Rest-Riun), ed. Giuffrè, Milano, 1989
- MAGRO SERVET, v., “Tabla de plazos y acciones en la actuación médica ante la eutanasia (Ley orgánica 2/2021, de 24 de marzo)”, en *Diario La Ley*, Nº 9857, 25 mayo 2021
- MANIACI, G., *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli editore, 2012
- MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código Civil español*, Tomo I, Ed. Reus, Madrid, 1956
- MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, tomo VI, vol. I, octava edic. puesta al día por M. Calcerrada, Madrid, 1973
- MANRESA NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, Tomo VII, Séptima edic., Madrid, 1955
- MARIN GARCIA DE LEONARDO, T., *Régimen jurídico de alimentos de hijos mayores de edad*, Ed. Tirant lo Blanch Univ. Valencia, 1999
- MARÍN LÓPEZ, P., “La renuncia al beneficio de la ley en el derecho civil”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 2, 1962

MARTÍN FUSTER, J.M., *La apreciación de oficio de la nulidad. La protección de los consumidores y otros supuestos prácticos*, ed. Atelier, Barcelona, 2021

MARTÍNEZ-PUJALTE, A.L., “Los derechos humanos como derechos inalienables”, en el volumen *Derechos Humanos (Ed. Jesús Ballesteros)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1992

MARTINEZ RODRIGUEZ, N. “Últimas tendencias en derecho de alimentos”, en *Nuevos conflictos del Derecho de familia* (Coord. E. Llamas Pombo), Ed. La Ley, Getafe, 2009

MARTINEZ RODRÍGUEZ, N., *La obligación legal de alimentos entre parientes*, Ed. La Ley, Madrid, 2002

MAURIN, L., “La conciliazione ragionata tra diritti fondamentali e il contratto privato”, en *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali (A cura di Guido alpa e Giuseppe Conte)*, pag. 279 ss.

MESSIA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., “La inadmisión de la renuncia de los padres a la patria potestad y las medida de apoyo a las familias de menores con problemas de conducta”, *Revista de Derecho de Familia*, Nº 89, Octubre-diciembre 2020

MESSINEO, D., *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Giappichelli Editore, 2012

MEZZETTI, L., “Il diritto alla libertà e sicurezza personale. Habeas corpus”, en *DIRITTI UMANI. Protezione internazionale e ordinamenti nazionali. a cura di Luca Mezzetti e Caterina Drigo*, Pacini Giuridica, 2021

MIGUEL TRAVIESAS, M., “La renuncia” , en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1929, pag. 560 ss.

MONTÉS PENADÉS, V.L., en *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona (Coord. Francisco Blasco)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

MONTÉS PENADÉS, V.L., “El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana”, en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Mundial Vasco*, ed. Trivium, Madrid, 1988

MORENO-TORRES HERRERA, M.L., *Estudios sobre el deber de alimentos*, Ed. Reus, Madrid, 2021.

MORENO-TORRES HERRERA, M.L., *Las obligaciones de mantenimiento entre familiares*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013

MORENO-TORRES HERRERA, M.L., “Reflexiones sobre el deber de auxilio económico entre familiares”, Ponencia presentada con el mismo título en el Congreso internacional “*La protección de las personas mayores: apoyo familiar y prestaciones*”

sociales”, organizado por IDADFE y celebrado en Córdoba los días 7 a 9 de octubre de 2009

MORO, P. *I diritti indisponibili*, Giappichelli editore, 2002

MUÑOZ ARNAU, J.A., *Los Límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional español*, Ed. Aranzadi, Elcano, 1998

MUÑOZ ARNAU, J.A., *Algunas cuestiones sobre el desarrollo de la Constitución Española de 1978*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2014

MUÑOZ DE DIOS SAEZ, L.F., “Madre que renuncia a su hijo en el momento del parto”, *El Notario del Siglo XXI*, 2016, nº 65

NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites a los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, la buena fe*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000

NAVARETTA, E., *Costituzione, Europa e Diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Giappichelli Editore, 2018

NICOLÁS JIMÉNEZ, P., “Toma de decisiones al final de la vida: situación actual y perspectivas de futuro en el derecho español”, en *Diario La Ley*, Nº 9756, 7 diciembre 2020

NIPPERDEY, “Diritti fondamentali e diritto privato”, en *Diritti fondamentali e diritto privato nell'ordinamento sociale civile (AA.VV.)*, trad. De Pasquale Femia, Ed. Scientifica, Napoli, 2018

NOGUEIRA, H. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, 2003

NOVALES ALQUÉZAR, *Los deberes personales entre los cónyuges ayer y hoy*, Ed. Comares, Granada, 2007

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., “La renuncia a la legítima”, en *Libro Homenaje a Ramón María Roca Sastre*, vol. III. Madrid, 1976

O'CALLAGHAN, X., *Comentarios del Código civil. Ministerio de Justicia*, Tomo I, Madrid, 1991

OEHLING DE LOS REYES, A., “El concepto constitucional de dignidad de la persona: Forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 91, enero-abril 2011, pag. 135 ss.

OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Derecho a la vida”, en *Tratado de Derecho de la persona física* (Dtra. M.C. Gete-Alonso y Calera), Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013

OLIVETTI, M., *Diritti fondamentali*, Giappichelli editore, 2020.

ORDUÑA MORENO, F.J., *Código Civil Comentado (Dir. Cañizares, de Pablo, Orduña y Valpuesta)*, volumen III (Arts. 1088 a 1444), ed. Thomson Reuters, 2ª edic. Cizur Menor, 2016

ORTI VALLEJO, A., *Derecho a la intimidad e informática (Tutela de la persona por el uso de ficheros y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada)*, Ed. Comares, Granada, 1994

ORTÍZ FERNÁNDEZ, M., “La legalización de la eutanasia activa directa en España: la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia”, en *Diario La Ley*, N° 9830, 15 abril 2021

PADIAL BALBÁS, A. , *La obligación de alimentos entre parientes*, ed. Bosch, Barcelona, 1997

PANTALEÓN PRIETO, F., “Técnicas de reproducción asisida y Constitución”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 15, 1993, pag. 129 ss.

PANTALEÓN PRIETO, F., en el comentario al artículo 1902 CC, contenido en *Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia*, Tomo II, Madrid, 1991, pag. 1971 ss.

PAREJO GUZMÁN, *La eutanasia ¿un derecho?*, Ed. Aranzdi, Cizur menor, 2005

PASQUAU LIAÑO, M., *Nulidad y anulabilidad del contrato*, ed. Civitas, Madrid, 1994

PEREZ ALVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil (I). Vol. I. Derecho Privado y derechos subjetivos*, ed. Edisofer, Reimpresión de la 5ª edic., Madrid, 2016

PEREZ GALLEGO, R., “Eutanasia: la pendiente resbaladiza”, en *Diario La Ley*, N° 9623, 29 abril 2020

PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, 3ª edición revisada, ed. Schwerkpunkte, Heidelberg, 1987, pag. 40, Rn 160.

PINO, G., “Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problema”, en *Ragion pratica*, Fascicolo 1, giugno 2007

POLITI, F., *Libertà costituzionali e diritti fondamentali: Casi e materiali. Un itinerario giurisprudenziale*, G. Giappichelli, 2016

PROVERA, G., *Degli alimenti*, en *Commentario del Codice civile a cura di A. Scialoja e G. Branca*, Arts. 433-448, Bologna-Roma, 1972

QUESADA GONZÁLEZ, M.C., *La asistencia y otras instituciones de protección de las personas de avanzada edad en el Derecho catalán*, Ed. Reus, Madrid, 2019

QUESADA GONZÁLEZ, M.C., *La determinación judicial de la filiación. Funciones de la posesión de estado cuando se determina y se prueba la filiación*, ed. Bosch, Barcelona, 2012

QUESADA GONZÁLEZ, M.C., *Derecho de familia Vol. II. Diccionario práctico de Jurisprudencia*, ed. PPU, Barcelona, 1992

QUIÑONERO, E., *Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia (Coord. Antonio Salas Carceller) I.*, ed. SEPIN, Madrid, 2009

RAGEL SANCHEZ, L.F., *Comentarios al Código civil (Dir. R. Bercovitz)*, tomo IV, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

RAMON FERNANDEZ, F., “El derecho a la vida y el derecho a decidir sobre la vida: una perspectiva desde la actual regulación de la eutanasia en la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo”, en *Diario La Ley*, N° 9857, 25 mayo 2021

RANIERI, F., *Rinuncia tacita e Verwirkung: tutela dell'affidamento e decadenza da un diritto*, Padova, CEDAM, 1971

REBOLLO DELGADO, L., *Derechos fundamentales y protección de datos*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004

REINKEN, *Bamberger Roth Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3 && 1297-2385, 3° edic., München, 2012

RESCIGNO, G.U., *Corso di Diritto pubblico*, ED. Zanichelli, 2021

RIBOT IGUALADA, J., “El fundamento de la obligación legal de alimentos entre parientes”. *Anuario de Derecho Civil*. 1998

REY MARTÍNEZ, F., *Eutanasia y derechos fundamentales*, Ed. Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008

REY MARTINEZ, F., “El suicidio asistido en Italia: ¿un nuevo derecho?”, *TRC N° 46*, 2020

ROBLES LATORRE, P., “La renuncia al derecho de propiedad”, en *Derecho Privado y Constitución*, N° 27, enero-diciembre 2013, pag. 49 ss.

RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. “Consecuencias y consideraciones sobre el presunto carácter orgánico de la Ley de la Eutanasia”, en *Diario La Ley*, N° 9830, 15 abril 2021

ROGEL VIDE, C., *Renuncia y repudiación de la herencia en el Código Civil*, Ed. Reus, Zaragoza, 2011

ROGEL VIDE, C., *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Publicaciones real Colegio de España, Bolonia, 1985

- ROMEO CASABONA, C.M., *El nuevo régimen jurídico de los trasplantes de órganos y tejidos*, Ed. Comares, Granada, 2005
- ROSELLÓ MANZANO, R., *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*, ed. Reus, Madrid, 2011
- ROVIRA, A., *Autonomía Personal y Tratamiento Médico. Una aproximación Constitucional al Consentimiento Informado*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007
- ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen*, Ed. Colex, Madrid, 1987
- RUISANCHEZ CAPELASTEGUI, C., *La privación de la patria potestad*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006
- RUIZ-RICO ARIAS, M.D., “Nulidad de pleno derecho, transacción y novación. A propósito de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre validez de acuerdos transaccionales sobre cláusulas nulas”, *Actualidad Civil*, Nº 12, Diciembre 2020
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M., “El error en la transacción”, *Anuario de Derecho Civil*, Nº 3, 1991, pag. 1093 ss.
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M., *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio (Dir. Y. de Lucchi López-Tapia y A.J. Quesada Sánchez)*, Ed. Atelier, Barcelona, 2022
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M., *Los procesos de filiación. Cuestiones civiles y procesales derivadas de su aplicación en la práctica de los Tribunales (director)*, Ed. Tecnos, Madrid, 2019
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y GARCIA ALGUACIL, M.J., en *La representación legal de menores e incapaces*, Ed. Aranzadi, Cizur menor, 2004
- RUIZ-RICO RUIZ, J.M., *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, ed. Comares, Granada, 1989
- SANCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005
- SANCHEZ CID, I. *La repudiación de la herencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M-P., “Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de regulación de la Eutanasia”, *Actualidad Civil*, nº 7-8. Julio-agosto 2021
- SANCHO LÓPEZ, M., *Derecho al olvido y Big Data: dos realidades convergentes*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2020
- SANTOS MORÓN, M.J., *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000

SCHMIDT-HOLTMANN, *Wichtige Abgrenzungsfragen (material docente en internet)*, pag. 1 ss.

SCIANCELEPORE, G., *Situazione giuridiche disponibili e rinunzia*, Giappichelli editore, 2008

SCONAMIGLIO, *Commentario del Codice Civile a cura di A.Scialoja e G. Branca. Libro quarto: Obbligazioni art. 1321-1352. Contratti in generale*, Zanichelli Editore, Bologna-Roma, 1970

SERRANO FERNANDEZ, M., “Las instituciones tutelares”, en el libro *Derecho de familia (Coord. G. Díez-Picazo Giménez)* ed. Civitas, Madrid, 2012.

SERRANO FERNANDEZ, M., en *Comentarios al Código Civil (Dir. A. Domínguez Luelmo)*, ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M., *La eutanasia*, Tribuna Siglo XXI, 2007

SIEGMANN/HÖGGER, en *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3. §§ 1297-2385, 3.Auflage, München, 2012

SILVA GUTIÉRREZ, G. de, *Derechos fundamentales y derechos humanos*, ed. Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2021

SOLÉ RESINA, J., “Apoyos informales o no formalizados al ejercicio de la capacidad jurídica y la guarda de hecho”, *LA LEY Derecho de familia nº 31, julio-septiembre, La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico*.

STOLFI, “In tema di revocabilità della rinunzia”, *Foro italiano*, 1933, I, pag. 758 ss.

STRADELLA, E., “Primi spunti per una definizione della “fondamentalità” del diritti nel diritto comparato”, en la obra *Cos'è un diritto fondamentale (a cura de V. Baldini)*, Ed. Scientifica, napoli, 2017

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., “La dignidad humana y sus consecuencias normativas en la argumentación jurídica: ¿un concepto útil”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 102, septiembre-diciembre 2014, pag. 167 ss.

TUR FAÚNDEZ, M.N., *La Prohibición de Ir contra los Actos Propios y el Retraso Desleal*, Cuadernos de Aranzadi Civil, Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011

VALPUESTA FERNANDEZ, M.R., “El Derecho de familia”, dentro de la obra *Derecho de familia (Coord. Gema Díez-Picazo Giménez)*, Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012

- VALLE, L., *Il contratto e la Realizzazione del Diritti della Persona*, Ed. Giappichelli, 2020
- VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (Dir. Por M. Albaladejo)*, Tomo XI (arts. 806 a 857 del Código Civil), Madrid, 1982
- VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios del Código Civil. Ministerio de Justicia*, Tomo I. Madrid, 1991
- VEIGA COPO, A., *Comentarios al Código Civil (Dir. R. Bercovitz)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- VENDRELL CERVANTES, C., *El Mercado de los Derechos de Imagen*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014
- VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004
- VERDAGUER LOPEZ J., BERGAS JANÉ, M.A. y AMADO GUIRADO, J., *TODO Protección de datos*, Ed. CISS Grupo Wolters Kluwer, Valencia, 2009
- VAZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., “Las relaciones paterno-filiales. La patria potestad”, en el libro *Derecho de Familia (Coord. G. Díez-Picazo Giménez)*, Cizur Menor, 2012
- VERDERA SERVER, R., *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016
- VICENTE DOMINGO, E., *Manual de Derecho Civil (Dir. Eugenio Llamas Pombo). Vol. I. parte General de Derecho Civil. Derecho de la persona*, ed. Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2021
- VIDAL MARTÍNEZ, J., *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida (Coord. J. Vidal, J.I. Benítez Ortúzar y A.M. Vega Gutiérrez)*, Ed. Comares, Granada, 1998
- VISCONTI, A.C., “Biodiritto”, en *Diritti umani. Protezione internazionale e ordinamenti nazionali*, Pacini editore, 2021.
- VIDAL MARTINEZ, J., “Algunas notas jurídicas acerca de los bienes de la personalidad”, en el Libro *Bienes de la personalidad. XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Univ. Murcia, 2008
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., en *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978 (Bastida Freijedo, Villaverde Menéndez, Requejo Rodríguez, Presno Linera, Aláez Corral y Fernández Sarasola)*, Ed. Tecnos, Madrid, 2004

VOIRIN -GOUBEAUX, *Droit Civil. Tome 1. Introduction au Droit. Personnes. Famille. Personnes protégées. Biens. Obligations. Sûretés*, 38 edic., Issy-les-Moulienaux Cedex, 2018

VON MUNCH, I., en *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada* (Coord. Pablo Salvador Coderch), Ed. Civitas, Madrid, 1997

VON TUHR, A., *Derecho Civil. Volumen II, Los hechos jurídicos*, Ed. Marcial pons, (trad. De Tito Ravá), Madrid-Barcelona, 2005

ZUMAQUERO GIL, en *Código Civil comentado* (Dir. Cañizares Laso, De Pablo Contreras-Valpuesta), Vol.II (Arts. 609 a 1087), Ed. Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011