

PRESENTACIÓN

ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN¹

En 1986 *De la Cámara* señalaba que «hasta hace algunos años –no muchos– poner en relación estos dos conceptos, autonomía de la voluntad y derecho de familia, hubiese sonado a herejía jurídica. No sólo se consideraba que las normas reguladoras de las distintas instituciones familiares tenían carácter imperativo –al menos en su mayor parte– sino que incluso llegó a ponerse en duda si era posible encuadrar el derecho de familia dentro del derecho privado». En la actualidad no solo cabe confirmar las palabras anteriores, sino que la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares ha pasado a ser uno de los «temas estrella», tanto para el legislador como para el jurista nacional e internacional.

A día de hoy no cabe la menor duda ya del espíritu de democratización y privatización que han experimentado las relaciones familiares en los últimos años y la revolución que ello ha supuesto en el concepto de familia; si bien algunos de estos cambios que inciden en la esencia del Derecho de Familia tradicional no siempre han recibido una aceptación unánime a nivel jurídico, político y social: divorcio sin separación previa o sin alegación de causa legal justificativa, admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo, regulación de las parejas de hecho, pactos anticipados sobre los efectos económicos del divorcio, filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, cambio de sexo... Se ha apuntado, como causa primaria de la primacía de la autonomía de la voluntad en este ámbito, el reconocimiento en los textos de carácter constitucional e internacional tanto de ciertos valores esenciales (libertad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad) como de los derechos fundamentales de cada miembro de la familia en cuanto individuo. Tampoco puede obviarse el impacto que, a nivel europeo, han tenido las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El cambio del concepto de familia respecto al existente en los códigos civiles decimonónicos viene acompañado, sin duda, de ciertos factores socioeconómicos, siendo el principal la emancipación de la mujer

¹ Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid. Directora del Proyecto de Cooperación Interuniversitaria UAM-Santander con América Latina 2017-2018 “La libertad de autodeterminación en las relaciones familiares y sus límites como desafío del Derecho de Familia del siglo XXI en España y América Latina”.

y su acceso al mundo laboral, y de ciertos adelantos tecnológicos, en especial, en materia de técnicas de reproducción asistida.

El presente volumen está integrado por una significativa selección de las ponencias presentadas en el Congreso «Desafíos actuales de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares y sus límites», celebrado en las sedes de Posgrado y Pregrado de la Universidad Adolfo Ibáñez, respectivamente, en Santiago de Chile y Viñas los días 25 a 27 de septiembre de 2018. Dicho congreso se enmarca dentro de las actividades del Proyecto de Cooperación Interuniversitaria UAM-Santander con América Latina 2017-2018, que tengo el placer de dirigir, y que lleva por título «La libertad de autodeterminación en las relaciones familiares y sus límites como desafío del Derecho de Familia del siglo XXI en España y América Latina». En un anterior proyecto CEAL 2015-2016, «Presente y futuro de la Reproducción Asistida en el Derecho de Familia del siglo XXI en España y América Latina (especial referencia a Argentina, Chile y México). Aspectos jurídicos, sociales y éticos», que dirigió Pilar Benavente Moreda, tuvimos oportunidad de analizar algunas de las formas más amplias de manifestación de la autonomía de la voluntad de una persona —las relativas a las técnicas de reproducción asistida—, en las que la voluntad procreacional surge como una nueva fuente de determinación de la filiación. En el presente proyecto decidimos ampliar el estudio a otras formas de expresión de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia. Ahora bien, nuestro propósito no ha sido tratar de forma exhaustiva todas y cada una de las formas de expresión de dicha autonomía en el ámbito de la familia, sino seleccionar aquellas que hoy en día, tanto en la sociedad española como en las sociedades de los países de América Latina con los que compartimos el proyecto, son más debatidas y requieren de un mayor tratamiento jurídico.

Pero más importante incluso que individualizar las expresiones de la autonomía de la voluntad en los actuales ordenamientos es llevar a cabo un análisis de los posibles límites de dicha autonomía de la voluntad. La delimitación del ámbito de la autonomía constituye, en realidad, el reto básico al que se enfrenta hoy el Derecho de Familia. De hecho, debe buscarse un equilibrio razonable entre la necesaria intervención de los poderes públicos para la protección de ciertos intereses que forman parte del orden público constitucional y el respeto a la configuración de unas relaciones familiares fundamentadas en los principios de libertad y responsabilidad. En dichas relaciones puede partirse, a veces, de una situación fáctica de vulnerabilidad o desigualdad de uno de los miembros de la familia (por ejemplo, frecuente inferioridad económica de la mujer, o necesidad de tutela de los hijos menores de edad), de modo que la afirmación sin más de dicha autonomía puede generar ciertos abusos o implicar determinados riesgos. De ahí que hayan de buscarse fórmulas que, sin caer en el paternalismo, tengan en cuenta, a la vez que la libertad individual, la protección de la parte más débil o la solidaridad familiar. En este sentido se señala en el comentario al Preámbulo de los *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*, elaborados por la *Commission on European Family Law (CEFL)* y dirigidos a la armonización del Derecho de Familia europeo, que uno de los problemas más difíciles de solucionar,

por ejemplo, en el ámbito patrimonial son las tensiones que se originan entre la autonomía privada de los cónyuges y el deber de mutua solidaridad.

Tanto en las publicaciones científicas llevadas a cabo como en los diversos encuentros organizados en el marco del presente Proyecto CEAL, hemos intentado seguir una similar estructura, distinguiendo dos grandes esferas: las relaciones familiares horizontales (entre cónyuges y convivientes *more uxorio*) y las relaciones verticales (entre progenitores e hijos). Si bien es cierto que es preciso puntualizar que, en el presente volumen, al incluir un número significativo de ponencias del ya aludido Congreso Internacional celebrado el pasado mes de septiembre, hemos querido respetar el programa del mismo, añadiendo un último apartado relativo a otros retos específicos de progresiva autonomía de la voluntad de carácter individual; no restringido necesariamente, pues, a las relaciones familiares.

En las relaciones horizontales, y en relación con los cónyuges, en la fase de celebración del matrimonio la ampliación en ciertos ordenamientos de la libre decisión de contraerlo en favor de personas del mismo sexo, abre a la discusión, hoy candente en ordenamientos como el norteamericano, sobre la admisión de la poligamia. También de forma muy reciente el legislador español (Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015) ha optado por la desjudicialización del matrimonio, abriendo la posibilidad de elegir contraer matrimonio ante el Notario o ante el Letrado de la Administración de Justicia. En la etapa del desarrollo del matrimonio, junto a una largamente admitida estipulación capitular de los aspectos económicos por los cónyuges, continúa, sin embargo, en el momento actual el rechazo hacia la supresión o modulación por convenio del contenido de los deberes conyugales de naturaleza personal, alegándose que los mismos forman parte del orden público indisponible para los particulares. Y en relación con la última fase relativa a las crisis conyugales, junto a la ya permitida regulación de los aspectos patrimoniales en instrumentos como convenios reguladores y pactos de separación de hecho («pactos de separación amistosa»), irrumpe la figura de los pactos prematrimoniales o matrimoniales en los que, antes de que surja la crisis matrimonial y en previsión de la misma, los otorgantes acuerdan ciertas medidas.

Hoy por hoy este último tipo de pactos en previsión de crisis es una figura apenas tratada en Latinoamérica, habiéndose regulado de forma pionera en España en el artículo 231-20 del Libro 2.º del Código Civil de Cataluña, que se inspira a su vez en los *Principles of the Law of the Family Dissolution* elaborados en 2000 por la prestigiosa organización de abogados, jueces y académicos *American Law Institute*. Tales principios no poseen carácter normativo, pero constituyen una guía tanto para el legislador de los diferentes estados como para los tribunales en aras del desarrollo del derecho patrimonial de la familia. Siendo de dudosa constitucionalidad los pactos relativos a la libre vida futura de los cónyuges (esto es, aquellos que restringen el derecho a un nuevo matrimonio o relación afectiva, o el derecho a fijar libremente la residencia por uno de los ex cónyuges), más factibles parecen aquellos que regulan los aspectos económicos. No obstante, muy simplista se presenta la afirmación, sin más, de que los cónyuges pueden organizar libremente dichos aspectos económicos, debiendo exigirse que tales pactos se sometan a un cierto control, en especial cuando consisten

en la renuncia anticipada por la parte más débil, en el momento de la celebración, a todos los beneficios económicos que pudieran corresponderle en virtud de la normativa reguladora de la crisis matrimonial. Por último, la manifestación legal más reciente de expresión de la autonomía de la voluntad en relación con esta última etapa de la crisis conyugal, es la posibilidad de pactar el divorcio y la separación ante Notario y ante el Letrado de la Administración de Justicia, siempre que concurren determinadas circunstancias.

Respecto a las relaciones horizontales y los convivientes de hecho, de particular interés se plantea la cuestión del análisis de los distintos modelos de regulación de la pareja de hecho que pueden hallarse en los diferentes ordenamientos. Esto es, cómo juega y en qué medida la autonomía de la voluntad de los miembros de la pareja para la constitución y el régimen de su convivencia. Puede hablarse de tres posibles modelos, que casi nunca se encuentran en estado puro, muy bien descritos por Martín Casals («El derecho a la “convivencia anómica en pareja”: ¿Un nuevo derecho fundamental?», *InDret* 3/2013): El primer modelo es un modelo de regulación privada o contractual en el que la única regulación que se estima adecuada es la que surja de los acuerdos celebrados entre los convivientes. En este primer modelo se rechaza el marco legislativo; un ejemplo claro se encuentra en el artículo 515-8 del Código Civil francés, que regula el denominado concubinato. Un segundo modelo es el denominado por la doctrina modelo factual o puramente convivencial, que propone que a las parejas estables se les aplique un régimen predispuesto por el legislador, de carácter dispositivo, con el fin de respetar lo más posible la autonomía de la voluntad de la pareja. Está presente en el Código Civil de Cataluña (art. 234-5 y 6) y se permite que la pareja de hecho acuerde, si así lo quiere, la exclusión del régimen legal previsto (*opt-out agreement*). Por último, hay un tercer modelo (que recibe el nombre de pareja inscrita o formalizada en documento público) que tiene como punto de partida una declaración formal de los convivientes a favor de que a su relación se le aplique un régimen jurídico que el legislador ha previsto (*opt-in*). La mayoría de los preceptos legales tienen carácter dispositivo, pero otros, en cambio, son imperativos.

En segundo lugar, en las relaciones familiares verticales, esto es, entre progenitores e hijos, pueden plantearse dos tipos de problemas distintos. Un primer bloque de problemas hace referencia a que el ejercicio de la autonomía de la voluntad por los progenitores puede chocar con el principio del interés superior del menor e, incluso, llegar a ocasionar daños a los hijos nacidos que podrían ser fuente de responsabilidad. Es especialmente claro cuando aquellos ejercitan su libertad de procrear en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida. Así, en la fecundación *post mortem*, que permite el legislador español y que posibilita la inseminación artificial de la viuda tras el fallecimiento de su marido o compañero de hecho, a la que se objeta, desde ciertas posiciones doctrinales, la posible vulneración del artículo 39.3 CE 1978 al posibilitar el legislador el nacimiento de un niño sin la oportunidad real de que el progenitor fallecido pueda asistirle mediante el ejercicio de sus deberes paterno-filiales. El artículo 9 de la Ley española 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida se alinea así, admitiendo tal figura siempre que concurren

determinados requisitos, con la legislación británica *Human Fertilisation and Embriology Act* de 2008, frente a la prohibición de otras normativas próximas, como la francesa, la alemana o la italiana.

Muy debatido también en nuestras sociedades actuales es el tema de la gestación por sustitución, para muchos problemático, no solo a efectos prácticos de reconocimiento de la filiación del menor a favor de los comitentes españoles que llevan a cabo un contrato con la mujer gestante en el extranjero, sino también desde posiciones feministas cara a la posible mercantilización y lesión de la dignidad de ésta última. En la actualidad no parece existir el suficiente consenso jurídico, social y político para promulgar una ley que admita y regule la gestación por sustitución llevada a cabo en nuestro país, existiendo únicamente en este sentido la *Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación* presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos [Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 145.1, de 8.9.2017. Disponible en <http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF>]. Frente a ello sí hay ya algunos países de nuestro entorno jurídico que cuentan con una normativa reciente al respecto, como la ley portuguesa n.º 25/2016 de 22 de agosto (*Regula o acesso á gestação de substituição*), en vigor desde el 1 de septiembre de 2016 y que modifica la ley n.º 32 /2006 de 26 de julio de Procreación Médicamente Asistida.

El 1 de octubre de 2018 se ha hecho público un documento con una «Propuesta de Reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada», que es resultado del Grupo de Trabajo constituido por la Fundación Fide y la Fundación Garrigues desde abril de 2017 hasta febrero de 2018, formado por profesionales de diferente procedencia especialistas en la materia, así, juristas, médicos o académicos (tal documento en <https://www.fidefundacion.es/Inscripcion-de-relaciones-de-filiacion-constituidas-en-el-extranjero-mediante-gestacion-subrogada_a905.html>). La propuesta concreta, que tiene como eje central la tutela del interés superior del menor, prevé incorporar en la Ley de Registro Civil de 2011 el siguiente artículo 101:

«En el caso de la inscripción de títulos extranjeros que acrediten una relación de filiación constituida en el extranjero mediante gestación subrogada, la apreciación de la eventual contradicción con el orden público español deberá tener en cuenta necesariamente el respeto al interés superior del menor, tal y como éste aparece definido en los instrumentos europeos y convencionales en vigor en España».

Pero, como tras la elaboración del presente documento, ha existido una nueva ampliación de la *vacatio legis* de la Ley del Registro Civil de 2011, de modo que no entrará en vigor hasta el 30 de junio de 2020, el Grupo de Trabajo, en el que he participado, ha sugerido, o bien el adelanto de la entrada en vigor del nuevo artículo 101 de la Ley del Registro Civil de 2011, o bien la integración de la citada norma en la Ley de Cooperación

Jurídica Internacional en materia Civil y Mercantil, en concreto, dentro de la regulación de los títulos extranjeros en los Registros Públicos españoles. El carácter restringido de la Propuesta al proporcionar una solución solo para los casos de filiación constituidos en el extranjero mediante gestación subrogada es un reflejo fiel de la falta actual de suficiente consenso para la promulgación de una regulación normativa nacional que admita y delimite la gestación por subrogación en nuestro país.

El tema de la gestación por sustitución, en concreto, pone delante la intersección entre el Derecho de Familia y el Derecho de Contratos en un campo que, de modo tradicional, ha estado más allá de su alcance: el de la filiación. Sin duda constituye un reto a debatir la dificultad de traslación de los modelos contractuales al ámbito de las relaciones personales, reto que resulta más visible si se propone la contractualización de las relaciones reproductivas, donde la privatización puede implicar la desvalorización de los bienes y derechos implicados, así como un perjuicio a los intereses en juego, en especial al interés superior del menor.

Dentro del ejercicio de la libertad de procrear de los padres, surge como otra cuestión muy novedosa el denominado «bebé medicamento», que plantea la licitud de una posible selección por medio de las técnicas de reproducción asistida y diagnóstico genético preimplantacional de un preembrión HLA-compatible con un descendiente anterior de la pareja usuaria de las técnicas, que está afectado por una determinada enfermedad cuya cura pasa por encontrar un donante compatible. La instrumentalización del niño que se genera por esta vía, al tiempo del descarte del resto de preembriones que, aunque sanos, no son histocompatibles con el hermano enfermo ya nacido, son algunos de los problemas morales a los que se enfrenta esta elección de los progenitores y que permite plantear dónde se encuentra el límite al ejercicio de la autonomía de la voluntad. La respuesta desigual de los ordenamientos occidentales a esta cuestión, con admisión expresa en España, Francia, Dinamarca, Noruega y Reino Unido, permite poner en duda y plantear como cuestión relevante cuál puede ser su trascendencia en los países iberoamericanos.

El segundo bloque de problemas hace referencia al reconocimiento generalizado en todos los ordenamientos jurídicos de la autonomía progresiva del menor para tomar sus propias decisiones. La principal dificultad surge en las edades limítrofes en las que no es absolutamente claro que el menor tenga suficiente juicio para adoptar sus propias decisiones, aunque no de forma exclusiva. Interesante objeto de estudio surge en aquellos casos en los que los progenitores, que tienen el deber legal de proteger a los menores bajo su cuidado, pretenden ejercer el derecho a decidir. Sin carácter exhaustivo, cabe señalar los supuestos de los menores transexuales, donde además del problema de si los mismos quedan equiparados a los adultos en cuanto a la posibilidad de solicitar el cambio de sexo y la rectificación registral, se plantean problemas de responsabilidad civil frente a los padres cuando éstos optan por la expresión de un determinado sexo en el menor, que resulta posteriormente en conflicto con el sexo psicológico o sentido del niño.

De modo reciente la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de octubre de 2018, con olvido de que la DGRN no es competente para legislar, permite que, aun sin haberse cumplido las condiciones requeridas actualmente por el legislador (Ley 3/2007 de 15 de marzo reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas), los progenitores de los menores de edad, de modo conjunto, o bien sus tutores, puedan solicitar la inscripción del cambio de nombre del menor, que será admitida en el Registro Civil siempre que se cumpla el requisito de que los progenitores declaren, o bien ante el encargado del Registro Civil, o bien en documento público, que el menor siente como propio el sexo que se corresponda con el nombre solicitado de una manera clara e incontestable. En caso de que el menor tenga más de doce años también ha de firmar dicha petición. Y si es menor de tal edad siempre habrá de ser oído. Cuando se plantea la Instrucción los posibles daños que ciertos progenitores, poco conscientes, pudieran causar al menor al solicitar el cambio de nombre de éste de modo precipitado, se limita a señalar que la solución habría de pasar por el control de los servicios de protección de los menores que en su ámbito geográfico tengan competencia de actuación.

Por último, otras hipótesis igualmente debatidas en la actualidad, que se suman a la anterior de la identidad sexual de la minoría de edad, son los trasplantes de órganos y tejidos de menores, la interrupción voluntaria del embarazo en mujeres menores o las intervenciones médicas en que está en juego la vida o la salud del menor (como los conocidos casos de las transfusiones sanguíneas).

Además de expresar mi sincero agradecimiento a la Dirección de la RJUAM por posibilitar que parte del trabajo y del esfuerzo desarrollado por los miembros integrantes del Proyecto CEAL durante este periodo de tiempo pueda exteriorizarse a través de la publicación del presente monográfico, solo me resta manifestar el enorme placer que ha sido compartir con dichos investigadores la aventura de estos dieciocho meses, tanto con el equipo de la UAM (Pilar Benavente, Andrea Macía, Alicia González y María Moreno) como con el resto de equipos españoles (de las universidades Pompeu Fabra, Carlos III y La Laguna) y latinoamericanos (de las Universidades de Buenos Aires, Adolfo Ibáñez de Chile y Autónoma de Nuevo León en México).