

FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA



Conceptos multidimensionales del Derecho

Directores:

María Paz García Rubio
Josep Joan Moreso

Coordinador:

Ignacio Varela Castro

REUS
EDITORIAL



De Conflictu Legum
Grupo de Investigación

COLECCIÓN FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA

TÍTULOS PUBLICADOS

- Los defensores del pueblo en España**, *Fernando Luis de Andrés Alonso* (2017).
- Argumentación jurídica y ética de la virtud**, *Tasia Aránguez Sánchez* (2018).
- Administración pública y menores de edad: El sistema de protección a la luz de los informes de los defensores del pueblo**, *Beatriz González Moreno* (2018).
- Ius cogens*. La actualidad de un tópico jurídico clásico**, *Joaquín R. Argés* (2019).
- Menéndez Pelayo en el pensamiento jurídico contemporáneo**, *José Alberto Vallejo del Campo* (2019).
- El olvido de los derechos de la infancia en la violencia de género**, *Paula Reyes Cano* (2019).
- El presente de la Filosofía del Derecho**, *Milagros Otero Parga* (2020).
- Conceptos multidimensionales del Derecho**, *María Paz García Rubio y Josep Joan Moreso (Directores)* (2020).

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Directora: MILAGROS OTERO PARGA

Catedrática de Filosofía del Derecho

**CONCEPTOS MULTIDIMENSIONALES
DEL DERECHO**

Directores

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO
JOSEP JOAN MORESO

Coordinador

IGNACIO VARELA CASTRO



De Conflictu Legum
Grupo de Investigación

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2020

Este libro es resultado de las actividades del Grupo de Investigación De Conflictu Legum, beneficiario de una Ayuda de la Consellería de Educación, Universidad e Formación Profesional de la Xunta de Galicia, como Grupo de Referencia Competitiva para los años 2017-2020.

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Teléfonos: +34 91 521 36 19
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (2020)
ISBN: 978-84-290-2304-6
Depósito Legal: M-13135-2020
Diseño de portada: María Lapor
Impreso en España

Imprime: *Estilo Estugraf Impresores S.L.*

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

CONFESIONES PARA UN COLOQUIO

Si hablo de filosofía, temo hablar de lo que no sé. Arriesgado, pero inevitable si se pretende mostrar los fundamentos de lo que se cree saber. Los juristas, específicamente los profesores de Derecho, hacemos filosofía normalmente sin saberlo, como *monsieur Jordain* hablaba en prosa. Su prosa, como la nuestra, era manifiestamente mejorable; aunque podía pensar con razón, como nosotros, que era en sí tan digna como la poesía de los filósofos. Prosa, la nuestra, que podemos mejorar mediante el estudio de la filosofía: al menos, perfeccionar nuestra sintaxis y afinar nuestro vocabulario para expresarnos con mayor precisión como juristas. Sin palabra adecuada no hay concepto preciso.

Ya se entiende por esta confesión mía de ignorancia y ganas de aprender que mi acercamiento a la filosofía del derecho ha sido muy preferentemente a la filosofía analítica y al análisis del lenguaje. Es muy posible que el antiiusnaturalismo que creció en mí como anticuerpo frente a la invasión académica del iusnaturalismo católico legitimador del orden franquista, ya durante mis estudios de licenciatura, sea la explicación de los muchos años que he tardado en tomarme en serio a los catedráticos de Derecho natural y filosofía del Derecho. Claro que leí tempranamente y con atención a Elías Días (también a Legaz y Recasens), pero por más que me esforcé no di con unas enseñanzas que me fueran realmente útiles para estudiar, analizar, exponer, criticar, el Derecho civil al que vocacionalmente me dedicaba. Devoré con fruición y angustia el folleto de Juan Ramón Capella *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas* (1970) y quedé desolado. Me sentí desahuciado por los filósofos del Derecho nuevos y críticos con el franquismo y con el capitalismo, cuya obra me interesaba a pesar de que no terminaba de entenderla. No lo entendía del todo, pero sí me parecía entrever una actitud: el estudio del Derecho positivo para su aplicación eficaz en la sociedad, más aún si se trata de Derecho privado, no les parecía trabajo digno de un verdadero intelectual. Los “dogmáticos” (siempre me

pareció que esta palabra la utilizaban con retintín cuando se referían a los juristas de a pie) seríamos meros técnicos servidores del poder y el orden constituidos y nada científicos. Recíprocamente, a mí me parecía que los filósofos del Derecho se dedicaban a su asignatura precisamente porque no les gustaba el Derecho y contaban con no tener que estudiarlo en adelante, después de la frustración causada por su desencuentro en la licenciatura.

Sin duda es este uno de los malentendidos, digámoslo suavemente, más paralizantes en las relaciones entre iusprivatistas y filósofos del Derecho españoles, que se manifiesta en modos y grados distintos, pero siempre con un regusto a reproche recíproco: el Derecho privado y sus cultivadores no hacen otra cosa que contribuir acriticamente a la reproducción y perpetuación de un sistema de relaciones sociales injusto; los jusfilósofos no entienden el Derecho privado y acaso lo que ocurre es que no saben Derecho, ni les interesa.

Si nos ponemos serios, para sondear la profundidad del malentendido “debemos empezar por recordar algo especialmente duro y doloroso... Me refiero, naturalmente, al brutal exilio que determinó en Alemania y en España un empobrecimiento y un retraso de la reflexión filosófica y jurídica que tardaría décadas en ser superado” Son palabras de Laporta, al rendir homenaje a Elías Díaz y recordar su publicación decisiva de 1971¹ (Laporta continúa: “Quizás otras disciplinas jurídicas simulen que esto no fue tan decisivo, pero en la teoría y en la filosofía del derecho –y por consiguiente en nuestras concepciones del derecho– fue una catástrofe que se prolongó durante muchos años, y que en cierta medida tuvo efectos irreversibles. No estoy exagerando”. Los civilistas estamos entre quienes simulamos que guerra y exilio no fueron tan decisivos).

Hace poco encontré entre mis libros otra obra de Capella, *El Derecho como lenguaje* (1968). Hube de comprarlo, como el anterior, poco después de su publicación y, aunque lo había olvidado, a juzgar por los subrayados y notas debí de leerlo con atención. Su contenido enlaza con otras lecturas mías aún en la licenciatura, como *El conocimiento humano* de Bertrand Russell, entonces recién traducido en Taurus. Mi atención por el lenguaje del Derecho viene de lejos, aunque solo tardíamente conocí el libro de Carrió, *Notas sobre Derecho y lenguaje* (1ª ed. Buenos Aires 1965), mucho más cercano, fácil e interesante para civilistas españoles (que, en general, lo hemos ignorado, para nuestra mengua).

Eran los años finales del xx cuando, conversando una buena mañana con una querida colega sobre algún punto de dogmática, tras largo rato de pali-

¹ LAPORTA, F. J., “Elías Díaz y la teoría del derecho en España”, *RJUAM*, núm. 19, 2009-I, pp. 181-193.

que me salió decir, como excusa o explicación de mi incapacidad momentánea para expresar mis ideas más claramente, que me faltaban palabras. Me oí a mí mismo y más tarde reflexioné sobre ello: me faltaban palabras para calificar, clasificar, distinguir, definir. Redes bien construidas de palabras para capturar conceptos necesarios y huidizos.

Ese era mi ánimo cuando llegó a mis manos, no recuerdo cómo, *Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos* (1996), que estudié con aplicación y fruto. No me enseñó nada que no supiera de algún modo (o quizás sí, aunque no es lo más importante), pero desde entonces conozco mejor lo que de mucho antes tenía sabido, sé dar cuenta de ello con mayor eficacia y, mejor aún, tengo herramientas más afinadas para pensar, criticar, depurar, lo que sé.

Mi agradecimiento a sus autores no tendrá fin. Cuando en 2003 publiqué *Las normas derogadas* tomé una iniciativa que suponía insólita: enviar sendas separatas a Atienza y Ruiz Manero diciéndoles lo que de ellos había aprendido. Recordé haber visto hacer cosa similar a mi maestro Lacruz con un colega de historia. En él no me pareció extraño, así que me sentí animado por su ejemplo, aun a riesgo de infringir normas sagradas de la guerra de las áreas, esa guerra que contribuye a asolar a todas por defender a cada una sin beneficio de nadie.

Me invitaron a su seminario de los jueves, defendí una ponencia, debatimos. Superé la prueba. A los colegas de Alicante les importaba mucho el diálogo con los “dogmáticos”, al tiempo que sus ideas contribuían a multiplicar y afinar las mías. Continuamos los contactos académicos, luego ampliados a colegas como J. J. Moreso, J. A. García Amado o Jordi Ferrer.

Cercana mi jubilación (2014), Manuel Atienza me volvió a insinuar, no era la primera vez, que estaría bien una convocatoria a civilistas y iusfilósofos para reunirnos y hablar de Derecho civil y filosofía. Pensé que estaba en mi mano hacer algo en mi facultad y le propuse un tema general sobre el que escribimos y quizás enseñamos en las aulas tanto unos como otros: “La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento”. Convocamos efectivamente el *Coloquio en Zaragoza*, acudieron los colegas, presentaron ponencias, debatimos, comprobamos que nuestras fuentes de conocimiento son muchas veces distintas, que apenas nos leemos unos a otros y que ganaríamos todos si mejoramos nuestra comunicación. Publicamos ponencias y comunicaciones en un monográfico de *Teoría & Derecho* (18/2015).

“Institucionalización débil”, creo que fueron las sabias palabras de Atienza cuando deliberamos sobre cómo continuar nuestro acercamiento. Dos colegas presentes se ofrecieron a convocar el *Segundo Coloquio* en León y así lo hicieron Juan Antonio García Amado y María Pilar Gutiérrez. Fueron distintas, y más numerosas, las personas que acudieron por ambas partes, si

de partes hemos de hablar. También creció el volumen de la publicación subsiguiente: *La responsabilidad civil por daños en las relaciones familiares* (Bosch, Wolters Kluwer, 2017).

Este prólogo o delantal precede a las ponencias y comunicaciones de un *Tercer Coloquio* que convocaron en Santiago de Compostela María Paz García Rubio y J. J. Moreso. Ambos dan cuenta luego de lo que ello fue. Para mí, significa la consolidación de una trayectoria que ya tiene vida propia y para rato. En este Coloquio surgieron ofrecimientos para organizar el Cuarto y el Quinto.

Unos Coloquios que pretenden contribuir a unas relaciones cada vez más estrechas entre los filósofos del Derecho y los civilistas españoles en nuestros respectivos campos de trabajo. ¿Para hacer civilistas-filósofos o filósofos-civilistas, todos uno y lo mismo? No es mi idea (en *Retos de la dogmática civil española* [2011] concreto más, en particular pp. 47-53). Mejor cada uno a lo suyo. Cómo harán mejor lo suyo los filósofos, no me atreveré a decirlo. Sí que a los “dogmáticos” nos conviene que no dejen de cultivar la teoría general, acercándonos, si es el caso, ideas y debates de contextos intelectuales que pueden ser lejanos para nosotros; pero nos importa igualmente poder contar con una filosofía moral y política construida en nuestro propio ambiente cultural.

En cuanto a los civilistas, me permitirán que concluya con una cita de una *Metodología de la ciencia del Derecho*, obra de uno de nuestros antepasados académicos, catedrático de Derecho civil en Valencia, Fernando de León y Olarieta, que con palabras de 1877 viene a decir, en lo que empezó siendo su “memoria de cátedra”, lo que en tantas otras posteriores podemos leer con las variantes de autor y época: “Los estudios a que principalmente debe dedicarse el que se consagra al de la Jurisprudencia han de ser el Derecho constituido, la Historia y la Filosofía: y como que el medio de que se ha de valer para la defensa de los intereses que le están encomendados es el lenguaje, y este expresa la ideas, de aquí también la importancia de que se dedique a todos los estudios lingüísticos y literarios que puedan contribuir a que consiga dominarle por completo”. La filosofía, con la historia y el estudio de la lengua, han sido siempre fundamentales para el civilista. Hoy añadiríamos la sociología y la economía. Pero sin olvidar lo principal: “la jurisprudencia es ciencia esencialmente de aplicación”, como repite el mismo León Olarieta en cuantas ocasiones tiene. “*Jurisprudentia non in contemplatione sed in actione versatur*” es la cita de (Heinrich) Contelmann que sirve de exergo a su obra. Citar filósofos extranjeros es achaque común a civilistas españoles, que aquí tenemos un ejemplo de uso adecuado. Confíemos también en los filósofos españoles, leámoslos y citémoslos, después de reflexionar sobre lo que dicen, aunque escriban en nuestro propio idioma

(y aunque a veces construyan sus teorías sobre prácticas de ordenamientos ajenos al nuestro).

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA
Catedrático de Derecho civil jubilado
Profesor honorario de la Universidad de Zaragoza

PRÓLOGO

El encuentro entre civilistas y filósofos del Derecho que se celebró en Santiago de Compostela en el muy avanzado otoño de 2018 sirvió para que un buen puñado de juristas de distintas procedencias geográficas y de diferente formación académica reflexionaran sobre un asunto que ya en aquella ocasión se mostró como especialmente fértil, cual es el de la utilización por el legislador, el intérprete y el aplicador de la norma de conceptos cuya dosis de vaguedad, indeterminación o generalidad impiden considerar cerrado *a priori* el ámbito de aplicación de aquella. El libro que el lector tiene ahora en sus manos representa la versión escrita, ampliada y revisada de buena parte de aquellas reflexiones.

El título general de la obra “Conceptos multidimensionales, cláusulas generales, estándares de conducta: orden público, buena fe, pautas de conducta y diligencia” pone claramente de relieve que no se trata de especular, en general, sobre la vaguedad del lenguaje jurídico, ni sobre todos y cada uno de los conceptos fluidos o cláusulas abiertas que inevitablemente emplean todos los ordenamientos jurídicos. La pretensión de quienes organizamos el evento y firmamos estas líneas introductorias fue mucho más modesta; de hecho, se centró exclusivamente en algunas de esas expresiones abiertas más utilizadas por los especialistas en Derecho privado: las dos primeras, el “orden público” y la “buena fe”; la tercera pretende abrazar el conjunto de expresiones que el legislador ha venido utilizando desde tiempo inmemorial para hacer referencia al deber de diligencia que puede o debe resultar exigible en determinadas relaciones inter privados, tales como “buen padre de familia”, “persona razonable”, “*lex artis*”, a las que se unen otras más modernas como, por ejemplo, “honradez en los tratos”, con similar papel. Lógico es, pues, que el triple objeto que acabamos de citar sirva también para ordenar el contenido del libro que pretendemos ahora presentar.

Antes de entrar en cada uno de los elementos de la triada, parece lógico dedicar algunas líneas al marco general ya aludido en el que se encuadran

los tres temas señalados. A este respecto, es casi obvio indicar que tanto los filósofos del Derecho como los civilistas o internacionales privatistas, también presentes en el coloquio y en este texto, están muy familiarizados con los problemas de interpretación y aplicación de las normas generados por la utilización en estas de términos abiertos o indeterminados que incrementan las dificultades propias de ambas tareas. Aunque el Prólogo de un libro no parece la sede más idónea para resolver las muchas cuestiones que tales términos suscitan, sí podemos aludir, aunque sea brevemente, a algunos de ellos.

Algunas veces las pautas jurídicas que rigen el comportamiento están formuladas mediante lo que pueden denominarse *reglas*, pautas que por así decirlo se auto-aplican a los casos que regulan. Si una regla establece la prohibición de circular a una velocidad superior a los 50 km/h por la ciudad de Barcelona, entonces cualquiera está en condiciones de identificar aquellos comportamientos que la regla excluye. En cambio, si una pauta jurídica establece que –como el art. 111-7 del Código civil catalán– en las relaciones jurídicas privadas deben observarse siempre las exigencias de la buena fe y de la honradez en los tratos, entonces aquello que la pauta prescribe no es tan transparente, y a la hora de determinar, ante un trato concreto si se han seguido las exigencias de la honradez, se requiere el *juicio*, no basta con enunciar la pauta para directamente obtener el resultado. En este caso estamos ante una pauta que es un *estándar* o, si se quiere, un *principio*.

Sin embargo, ello no conlleva necesariamente (aunque algunas veces así se arguye) que en los casos de la regulación del comportamiento mediante estándares los casos queden indeterminados, al albur del aplicador que ha de resolverlos. El esfuerzo de los juristas, desde la antigüedad romana, consiste en proporcionar criterios de razonabilidad que nos permitan resolver los casos concretos de manera justificada. Es más, este tipo de pautas, con forma de principios, permiten precisamente la aplicación sensible de las reglas. Así, por ejemplo, el deber de socorro de un herido grave puede llevar a exceptuar la regla que prohíbe circular por la Diagonal de Barcelona a más de 50 km/h.

Tal vez no es baladí recordar que muchos autores gustan de diferenciar los conceptos jurídicos indeterminados de las cláusulas generales, reservando para los primeros aquellos términos (tales como nocturnidad o dilación indebida, por poner solo dos ejemplos) en los que, a pesar de existir cierto grado de vaguedad, se da también una zona de absoluta certeza sobre su contenido, zona que en cambio no existiría o sería mucho más pequeña y, en todo caso, mucho más inestable en las segundas (así, la buena fe o el interés del menor, de nuevo por citar solo dos muestras); aunque tampoco falta quien, como Hedemann, considera que la diferencia entre ambos ha de

buscarse en otras cualidades, pues, según su planteamiento, los conceptos que él denomina flexibles o fluidos (*dehnbare Begriff*), que aquí llamamos indeterminados, permanecen en el supuesto de hecho o son parte de este supuesto de hecho, mientras que las cláusulas generales se sitúan precisamente por encima de ese supuesto de hecho.

En lo que parece existir coincidencia es en que las cláusulas generales necesitan un cierto relleno valorativo, esto es, que obligan al operador jurídico, y muy particularmente a la autoridad judicial, a realizar juicios de valor sin que, en principio, se le indiquen los criterios desde los cuales se puede controlar la corrección de esos juicios. No creemos que con ello se permita sostener la imposibilidad de ese control de corrección; tampoco que la utilización de estas cláusulas por el legislador autorice al intérprete, en palabras de Francisco Laporta, a crear *ex nihilo* una norma, ni tampoco que con ellas el legislador inste al intérprete a que proporcione una solución, cualquiera que esta sea; siguiendo al autor citado, más bien resulta que en estos casos lo único que permite mantenernos dentro de un sistema regido por el imperio de la ley es entender que con las cláusulas generales el legislador demanda algo al intérprete, no le suministra criterios para determinarlo, pero sí le fuerza a suministrar razones que hagan plausible la interpretación que propone; es decir, el intérprete se verá compelido a argumentar por qué cree que el supuesto que contempla es conforme con la buena fe o respeta y promueve el interés del menor, por volver sobre los dos ejemplos citados más arriba; de este modo, se podría decir que es precisamente la corrección y trazabilidad de la argumentación lo que da soporte a la solución amparada en la cláusula general.

Con los rasgos apenas esbozados parece poco discutible que “orden público”, “buena fe” (al menos, si no solo, en su sentido objetivo), “diligencia de un buen padre de familia” o “diligencia de una persona razonable” sean consideradas genuinas cláusulas generales. Partiendo de que efectivamente lo son, sucintamente nos referiremos a continuación a algunas cuestiones que sobre ellas suscitan los autores de las distintas aportaciones contenidas en el libro. Como prologuistas tratamos únicamente de dar ciertos trazos muy gruesos que sirvan para suministrar una idea general de la obra, si bien lo hacemos en el convencimiento de que ni pueden ni deben evitar la lectura pausada de cada uno de los trabajos, de la cual, con toda seguridad, el lector obtendrá adecuado aprovechamiento.

El primero de los tres bloques temáticos gira en torno al concepto (*lato sensu* hablando) de “orden público”. Con independencia de la opción polisémica por la que optemos (en la contribución de Santiago Álvarez relativa al orden público en Derecho internacional privado se incide especialmente en la importancia de este hecho) un denominador común del orden público

es su operatividad negativa, su naturaleza de excepción y su eficacia *a posteriori*. Es un mecanismo de “a menos que”. Presupone una corrección a una consecuencia en principio positiva que es permitida por otras reglas del sistema jurídico. Porque el orden público es un principio que corrige, que matiza o que simplemente impide que las consecuencias jurídicas de otras reglas ganen eficacia. El contrato celebrado conforme a las exigencias equis será vinculante “a menos que” contradiga el orden público. La ley extranjera reguladora de esta concreta sucesión determinará quiénes son los beneficiarios de la herencia “a menos que” los efectos de la aplicación de dicha ley sean contrarios al “orden público”.

Esta dimensión dinámica (el mecanismo del orden público) presupone tres elementos con distinto grado de indefinición. Por un lado, lo que ha de considerarse “orden público” en sentido estricto. La función del intérprete puede verse dificultada por cuestiones temporales o, simplemente, morales. Llenar de contenido el concepto (ahora *stricto sensu* hablando) de orden público puede no ser sencillo. Por otro lado, la constelación potencial de situaciones diferentes (los múltiples objetos que puede tener un contrato, las muy distintas formas de abordar una sucesión por causa de muerte en el Derecho comparado...) exige una puesta en funcionamiento *para el caso concreto*. Sólo la reiteración de casos similares (precedentes) permite cerrar a la consustancial apertura del orden público. Por último, el momento clave de la valoración, de afirmar la contradicción o no de un contrato o de una ley extranjera con el orden público también incorpora una dosis de indefinición, cuya reducción también puede abordarse siguiendo algunas pautas generalmente aceptadas.

El segundo de los bloques se centra en la muy conocida, productiva y discutida cláusula general de “buena fe”, precisamente la que, como el lector avezado recordará sin duda, ha dado lugar a algunas de las discusiones más fructíferas en torno a las consecuencias de la utilización de conceptos vagos, abiertos o imprecisos en el ámbito del Derecho privado. Conviene señalar que, aunque el inicio y mayor fragor de estas discusiones, muy intensa en la Alemania de entreguerras, ha cumplido ya casi un siglo, se trata de una cláusula general que en el moderno Derecho de contratos ha cobrado un renovado e intenso vigor, muy especialmente por su aplicación en materia de protección de los consumidores o, en general, de las partes contractuales consideradas económicamente más vulnerables en la llamada contratación en masa. Sin duda la contribución que hace a en esta materia el Profesor José María Miquel, que desde hace años viene reflexionando sobre ella con fuerzas siempre renovadas, resulta especialmente atractiva.

Sobre el interés de esta parte de la obra no es necesaria demasiada insistencia. Como ya se ha apuntado, entendida en su sentido objetivo, que

según nos enseña la mejor doctrina es, en puridad, el único en el que se manifiesta como genuina cláusula general, la apelación a la buena fe por parte del legislador interno, europeo e internacional, no ha dejado de crecer en importancia en los últimos tiempos; así lo demuestran todos los textos del llamado moderno Derecho de contratos, a través de los cuales, además, se ha producido su extensión a ordenamientos jurídicos como el inglés, en principio, refractarios a su recepción. Su utilización en materia de condiciones generales de los contratos, más en concreto en su versión de función integradora de las normas destinadas a proteger a los consumidores en los contratos no negociados, ha sido especialmente fecunda; precisamente por ese uso, tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Supremo español siguiendo su estela, han declarado abusivas algunas de las cláusulas contractuales que venían siendo muy habituales en la contratación bancaria, las cuales han sido expulsadas de la práctica comercial a consecuencia de tal declaración; en definitiva, la buena fe está sirviendo, sobre todo, para delimitar el contenido contractual admisible por el sistema.

Aunque esa función integradora haya sido, con seguridad, la que más ha ocupado a los civilistas españoles en los últimos años, es más que probable que buena parte de los filósofos del Derecho sigan más preocupados por otra de las funciones atribuidas a la cláusula de buena fe. Se trata de aquella que en el caso concreto le permite derogar (o “derrotar”, como prefieren decir algunos) la ley vigente destinada, en principio, a regularlo. Esta fue precisamente la polémica función que le otorgó una muy conocida sentencia alemana dictada por el tribunal del Reich en 1923 que en aplicación del párrafo 242 del BGB hizo prevalecer la mencionada cláusula sobre el Derecho público que establecía el principio nominalista en tiempos de fuerte inflación monetaria. En este punto apuntamos, como asimismo nos recuerda José María Miquel, que cuando una cláusula general como la de buena fe (objetiva) está recogida en la ley –lo que sucede en el citado párrafo 242 del BGB y en nuestro Derecho en los artículos 7 y 1258 del Código civil– estamos también ante una norma con rango de ley, por más que el mandato legal esté formulado de manera muy amplia y esté abierto a valores. Por lo tanto, en esta hipótesis no resulta del todo exacto plantear la cuestión en términos de derogación o de derrota de una ley por una cláusula general, sino más bien de una ley más concreta por otra ley más abstracta que precisa de un relleno valorativo por parte del encargado de su interpretación y aplicación al caso concreto. Así planteado, la cuestión de la corrección, derogación o derrota de la ley más concreta por la ley más abstracta parece que ha de pasar, como antes se ha dicho, por la corrección argumentativa de la decisión y, en definitiva, por su “trazabilidad”.

La tercera y última parte del libro está dedicada a aquellas cláusulas generales contenidas en el Código civil y en otros textos legales destinadas a establecer criterios o pautas de conducta dirigidas a definir el nivel de diligencia exigido por el legislador al autor de un determinado comportamiento, sea en el cumplimiento de sus obligaciones o en del respeto al genérico deber de no dañar a otro con el que se construye en nuestro Derecho la regla general en materia de responsabilidad civil. A título de ejemplo, el buen padre de familia expresa todavía hoy en el Código civil español el modelo de conducta exigible en el cumplimiento de las obligaciones por el sujeto no profesional; se trata, pretendidamente, de un referente abstracto y neutral en su contenido, de larga tradición histórica, aunque en general hoy se le reproche su anacronismo y su falta de corrección, no solo terminológica, desde el punto de vista de la igualdad de género. Más discutidas son las propuestas para su modificación la cuales, en general, parecen apostar por la “persona razonable”, aunque en este mismo libro no están ausentes las críticas a esta solución, aparentemente simple, pero incapaz de solventar algunos problemas que derivan de la carga ideológica y las implicaciones técnicas de una y otra expresión. Por su parte, tratándose de obligaciones profesionales, la arraigada fórmula de actuación conforme a la *lex artis*, también ha sido relacionada con el llamado canon de la razonabilidad. En todo caso, estas pautas de conducta –y otras diseminadas a lo largo del ordenamiento, de las que nos da buena cuenta el trabajo de Ricardo de Ángel– parecen exigir al aplicador del Derecho un esfuerzo argumentativo más intenso que el que ha de realizar en otro tipo de normas; no obstante, el recurso a la existencia de numerosos precedentes, o incluso de protocolos que estandarizan esas pautas, facilitan bastante la labor del juzgador. Por otro lado, su propia razón de ser, delimitadora de la conducta debida, explica que en esta clase concreta de cláusulas no se plantee la hipotética función derogatoria de la norma común, que si suscitaban las cláusulas de orden público y buena fe.

Como ya anticipamos, nada de lo dicho en los párrafos precedentes mitiga la conveniencia de leer de manera detenida cada una de las contribuciones incluidas en el libro; más bien creemos todo lo contrario. Además del interés intrínseco de los concretos temas abordados por los autores de cada aportación, volvemos a reiterar nuestra convicción sobre la riqueza suplementaria que significa que la aproximación se haga desde perspectivas metodológicas diversas; unas, las de los civilistas e internacional privatistas, más marcadas por el Derecho positivo y, cuando menos en principio, por la necesidad de dar respuestas inmediatas a problema concretos; otras, las de los filósofos del Derecho, más reflexivas y, también *a priori*, más preocupadas porque las respuestas tengan un alcance omnicompreensivo o, cuando menos, de validez más general. En cualquier caso, todos convencidos de

que el diálogo entre pares no absolutamente parejos no hace sino enriquecer los resultados.

Para finalizar, permítasenos incluir un mensaje de gratitud y reconocimiento a los promotores e impulsores de la sugestiva idea inicial de poner en contacto a dos disciplinas jurídicas que durante mucho tiempo han estado demasiado alejadas. Sirvan estas palabras para mostrar nuestro más profundo agradecimiento tanto al civilista Jesús Delgado, que nos precede en la presentación de esta obra explicando aquella idea inicial con singular precisión y belleza, como al filósofo Manuel Atienza, quien es además autor de uno de los trabajos sobre orden público incluidos en el libro.

María Paz García Rubio y Josep Joan Moreso

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| CONFESIONES PARA UN COLOQUIO | 5 |
| JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA | |
| PRÓLOGO | 11 |
| MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO Y JOSEP JOAN MORESO | |

BLOQUE 1 ORDEN PÚBLICO

| | |
|--|----|
| LA RELATIVIDAD ESFÉRICA DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL. UNA DESCRIPCIÓN BÁSICA | 21 |
| SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ | |
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 22 |
| 2. REPRESENTACIÓN POSITIVA. EL ORDEN PÚBLICO COMO MECANISMO TÍPICO DE DIPR: LAS CLÁUSULAS DE ORDEN PÚBLICO | 24 |
| 2.1. Cláusulas de orden público generales..... | 24 |
| 2.2. Cláusulas de orden público especiales..... | 27 |
| 2.3. Normas materiales imperativas, normas de aplicación necesaria, leyes de policía | 30 |
| 2.4. ¿Excepción de orden público sin cláusula de orden público?.. | 32 |
| 3. LA NOCIÓN ESTRICTA DE "ORDEN PÚBLICO". SU CONTENIDO... | 35 |
| 3.1. Primera aproximación a la delimitación de su contenido. Lo cierto y lo dudoso | 35 |
| 3.2. Segunda aproximación a la delimitación de su contenido: la relatividad de la exclusividad estatal | 41 |
| 3.3. Tercera aproximación a la delimitación de su contenido: la relatividad temporal..... | 43 |

| | |
|--|------------|
| 4. OPERATIVIDAD DE LA EXCEPCIÓN. LA VALORACIÓN DE LA CONTRARIEDAD CON EL ORDEN PÚBLICO DEL FORO..... | 45 |
| 4.1. Planteamiento | 45 |
| 4.2. Excepcionalidad del orden público | 47 |
| 4.3. La operatividad casuística del orden público: la afectación de los principios superiores en el <i>caso concreto</i> | 49 |
| 4.4. La actualidad del orden público..... | 52 |
| 4.5. La proximidad como medida de la contrariedad: grado de heterogeneidad y proximidad | 53 |
| 4.6. La proximidad como medida de la contrariedad: tipo de heterogeneidad y orden público en la Unión Europea | 55 |
| 5. CONCLUSIONES | 58 |
| UN SUPUESTO ENIGMA JURÍDICO: EL ORDEN PÚBLICO | 61 |
| MANUEL ATIENZA | |
| ORDEN PÚBLICO Y GOBERNANZA MULTINIVEL | 85 |
| RAFAEL ARENAS GARCÍA | |
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 85 |
| 2. DERECHOS FUNDAMENTALES Y RECONOCIMIENTO..... | 87 |
| 2.1. Vulneración de derechos fundamentales en el estado de origen.. | 87 |
| 2.2. Eficacia extraterritorial de decisiones | 89 |
| 2.3. Obligaciones de control del estado requerido..... | 91 |
| 3. RECONOCIMIENTO E INTEGRACIÓN | 93 |
| 3.1. Integración y cooperación judicial | 93 |
| 3.2. Control en el estado requerido en los instrumentos europeos. | 95 |
| 4. DERECHOS HUMANOS E INTEGRACIÓN | 98 |
| 4.1. La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo..... | 98 |
| 4.1.1. La presunción Bosphorus..... | 98 |
| 4.1.2. Instrumentos de la UE y presunción Bosphorus..... | 105 |
| 4.2. Protección de derechos y cooperación..... | 107 |
| 4.2.1. Cooperación e integración..... | 107 |
| 4.2.2. El juez nacional como juez europeo | 109 |
| 5. CONCLUSIÓN..... | 111 |
| ORDEN PÚBLICO Y DERECHOS HUMANOS: | |
| UN NECESARIO DIÁLOGO PARA EL OFICIO DEL CIVILISTA | 113 |
| FRANCISCO JOSÉ INFANTE RUIZ | |
| 1. LA DIFICULTAD CONCEPTUAL DEL CRUCE DERECHOS HUMANOS Y ORDEN PÚBLICO | 113 |
| 2. ALGUNAS FUNCIONES DEL ORDEN PÚBLICO..... | 116 |
| 3. EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS HUMANOS | 120 |

| | |
|--|------------|
| 4. SOBRE LA METAMORFOSIS DEL ORDEN PÚBLICO (INTERNACIONAL, Y NO SÓLO), UN BREVE EXCURSO | 124 |
| 4.1. Planteamiento | 124 |
| 4.2. Deber de procurar el máximo de operatividad real de los derechos humanos | 126 |
| 5. “ORDEN PÚBLICO CONTRAPUESTO” | 127 |
| 5.1. Planteamiento | 127 |
| 5.2. Un ejemplo a la carta: el caso de la gestación por sustitución... | 128 |
| 5.3. Evitar aplicaciones que sublimen el orden público..... | 132 |
| 6. CONCLUSIONES | 133 |
| REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA UTILIDAD DE LA NOCIÓN DE “ORDEN PÚBLICO” COMO LÍMITE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD | 135 |
| FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ | |
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 135 |
| 2. ¿EL “ENIGMA” DE LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO?..... | 137 |
| 3. LA DESCONEXIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO Y EL CONCEPTO SOCIAL | 139 |
| 4. EL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO COMPARADO..... | 142 |
| 5. LA ALTERNATIVA AL ORDEN PÚBLICO EN LOS PECL Y EL DCFR: LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA | 148 |
| 6. CONCLUSIONES FINALES..... | 150 |
| AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, CRISIS MATRIMONIAL Y VIVIENDA. EL ORDEN PÚBLICO..... | 153 |
| MARTA ORDÁS ALONSO | |
| 1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y MATRIMONIO | 153 |
| 2. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y VIVIENDA FAMILIAR..... | 155 |
| 2.1. Los límites a la autonomía de la voluntad | 156 |
| 2.2. Examen particularizado de los pactos más usuales..... | 159 |
| 2.2.1. La atribución del uso de una vivienda que aleje al menor de su entorno habitual | 159 |
| 2.2.2. El acuerdo que implica el reparto de las dependencias de la vivienda familiar | 165 |
| 2.2.3. Pactos que someten a plazo o condición la atribución del uso de la vivienda familiar | 166 |
| 2.2.4. La prohibición de convivir en la vivienda familiar con determinadas personas | 169 |
| 2.2.5. El establecimiento de una cláusula penal para el supuesto de no abandono de la vivienda al finalizar el uso..... | 173 |

| | |
|--|------------|
| ORDEN PÚBLICO Y PACTOS DE PRE-RUPTURA CONYUGAL..... | 175 |
| ALMA M. RODRÍGUEZ GUITIÁN | |
| 1. NOTAS INTRODUCTORIAS..... | 175 |
| 1.1. Control de legalidad notarial de los pactos de pre-ruptura | 175 |
| 1.2. Evolución de la función del orden público en los pactos de pre-ruptura..... | 178 |
| 2. REFLEXIONES SOBRE SI DETERMINADOS PACTOS DE PRE-RUPTURA VULNERAN EL ORDEN PÚBLICO | 179 |
| 2.1. Pactos que pueden incidir sobre derechos fundamentales de los cónyuges o futuros cónyuges | 179 |
| 2.1.1. Pactos de pre-ruptura e igualdad | 180 |
| 2.1.1.1. Pactos cuyo objeto es una obligación de pago, no exigida por el legislador, a cargo de una sola de las partes. Análisis de la STS de 24 de junio de 2015.. | 180 |
| 2.1.1.2. Pactos cuyo objeto es una renuncia unilateral a derechos reconocidos por la normativa reguladora de la crisis matrimonial..... | 183 |
| 2.1.2. Pactos de pre-ruptura y cobertura de las necesidades básicas . | 184 |
| 2.1.2.1. Previsibilidad ya durante la firma del pacto de la situación de precariedad económica del cónyuge en el momento de la ruptura matrimonial. Análisis de la STS de 30 de mayo de 2018 | 185 |
| 2.1.2.2. No previsibilidad durante la celebración del pacto de la situación de precariedad económica del cónyuge en el momento de la ruptura matrimonial ... | 190 |
| 2.2. Pactos que afectan a los hijos menores de edad | 195 |
| 2.2.1. Pactos con incidencia directa sobre los hijos..... | 195 |
| 2.2.2. Pactos con incidencia indirecta sobre los hijos | 196 |
| LAS VICISITUDES DEL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO EN LA JURISPRUDENCIA ITALIANA RECIENTE..... | 199 |
| CLAUDIO SARTEA | |
| 1. PRESENTACIÓN | 199 |
| 2. LA SENTENCIA DE 2014: EL ORDEN PÚBLICO EN CUANTO CLÁUSULA QUE CIERRA EL ORDENAMIENTO ESTATAL | 201 |
| 3. LA SENTENCIA DE 2016: EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN CUANTO CLÁUSULA QUE ABRE EL ORDENAMIENTO ESTATAL | 204 |
| 4. LA SENTENCIA DE 2019: EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL RECHAZA LA MATERNIDAD SUBROGADA..... | 207 |
| 5. CONSIDERACIONES IUSFILOSÓFICAS | 212 |

| | |
|---|-----|
| 5.1. La frontera móvil entre lo público y lo privado | 212 |
| 5.2. Orden público y autodeterminación privada..... | 213 |
| 5.3. El crepúsculo de la soberanía..... | 214 |
| 5.4. Una nueva (in)certidumbre del derecho | 215 |
| 5.5. Jurisdiccionalización de los derechos e internacionalización del sistema | 215 |

BLOQUE 2 BUENA FE

| | |
|--|-----|
| BUENA FE | 219 |
| JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA | |
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 219 |
| 2. CLÁUSULAS GENERALES LEGALES..... | 223 |
| 3. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE..... | 225 |
| 4. CLASES: BUENA FE OBJETIVA Y BUENA FE SUBJETIVA..... | 230 |
| 5. BUENA FE SUBJETIVA | 235 |
| 6. LA BUENA FE OBJETIVA..... | 242 |
| 6.1. Funciones..... | 242 |
| 6.2 Grupos de casos | 247 |
| 6.2.1. <i>Venire contra factum proprium</i> | 247 |
| 6.2.2. El retraso desleal (“ <i>Verwirkung</i> ”)..... | 248 |
| 6.2.3. Abuso de la nulidad por defectos formales | 248 |
| 6.2.4. “ <i>Tu quoque</i> ” | 249 |
| 6.2.5. Adquisición de mala fe | 249 |
| EJERCICIO DESLEAL DEL DERECHO Y CONFIANZA LEGÍTIMA EN QUE NO SE EJERCITARÁ. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA <i>VERWIRKUNG</i> | 251 |
| ANA CAÑIZARES LASO | |
| 1. CONCEPTO Y PRESUPUESTOS DE LA <i>VERWIRKUNG</i> | 251 |
| 2. DOCTRINA DE LA <i>VERWIRKUNG</i> EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO..... | 257 |
| 2.1. Primera Jurisprudencia que acoge la doctrina de la <i>Verwirkung</i> ... | 257 |
| 2.2. Consolidación de la doctrina jurisprudencial del retraso desleal | 259 |
| 3. RECAPITULACIÓN..... | 269 |

| | |
|--|-----|
| BUENA FE PROCESAL VERSUS POSIBILIDAD DE UTILIZAR VARIAS VÍAS PROCESALES PARA EJERCER EL MISMO DERECHO | 273 |
| ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO | |
| 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN | 273 |
| 2. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE QUE EL ACREEDOR HIPOTECARIO PUEDA OPTAR ENTRE VARIAS VÍAS PROCESALES... | 276 |
| 3. OTROS SUPUESTOS EN QUE SE PERMITE AL TITULAR DE UN DERECHO OPTIMIZAR UNA OPCIÓN PROCESAL ENTRE LAS VARIAS LEGÍTIMAS Y POSIBLES DE QUE DISPONE | 280 |
| 4. EL MITO DEL <i>FAVOR DEBITORIS</i> | 285 |
| 5. LA BÚSQUEDA DEL REEQUILIBRIO DE LA ASIMETRÍA NEGOCIAL COMO CRITERIO INTERPRETATIVO E INTEGRADOR..... | 287 |
| 6. VUELTA AL PUNTO DE PARTIDA: LA ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS COMO CRITERIO PARA DETERMINAR LA VÍA PROCESAL ADECUADA..... | 290 |
| 7. RECAPITULACIÓN..... | 293 |
| BUENA FE Y CONMUTATIVIDAD DEL COMERCIO JURÍDICO. A PROPÓSITO DE LA REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA DOCTRINA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> | 295 |
| ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ | |
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 295 |
| 2. LA STS 333/2014 Y EL GIRO JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CLÁUSULA <i>REBUS SIC STANTIBUS</i> | 299 |
| 2.1. Dos principios convergentes: conmutatividad y buena fe..... | 300 |
| 2.2. El ‘equilibrio básico’ de las prestaciones como argumento central . | 303 |
| 2.3. El corolario de la buena fe..... | 307 |
| 2.4. Conmutatividad, excesiva onerosidad e imprevisibilidad del riesgo..... | 309 |
| 3. CONCLUSIÓN..... | 315 |
| LA BUENA FE, PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO Y SUS CONCRECIONES INMEDIATAS: LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Y EL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO –INCIDENCIA EN LAS RELACIONES DE VECINDAD– | 317 |
| ANTONIA NIETO ALONSO | |
| 1. PLANTEAMIENTO..... | 318 |
| 2. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL PRINCIPIO DE LA BUENA FE..... | 319 |
| 2.1. Los principios generales del Derecho informadores de todo el ordenamiento y orientadores de la labor interpretativa..... | 319 |
| 2.1.1. El principio general del Derecho de la buena fe | 324 |

| | |
|--|---------|
| 3. LA BUENA FE EN LAS RELACIONES DE VECINDAD | 331 |
| 4. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS COMO CONCRECIÓN INMEDIATA DEL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE | 337 |
| 4.1. Introducción..... | 337 |
| 4.1.1 La regla “venire contra factum proprium non valet” y las relaciones de vecindad..... | 345 |
| 5. EL DEBER/CARGA DE MITIGAR EL DAÑO, CONSECUENCIA INELUDIBLE DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE | 351 |
| 5.1. Introducción..... | 351 |
| 5.1.1 Alcance del deber/carga de mitigar el daño en el Derecho de vecindad..... | 356 |
| 6. LOS <i>PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES</i> COMO GARANTÍA DE UNAS RELACIONES VECINALES CORRECTAS Y TOLERABLES. | 358 |
| 7. CONCLUSIONES | 361 |
| TRANSPARENCIA Y BUENA FE: NOTAS CRÍTICAS A PARTIR DE UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO, SOBRE CLÁUSULAS SUELO EN CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIOS CON EMPRESARIOS Y PROFESIONALES | 365 |
| JOAQUÍN MARÍA RIVERA ÁLVAREZ | |
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 365 |
| 2. UNA DESCRIPCIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL EN EL ENTORNO DE LOS SISTEMAS SEPARADOS DE CONTROL DE LA LEY SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRA- TACIÓN | 368 |
| 3. LOS LÍMITES DE LA LÓGICA JURÍDICA: EL VOTO PARTICULAR DEL MAGISTRADO FCO. JAVIER ORDUÑA MORENO..... | 376 |
| 4. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS POSIBILIDADES DE ALTERACIÓN DEL SISTEMA SEPARADO: ENTRE LA DOCTRINA EXTENSIVA DEL REQUISITO DE CONTROL DE TRANSPARENCIA A TODO EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN POR ADHESIÓN Y LA INTERPRE- TACIÓN EXTENSIVA LIMITADA DE LAS NORMAS DE CONTROL A LAS RELACIONES DE CONSUMO | 380 |
| BUENA FE Y OTROS CONCEPTOS MULTIDIMENSIONALES. ¿A QUÉ VERSIÓN DEL POSITIVISMO JURÍDICO CONDUCEN?..... | 393 |
| SONIA ESPERANZA RODRÍGUEZ BOENTE | |
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 393 |
| 2. LA RESPUESTA POSITIVISTA HARTIANA Y OTROS POSITIVISMOS. | 396 |
| 2.1. Hart | 396 |
| 2.2. Los distintos positivismos | 401 |
| 3. LAS RESPUESTAS NO POSITIVISTAS | 405 |

| | |
|---|------------|
| 3.1. Dworkin..... | 405 |
| 3.2. El neoconstitucionalismo | 406 |
| TITULARES Y ADQUIRENTES DE BUENA FE EN LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE LA NORMATIVA INMOBILIARIA | 411 |
| M^a ELENA SÁNCHEZ JORDÁN | |
| 1. PLANTEAMIENTO..... | 411 |
| 2. LA BUENA FE DE ADQUIRENTES Y TITULARES EN LA LEGISLACIÓN INMOBILIARIA..... | 414 |
| 2.1. Preliminar: el sujeto de buena fe..... | 414 |
| 2.2. Sobre la buena fe en la normativa inmobiliaria..... | 418 |
| 2.3. La buena fe de los adquirentes en la legislación del suelo..... | 419 |
| 2.3.1 Con carácter previo: un recorrido por la normativa urbanística..... | 419 |
| 2.3.2 Acerca del concepto de buena fe del adquirente de los arts. 28 y 65 TRLSRU | 424 |
| 2.4. La buena fe del titular del art. 208 Lh..... | 428 |
| 3. ALCANCE DE LA PROTECCIÓN DISPENSADA | 430 |
| LAS MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE BUENA FE EN LAS RELACIONES PERSONALES Y FAMILIARES Y EL SESGO DISCRIMINATORIO QUE PROVOCA SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES..... | 433 |
| JUDITH SOLÉ RESINA | |
| 1. NORMATIVA DE REFERENCIA: PRINCIPIO GENERAL..... | 433 |
| 2. CONCEPTO DE BUENA FE..... | 434 |
| 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE..... | 436 |
| 3.1. En el matrimonio | 436 |
| 3.2. En la obligación de los alimentos entre parientes | 437 |
| 3.3. En el ejercicio de la potestad parental..... | 438 |
| 3.4. En los efectos de la filiación..... | 438 |
| 3.5. En el ejercicio de acciones de filiación..... | 439 |
| 3.6. En la interpretación de la negativa a someterse a las pruebas de ADN..... | 440 |
| 3.7. En la ocultación de la paternidad | 441 |
| 3.8. En la determinación de la filiación por técnicas de reproducción asistida | 444 |
| 3.9. En la “ocultación” de la maternidad | 445 |
| 3.10. En el reconocimiento por complacencia..... | 448 |
| 4. CONCLUSIÓN..... | 451 |

BLOQUE 3
CRITERIOS O PAUTAS, ESTÁNDARES DE CONDUCTA:
BUEN PADRE DE FAMILIA, PERSONA RAZONABLE, LEX ARTIS

| | |
|--|------------|
| CRITERIOS O PAUTAS, ESTÁNDARES DE CONDUCTA: BUEN PADRE DE FAMILIA/PERSONA RAZONABLE/LEX ARTIS | 455 |
| RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ | |
| 1. OBSERVACIÓN PREVIA. DE NUEVO EL GRAN PROBLEMA: DE LA ABSTRACCIÓN DE LOS CONCEPTOS A SU APLICACIÓN EN CONCRETO | 456 |
| 2. EL SIGNIFICADO DE LA <i>CONDUCTA</i> (O LAS <i>CONDUCTAS</i>) EN EL DERECHO | 456 |
| 3. EXPRESIONES QUE NOS PUEDEN SERVIR..... | 456 |
| 4. CONCEPTOS HISTÓRICOS | 460 |
| 5. LA DILIGENCIA (U OTROS CARACTERES) DEL <i>BUEN PADRE DE FAMILIA</i> EN EL CÓDIGO CIVIL | 460 |
| 6. EL CRITERIO DE LA <i>LEX ARTIS</i> . LOS <i>PROTOCOLOS</i> . LOS <i>CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS</i> | 461 |
| 7. UN CRITERIO DE ACTUACIÓN QUE VIENE IMPUESTO O REGLAMENTADO (<i>POLICY</i>)..... | 463 |
| 8. OTRA POSIBLE PAUTA DE CONDUCTA, MUY DE NUESTROS DÍAS: LA FIGURA DE LA LLAMADA <i>COMPLIANCE</i> | 464 |
| 9. PAUTAS DE CONDUCTA EN EL DERECHO MERCANTIL | 464 |
| 10. <i>BUENA FE</i> EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. LA “CARGA” PROCESAL DE LA PRECLUSIÓN | 465 |
| 11. CÁNONES DE ACTUACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.. | 466 |
| 12. OTRAS PAUTAS DE CONDUCTA APLICABLES A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. LA TRANSPARENCIA Y EL BUEN GOBIERNO..... | 466 |
| 13. PAUTAS DE CONDUCTA DE LOS TRABAJADORES, A VECES FUNCIONARIOS..... | 468 |
| 14. <i>CÓDIGOS ÉTICOS</i> Y <i>CÓDIGOS DE CONDUCTA</i> | 471 |
| 15. UN CLÁSICO CANON DE CONDUCTA DEL DERECHO INGLÉS.. | 472 |
| 16. EL <i>CANON DE RAZONABILIDAD</i> EN EL MARCO COMÚN DE REFERENCIA..... | 472 |
| 17. JURISPRUDENCIA CIVIL SOBRE EL CANON (O PAUTA) DE <i>RAZONABILIDAD</i> | 474 |
| 18. ¿PODRÍA SUPRIMIRSE LA EXPRESIÓN <i>BUEN PADRE DE FAMILIA</i> EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL? | 478 |

| | |
|--|-----|
| ESTÁNDARES JURÍDICOS (LEX ARTIS, BUEN PADRE DE FAMILIA, PERSONA RAZONABLE...): QUÉ SON Y PARA QUÉ SIRVEN..... | 481 |
| JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO | |
| EL PAPEL PROTAGONISTA DE LA ÉTICA EN LA ADOPCIÓN DE LAS DECISIONES SANITARIAS. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA RETIRADA DE LAS MEDIDAS DE SOPORTE VITAL EN PACIENTES INCAPACES | 497 |
| DAVINIA CADENAS OSUNA | |
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 497 |
| 2. INFLUENCIA DE LA ÉTICA EN LA RETIRADA DE LAS MEDIDAS DE SOPORTE VITAL EN PACIENTES INCAPACES: ESTUDIO DE LA CUESTIÓN A LA LUZ DEL CASO LAMBERT | 499 |
| 1.1. Presentación del caso Lambert | 499 |
| 1.2. Breve exposición de la problemática ética suscitada | 502 |
| 1.2.1. La adopción de decisiones por representación..... | 502 |
| 1.2.2. El recurso a los conceptos jurídicos indeterminados en la esfera sanitaria | 507 |
| 1.2.3. Comités de Ética | 508 |
| 3. CONCLUSIÓN PERSONAL..... | 509 |
| SESGO DE GÉNERO EN LOS ESTÁNDARES DE CONDUCTA. EN ESPECIAL EL BUEN PADRE DE FAMILIA | 511 |
| M.^a DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA | |
| 1. PREMISA/PLANTEAMIENTO | 511 |
| 2. PATER..... | 516 |
| 2.1 Pater familias | 516 |
| 2.2 El modelo del paterfamilias | 518 |
| 3. LA DISCUSIÓN | 521 |
| 3.1 Algunos argumentos | 522 |
| 3.2 Propuestas | 523 |
| LA LEX ARTIS MÉDICA EN LA ESPECIALIDAD DE ANESTESIOLOGÍA Y REANIMACIÓN | 525 |
| PILAR GUTIÉRREZ SANTIAGO | |
| 1. EXCURSUS PREVIO SOBRE LA NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO ANESTESISTA | 525 |
| 2. EL PARÁMETRO CULPABILÍSTICO DE LA LEX ARTIS EN ANESTESIOLOGÍA..... | 528 |
| 2.1. El carácter <i>subjetivo</i> de la responsabilidad civil en el ámbito anestésico..... | 528 |
| 2.2. El juego de los protocolos médicos..... | 530 |

| | |
|---|------------|
| 3. ESTÁNDARES DE CONDUCTA DEL ANESTESISTA EN LAS DISTINTAS ETAPAS DEL PROCESO ANESTESIOLÓGICO: CAUSACIÓN DE DAÑOS POR NEGLIGENTE PRAXIS MÉDICA EN LOS ESTADIOS DE PREANESTESIA, PERANESTESIA Y POSTANESTESIA..... | 532 |
| 3.1. Actuaciones contrarias a la <i>lex artis</i> en la fase de preanestesia..... | 533 |
| 3.1.1. Evaluación y cuidados preanestésicos | 533 |
| 3.1.2. Problemática particular de las pruebas alérgicas previas .. | 537 |
| 3.2. Incumplimientos de la <i>lex artis</i> en el periodo de perianestesia o anestesia <i>stricto sensu</i> | 539 |
| 3.2.1. Vigilancia y control de las constantes vitales del paciente... | 541 |
| 3.2.2. Polémicas interpretativas acerca de las lesiones neurológicas derivadas de la punción anestésica..... | 543 |
| 3.2.3. Breve referencia a las ausencias del quirófano del especialista anestesiólogo..... | 544 |
| 3.3. Vulneración de la <i>lex artis</i> en las actividades de reanimación y postanestesia..... | 546 |
| LAS CLÁUSULAS GENERALES: UN ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DEL DERECHO | 549 |
| VICTORIA ITURRALDE SESMA | |
| 1. CLÁUSULAS GENERALES: UN CONCEPTO INDETERMINADO... | 549 |
| 2. LAS CLÁUSULAS GENERALES EN LA TEORÍA DE J.M. MIQUEL.... | 551 |
| 3. ALCANCE DE LA IMPRECISIÓN | 553 |
| 3.1. Escepticismo semiótico..... | 553 |
| 3.2. Convencionalidad y vaguedad | 554 |
| 3.3. Teoría del derecho y escepticismo semiótico..... | 558 |
| 4. FUNCIÓN DE LA TEORÍA DE CLÁUSULAS GENERALES: JUSTICIA Y JUSTIFICACIÓN DE DECISIONES <i>CONTRA LEGEM</i> | 562 |
| SOBRE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. LAS PAUTAS DE CONDUCTA Y DILIGENCIA EN EL DERECHO..... | 565 |
| ISABEL LIFANTE VIDAL | |
| 1. LAS PAUTAS DE CONDUCTA Y DILIGENCIA COMO ESTÁNDARES VARIABLES..... | 565 |
| 2. EL USO DE ESTÁNDARES VARIABLES COMO TÉCNICA NORMATIVA: LAS “RESPONSABILIDADES” FRENTE A LOS “DEBERES DE ACCIÓN” | 569 |
| 3. LOS ESTÁNDARES VARIABLES Y LA SEGURIDAD JURÍDICA..... | 576 |

| | |
|--|------------|
| DERECHO, JUSTICIA Y LEY | |
| ¿ANTÓNIMOS, SINÓNIMOS O COMPLEMENTARIOS?..... | 583 |
| MILAGROS OTERO PARGA | |
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 583 |
| 2. EL DERECHO | 586 |
| 3. LA JUSTICIA | 594 |
| 4. LA LEY | 598 |
| 5. ANTÓNIMOS, SINÓNIMOS O COMPLEMENTARIOS..... | 601 |
| BONS COSTUMES E DIREITOS FUNDAMENTAIS — ENTRE A DIGNIDADE DO INDIVÍDUO E AS CONDIÇÕES INSTITUCIONAIS DO DESENVOLVIMENTO DA PESSOA..... | 605 |
| NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA | |
| 1. INTRODUÇÃO. A FUNGIBILIDADE RELATIVAS DAS TRÊS GRANDES CLÁUSULAS GERAIS DO DIREITO CIVIL — BOA FÉ, BONS COSTUMES E ORDEM PÚBLICA..... | 605 |
| 2. O CASO DAS FIANÇAS COMO EXEMPLO DE CONCRETIZAÇÃO DO CONCEITO DE BONS COSTUMES ATRAVÉS DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS..... | 608 |
| 3. PLURALIDADE DE ASPECTOS DO DEBATE SOBRE AS CLÁUSULAS GERAIS..... | 610 |
| 4. PLURALIDADE DE DIMENSÕES DA CLÁUSULA GERAL DOS BONS COSTUMES | 611 |
| 5. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ALEMÃO SOBRE O CASO DAS FIANÇAS COMO EXEMPLO DE UMA CONCEPÇÃO UNIDIMENSIONAL DOS BONS COSTUMES | 613 |
| 6. A NECESSIDADE DE SUPERAR UMA CONCEPÇÃO UNIDIMENSIONAL DOS BONS COSTUMES PARA REALIZAR O PRINCÍPIO / PROJECTO DE (RE-)PERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO..... | 615 |
| LOS CONCEPTOS LEGALES EXTRAVAGANTES | 617 |
| JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ | |
| 1. LA VAGUEDAD Y LA “EXTRAVAGANCIA” | 617 |
| 1.1. La vaguedad | 618 |
| 1.2. La extravagancia | 627 |
| 2. LA VAGUEDAD EN EL DERECHO | 629 |
| 2.1. Vaguedad inevitable, circunstancial y deliberada | 630 |
| 2.2. La vaguedad superflua | 633 |
| 2.3. La vaguedad funcional | 635 |
| 3. PRECISEMOS LO RAZONABLE..... | 642 |
| 4. CONCLUSIONES..... | 646 |

| | |
|---|-----|
| SOBRE LA UTILIDAD Y FUNCIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS..... | 649 |
| MANUEL SEGURA ORTEGA | |
| 1. PLANTEAMIENTO..... | 649 |
| 2. DISCRECIONALIDAD Y CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS | 651 |
| 3. CARACTERES DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.. | 661 |
| LEX ARTIS Y ESTÁNDAR DE DILIGENCIA EN LA PROFESIÓN MÉDICA..... | 667 |
| JOSEP SOLÉ FELIU | |
| 1. LA CULPA COMO CRITERIO GENERAL DE RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS | 667 |
| 2. EL ESTÁNDAR DE DILIGENCIA DEL PROFESIONAL MÉDICO SANITARIO..... | 671 |
| 2.1. La diligencia del profesional medio perteneciente al mismo sector de actividad..... | 671 |
| 2.2. El momento de valoración de la diligencia profesional | 674 |
| 2.3. La consideración de las circunstancias del caso | 674 |
| 3. ¿EXISTEN ESTÁNDARES SUBJETIVOS DE DILIGENCIA PROFESIONAL?..... | 675 |
| 3.1. La diligencia exigible al profesional altamente cualificado o extremadamente escrupuloso..... | 676 |
| 3.2. La diligencia exigible a los médicos inexpertos o en prácticas... | 680 |
| 3.3. El caso de los servicios de urgencias y emergencias..... | 683 |
| 4. FUENTES PARA DETERMINAR EL CONTENIDO DE LA <i>LEX ARTIS</i> | 687 |
| 4.1. Fuentes normativas y no normativas de la <i>lex artis</i> | 687 |
| 4.2. En particular: el valor de los protocolos, códigos técnicos y demás guías prácticas profesionales..... | 690 |
| LA FIGURA DEL “CONSUMIDOR MEDIO”: UN ESTÁNDAR JUDICIAL EUROPEO CON RECONOCIMIENTO LEGAL..... | 693 |
| GEMA TOMÁS MARTÍNEZ | |
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 693 |
| 2. PRESENTACIÓN DEL PERSONAJE: EL LLAMADO “CONSUMIDOR MEDIO” | 695 |
| 3. EL ESTÁNDAR DEL “CONSUMIDOR MEDIO” EN LA DIRECTIVA 2005/29/CE | 696 |
| 3.1. Quién es el “consumidor medio” en la Directiva..... | 696 |
| 3.2. Un estándar judicial al servicio del mercado interior europeo | 700 |
| 3.3. Perfil no paternalista: Consumidor informado, atento y perspicaz.... | 703 |

| | |
|---|-----|
| 3.4. La apreciación nacional del estándar: factores culturales, sociales y lingüísticos | 705 |
| 4. EL “CONSUMIDOR MEDIO VULNERABLE” | 706 |
| 4.1. La vulnerabilidad del consumidor en el texto de la Directiva 2005/29/CE | 706 |
| 4.2. Valoración de la protección a la vulnerabilidad | 708 |
| 4.3. Planteamiento doctrinal de la vulnerabilidad más empírico y multidimensional | 710 |
| 4.4. Consumidor medio <i>versus</i> consumidor contractualmente protegido .. | 712 |
| 5. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES | 715 |

Este libro es el resultado del diálogo entre civilistas y filósofos del Derecho en torno a algunos conceptos multidimensionales, cláusulas generales o conceptos válvula, por mencionar solo alguna de las expresiones utilizadas para referirse a términos utilizados en las normas jurídicas cuya dosis de vaguedad, indeterminación o generalidad impiden considerar cerrado a priori el ámbito de aplicación de aquellas. Se trata de tres de los más utilizados por los especialistas en Derecho privado: los dos primeros, el “orden público” y la “buena fe”; el tercero pretende abarcar el conjunto de expresiones que el legislador viene usando desde tiempo inmemorial para hacer referencia al deber de diligencia que puede o debe resultar exigible en determinadas relaciones inter privados, como son las de “buen padre de familia”, “persona razonable”, “lex artis”, y otras de similar papel. El fluido debate entre los dos grupos de juristas, de formación y vocación parcialmente diferenciada, pero con un interés común por el rigor intelectual y la mejora de las respuestas dadas por el derecho a los problemas sociales, ha dado como resultado una obra original, intensa en su contenido, interesante en sus múltiples dimensiones y de indudable valor en un momento histórico en el que, probablemente como en pocos otros del pasado reciente, la sociedad se halla necesitada de respuestas cargadas de valores seguros a los acuciantes desafíos que más que acecharnos, se encuentran ya entre nosotros.

REUS
EDITORIAL

ISBN 978-84-290-2304-6



9 788429 023046