

# HACIA EL DERECHO ENTRAÑABLE

Por el Académico de Número  
Excmo. Sr. D. Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón\*

## 1. RASTREO DE CAMPO

Hace tiempo adopté como lema de mi modesta especulación jurídica, un texto de Savigny relativo a los juristas romanos: “Cuando consideraban un caso jurídico, partían de su viva intuición... como si tal caso debiera ser el punto inicial de toda la ciencia que del mismo había de deducirse... sin una distinción clara entre la teoría y la práctica. Aquella, la teoría, se lleva hasta su más inmediata aplicación y la práctica veíase siempre elevada a la altura del discurso científico”. En efecto, si, al decir del mismo prócer del pensamiento, el derecho no tiene substantividad propia sino que es la vida misma considerada desde una determinada perspectiva, la cristalización normativa de su normalidad, no puede, como no puede serlo la vida, tematizarse como un todo y deducir lo particular de lo general. Antes al contrario, tiene que ser vivido paso a paso, como el buen vino bebido sorbo a sorbo. Es de lo concreto como el jurista puede ascender más alto. Por ello, para abordar por primera vez el esbozo de lo que considero una nueva categoría jurídica, he de comenzar reconstruyendo el rastreo de campo que me ha llevado a vislumbrarla.

La práctica del derecho —como legislador en las Cortes, en el Consejo de Estado y en mi consulta privada— me ha permitido analizar una serie muy heterogénea de fenómenos jurídico-públicos y jurídico-privados en los que late un principio común: la primacía de los sentimientos, algo a lo que las más autorizadas versiones de la teoría general no suelen prestar atención. Claro está que soy consciente de la pobreza de mis datos y lo rudimentario de mi análisis. Por ello, solo pretendo suscitar la curiosidad de juristas, pero también de

---

\* Sesión del día 25 de marzo de 2014

otros cultivadores de ciencias humanas mas expertos y animosos que yo, sobre unos fenómenos que merecen la máxima atención porque, desde el futuro ya inmediato, como el Zaratrusta de Nietztche, nos hacen señas con las alas.

En efecto, de acuerdo con una construcción clásica, la del propio Savigny, los derechos subjetivos tutelan ya una voluntad, ya un interés y la doctrina mas pegada a la realidad ha tendido a interpretar el interés en un sentido economicista. La “vuelta a las fuentes” propugnada por Savigny, llevó a considerar, sobre la base de un texto de Gaio, que los contratos y las obligaciones resultantes solo podían versar sobre objetos patrimoniales, lo cual hizo ignorar durante mucho tiempo los denominados intereses inmateriales. Sin duda, el concepto de derecho subjetivo se amplió rápidamente, incluyendo primero, los derechos de la personalidad, a partir del propio Puchta, y llegando a cobijar bajo tal epígrafe derechos tales como los de autor. A partir de Ihering, el “interés” adquiere una posición principal en la dogmática del derecho subjetivo. Pero si en Ihering se concibe como interés cuanto contribuye a la vida buena de los hombres, poco a poco el concepto se economiza como muestran los propios ejemplos planteados por Philip Heck al frente de la denominada “jurisprudencia de los intereses”. Cuando se toman en cuenta los sentimientos, es para valorarlos económicamente como “precio de afección”. Ahora bien, los sentimientos ni se identifican con los intereses así entendidos ni están a merced de la voluntad; trascienden a ambos, movilizandolos a ésta y poniendo énfasis en aquellos.

¿Que es lo que puedo aportar de nuevo a esta cuestión? Permítanme la breve reseña de cinco fenómenos de los que tengo directa experiencia. A fines de la década de los 60 y primeros años de la siguiente, hube de lidiar en el Consejo de Estado con el problema de la naturaleza jurídica del territorio estatal al hilo de la descolonización del Guinea Ecuatorial y del Sahara Occidental y la retrocesión de Ifni a Marruecos. Hoy son cuestiones para muchos olvidadas, pero entonces se trataba de saber “lo que era España” y “lo que era de España”. Esto es, lo que afectaba a su substantiva integridad, cuestión enturbiada por la frívola provincialización de dichos territorios pocos años antes siguiendo el poco afortunado ejemplo portugués.

El Consejo emitió dos dictámenes, los nº 36017 de 20 de junio de 1968 y nº 36227 de 7 de noviembre del mismo año, de los que fui ponente y en ellos se decantó una doctrina a la que dediqué un largo estudio de derecho y práctica comparada, bien acogido por la doctrina y que mereció ser citado, muchos años después, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la hora de resolver conflictos de nacionalidad (Cf. STS 7 de Noviembre de 1999, Recurso 6266/19959 FJ cuarto).

Ello me llevó a profundizar en la construcción jurídica de este elemento del Estado para concluir que el territorio no es ni objeto de su propie-

dad, como propugnara una arcaica versión patrimonialista, ni, lo que viene a ser lo mismo, de su potestad, como afirmaban desde Jellinek a Romano, ni el ámbito espacial de sus competencias, según propugnaran desde Duguit a Kelsen y su Teoría Pura. Ninguna de esas construcciones explican porque la misma Francia que sangró cuarenta y nueve años —desde la Paz de Frankfort de 1870 a la de Versalles de 1919— por la herida de Alsacia-Lorena, pudo renunciar sin pestañear a sus departamentos de Ultramar o, en el caso español, porque reclamamos Gibraltar desde el día siguiente a su cesión y nada objetamos a la retrocesión de Ifni que, según la normativa entonces en vigor, era provincia española. Guinea era ámbito espacial de las competencias estatales españolas, pero su autodeterminación no afectó a nuestra integridad territorial, mientras que Gibraltar, ajena a tales competencias, afecta a dicha integridad, según han reconocido las propias NNUU. Y en términos más generales, las doctrinas al uso no explican porqué el territorio colonial, el británico, el francés, el holandés, el belga o el portugués, cualquiera que sea su calificación formal, que puede ser muy varia, es heterogéneo respecto del metropolitano, hasta el punto de que el primero, frente al segundo que la descolonización ha desmembrado, es frecuentemente definido en la Constitución estatal y blindado cuando no prohibida formalmente su cesión o como son posibles diferencias cualitativas entre los territorios habitados por una población jurídicamente homogénea, como, en su día, pusiera de relieve la doctrina de los fragmentos de Estado .

Un análisis de tales extremos me llevó a concluir, y así lo expuse en mi contribución al libro homenaje a García Pelayo , que el territorio no es un elemento del Estado, sino, utilizando las categorías de Smend, un factor de integración material del mismo, porque se carga de sentimientos hasta revestir los caracteres que la antropología filosófica —valga por todas la referencia a Cassirer— ha señalado como propios del espacio mítico: heterogéneo como el espacio perceptivo, puesto que el territorio nacional se siente diferente de todos los demás, de ahí su consagración constitucional y su inviolabilidad internacional, y metaempírico como el espacio matemático, puesto que el territorio nacional no es el pegujal que se pisa y palpa, sino lo que se siente como tal, incluso cuando nunca se ha tenido y se reivindica como tierra prometida o paraíso perdido. El territorio que integra al Estado no es todo aquel sobre el que ejerce sus competencias, sino el que lo identifica como tal y a la población que en él se enraíza y cuyos sentimientos lo califican así. Y eso ocurre según demuestra la practica histórica comparada que en su día analicé en los trabajos atrás citados, por las cargas afectivas que en el invierten quienes lo contemplan “sub specie patriae” y así se autoidentifican. Si el hombre es un ser terrícola, sus comunidades también lo son o tienden a serlo con el fervor propio del irredentismo. Mi estudio tenía por lema una frase de Plutarco muy expresiva de la tesis aquí mantenida: “la vida no florece lejos de los templos de los dioses y de las tumbas de los antepasados” (*Themistocles*, 9).

De lo expuesto resulta que el derecho relativo al territorio estatal y los denominados derechos reales internacionales, vividos ya como prolongación, ya como mutilación del propio territorio, sirvan de ejemplo la doble faz de las servidumbres internacionales, tienen como contenido fundamental un sentimiento. El sentimiento de identidad de un cuerpo político que se establece en correlación con el citado espacio.

Muchos años después, al hilo de la lectura de unos textos de Heidegger y de Ortega relativos al paisaje de las riberas del Rihn y de Medinaceli respectivamente, textos cuyo conocimiento sería de grande utilidad a los urbanistas, detecté la misma correlación identificadora que las normas constitucionales y administrativas, tanto españolas como comparadas y mas estas que aquellas, toman progresivamente en cuenta. Así lo publiqué en la hermosa revista *El Cronista del Estado de Derecho Social y Democrático* que dirige nuestro compañero el pfr. Muñoz Machado. El paisaje no es, sin mas, un espacio, sino, como dijo el Tribunal Constitucional en Sentencia 102/1995 de 26 de Junio, “un modo de mirar”, versión jurisprudencial de la permanente intuición poética: “La mirada es quien crea / por el amor el mundo”, decía Cernuda.

Y un espacio cuya contemplación no es la propia del visitante ocasional, sino del residente natural. Porque, como sigue diciendo la citada Sentencia, “clava su mas honda raíz en su carácter simbólico por tratarse de una realidad topográfica singular... signo distintivo en suma que identifica a un país y con el que se identifica como les ocurre también a ciertas instituciones o monumentos bien conocidos, unidos indisolublemente a la identidad de un ciudad o de un nación” (FJ 21). Se trata de lo que Rudolf Smend denominó un factor material de integración de la comunidad política.

Así se reconoce expresamente en el Convenio Europeo del 2000, pieza clave en la materia, al definir el paisaje como “cualquier parte del territorio tal como lo percibe la población” (art. 1 a/), “fundamento de su identidad” (art. 5 a/). Así lo avala el que la Unión Europea reconoce la existencia de áreas cuya especial fragilidad motiva un régimen especial de asentamiento de la población. En efecto, el principio de libre circulación de personas, de capitales y de servicios (arts. 18, 56 y 59 CEE), tal como lo viene interpretando la jurisprudencia del TJUE, exige una ilimitada libertad de circulación y de residencia, así como el libre acceso a la propiedad inmobiliaria por todos los ciudadanos de la Unión. Sin embargo, la singularidad cultural del Tirol, su fragilidad y el atractivo de su paisaje para terceros no naturales, ha bastado para justificar las limitaciones que Austria ha impuesto a la libertad de residencia y de adquisición de propiedad inmobiliaria en algunas de sus zonas. Algo semejante ocurre en áreas ultraperiféricas de la Unión como es el caso de las Azores y debiera ser el de Canarias, o de territorios ajenos a la Unión, pero íntimamente vinculadas a ella, como las islas de Man y Aland. Fuera de Europa, la normativa y jurisprudencia pro indigenista —no siempre observada en la práctica— de países

iberoamericanos abunda en esta dirección y en el mismo sentido puede señalarse la tendencia restrictiva de la propiedad extranjera en todos los microestados europeos y extraeuropeos, de cuyos avatares tuve una experiencia no pequeña con ocasión de mi trabajo de Magistrado constitucional del Principado de Andorra, como instrumento de defensa de la propia identidad vinculada a determinada configuración paisajística .

El paisaje y la comunidad que lo contempla porque ante él se asienta, no el mero visitante, están en recíproca relación de identificación. El derecho ambiental en el que se inserta la normativa y la doctrina sobre los extremos expuestos, responde así a lo que Parodi ha denominado “un espacio para el hombre”. La regulación jurídica del turismo pretende, aunque es claro que no siempre consigue, insertar al hombre en el espacio sin destruirlo e incluso, por unos momentos, hacer que el visitante se sienta un residente. La identidad que así pretende tutelarse es un sentimiento.

Veamos ahora un típico derecho público subjetivo, ese que la jurisprudencia comparada ha considerado, por excelencia, “libertad no escrita” (S. 31 de Marzo de 1965, del Tribunal Federal Suizo): la libertad lingüística, una cuestión de especial importancia en un Estado plurilingüe como España es, a tenor del art. 3 CE. Desde hace años me vengo ocupando de ello. Primero, a partir de 1966, en el Consejo de Estado que acuñó la expresión “lengas de España” decisiva en la génesis del citado art. 3CE; después, como constituyente; y, por encargo de la Generalitat de Cataluña, en un dictamen de 1998, por cierto gratuito y que evito un recurso del Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional.

Como ha señalado un importante constitucionalista italiano que ha prestado especial atención a esta cuestión, Alejandro Pizzorusso la regulación jurídica de la lengua en un contexto plurilingüe puede responder a una o varias de estas cuatro funciones: a) forma relevante de los actos jurídicos; b) signo de la voluntad subjetiva de pertenecer a determinada comunidad; c) signo de pertenencia objetiva a una determinada comunidad, d) elemento del patrimonio cultural. La primera, la condición de forma relevante de los actos jurídicos, supone substituir por imperativo legal el criterio económico, esto es, el que atiende al mayor o mas utilitario uso de una lengua, por un criterio identitario, patente en las otras tres funciones enunciadas. Funciones que expresan una pertenencia voluntaria o incluso involuntaria a una comunidad o, en registro mucho más débil, desatacan un factor material de identidad comunitaria como es el patrimonio cultural.

En la España autonómica es claro que el plurilingüismo, íntimamente relacionado con los hechos diferenciales que las Comunidades Autónomas tratan de institucionalizar, se concreta en determinadas lenguas españolas (art. 3,2 en relación con la Disposición final) que los respectivos Estatutos catalán (art.6), vasco (art.6), gallego (art.5) y balear (art.4,1), califican de “lengua pro-

propia”. Una lengua de vigencia territorial, no personal como la oficial de todo el Estado (Preámbulo del Estatuto Balear), que identifica la personalidad histórica, social y política de la respectiva comunidad (Preámbulo del Estatuto gallego) y que, como tal, no solo por razones de fomento, goza de determinada preeminencia en el marco de la cooficialidad. Y eso aun cuando se trate de una lengua minoritaria en el seno del respectivo territorio, pero, por su valor identificador, calificada de “propia”, incluso por quienes la desconocen. El caso del Euskera, calificado como “lengua del pueblo vasco” (art. 6 Estatuto vasco) y conocida por no mas del 25% de los ciudadanos de Euskadi es un ejemplo paradigmático pero no único del fenómeno. El Estado de Israel durante muchos años, respecto del hebreo, y hoy Irlanda, respecto del gaelico y la India respecto del hindi ofrecen casos análogos. Como decía Humboldt en su famosa obra, *Hellas und Latium* “En la lengua se manifiesta y acuña la totalidad el carácter nacional a la vez que en ella, como en medio del entendimiento general del pueblo, se enraízan las diferencias individuales”. Por ello, el Tribunal Constitucional ha destacado el carácter simbólico de la lengua propia (STC 205/1990).

El individuo tiene el derecho de usar de la lengua en cuestión como miembro de una comunidad lingüística, según los artículos estatutarios citados. Pero, junto a los derechos lingüísticos existen los deberes lingüísticos a cargo tanto de los poderes públicos y de sus agentes como de los ciudadanos a quienes se impone la obligación de conocer una lengua determinada, empezando a los nacionales españoles respecto del español (art. 3,1 CE) y siguiendo a los ciudadanos de las diferentes comunidades con lengua propia respecto de ésta (art 6,2 Estatuto Catalán, declarado constitucional en la STC 31/1910 frente al criterio seguido en la STC 84/1986 de 26 de junio, FJ II,2 sobre la Ley Gallega 3/1983 art 2). El ciudadano es usuario de la lengua, pero, a su vez, está poseído por una lengua que le antecede, le sobrevivirá, contribuye decisivamente a la configuración de su personalidad y determina, en gran medida, su identidad, necesariamente enraizada en una colectividad.

Es evidente que tales procesos y conceptos responden a sentimientos y emociones. Los derechos públicos subjetivos lingüísticos no tutelan una mera voluntad, puesto que no son plenamente disponibles y así lo demuestra su correlación con los deberes lingüísticos. Pero tampoco tutelan un interés concretable en la utilidad de la lengua o incluso la voluntad de conocerla. Tutelan un sentimiento de pertenencia a una comunidad, esto es a una identidad colectiva.

Pero pasemos ahora al derecho privado y a una de sus ramas aparentemente ajena a los sentimientos, los derechos reales y su concepto angular, el concepto de cosa.

La “cosa” es lo no-persona, la naturaleza-no-libre, dirá Savigny, siguiendo las pautas del derecho común, y, como tal, objeto de la subjetividad cuya volun-

tad libre dispondrá sin trabas para usarla e incluso abusar de ella. Según el *Code Napoleon* al definir el derecho de propiedad, “disponer de la cosa en los términos mas absolutos” (art. 544). Cuando los derechos reales y fundamentalmente el de propiedad se han moderado en aras de su función social, la interpretación al uso de dicha expresión atiende a los intereses de sujetos terceros, pero no a las cualidades del objeto.

Ahora bien, hay algunas formas de propiedad que, en razón de la cualidad del objeto, no dan tanto derecho a disponer como obligación de cuidar. El pastoreo del Ser por el hombre, explicitado por Heidegger, es su tácito fundamento. El disfrute del objeto cede ante el deber del sujeto a tutelararlo. La paulatina mutación de los derechos reales hacia un derecho medioambiental que ha señalado la reciente civilística, especialmente la alemana, al hilo de la gran revolución biológica decantada a partir de la década de los 60, sería la mejor ilustración de ello.

La propiedad de los animales ofrece un buen ejemplo de lo dicho y nuestro compañero Muñoz Machado ha señalado su evolución desde la consideración jurídica del animal como cosa y como energía hacia un tratamiento específico muy alejado del reservado a las cosas, sin que ello tenga nada que ver con las doctrinas animalistas. Es, en efecto, el derecho administrativo el que rompe con el clásico tratamiento iusprivatista de los animales heredado del derecho romano. Son razones económicas y sanitarias las que mueven a ello a lo que se suma una mayor sensibilidad ética y estética de la sociedad de la que en España es muestra precoz la Circular del Gobernador Civil de Cádiz de 3 de Mayo de 1875 en la que recomienda a las autoridades locales incluir en sus Ordenanzas y Bandos la protección animal. Y las más recientes codificaciones civiles se hacen eco de ello y, abandonando la asimilación de los animales a los muebles que hacia el *Code*, reconocen que el animal no es una cosa. Así el Código Civil suizo tras la reforma del 4 de octubre del 2002 (art. 641-a,1) o la Ley catalana 5/2006 de 10 de Mayo (art. 511-1,3). Su bienestar, ajeno al concepto de cosa, es un valor ya muy reconocido en la normativa, la jurisprudencia y la doctrina comparadas.

Pero permítanme que vuelva a mi experiencia de campo. Un complejo dictamen sobre el comercio internacional de animales me llevó a concluir que un buen ejemplo de un nuevo tipo de propiedad es la relación con el animal de compañía, figura que, por cierto tanto incomoda a los forofos de la liberación animal. Concepto, el de animal de compañía, irreductible a las categorías romanistas clásicas de salvaje, domestico y domesticable y distinto tanto del animal de granja como de la mascota. Así lo esboqué, hace años, en la ya citada Revista con muchos errores que ahora intento depurar. ¿Acaso no desdice ésta de las cuestiones antes tratadas? ¿Como abordar los animales caseros junto con la lengua o el territorio de la Nación? Responderé con el Poeta: “sic parvis componere magna solebam” y pediré paciencia; a la *Égloga I<sup>a</sup>* sigue pronto la *IV<sup>a</sup>*.

El concepto de animal de compañía no tiene en España medio siglo de antigüedad y se decanta a partir del concepto de animal doméstico. La excesiva extensión de este concepto en la Ley de Caza de 1902 y en su correspondiente Reglamento, donde se equiparaba toro, cerdo, gato, gallina “y análogos”, ha sido corregida en la normativa posterior comenzando por la local y autonómica. La Ordenanza mallorquina de 1973 sobre la “Inserción de los animales de compañía en la sociedad urbana” fue una de las primeras muestras de ello seguida por la ley Catalana 3/1988 de Protección Animal. Las Comunidades Autónomas han abundado en la misma dirección y el derecho administrativo de nuestros días define los animales de compañía como “animales domésticos o domesticados a excepción de los de renta y los criados para el aprovechamiento de sus productos, siempre y cuando a lo largo de su vida se les destine únicamente a este fin”; esto es la compañía (Ley castellano-leonesa 5/97 art. 2).

Por lo tanto, es la convivencia generadora de afectos la que hace al animal doméstico, domesticado o salvaje, sin mengua incluso de su ferocidad, animal de compañía. Se quiebra así la clasificación trimembre de los animales en salvajes, domesticados y domésticos hereda del derecho romano, olvidada en la codificación civil y que resucitó en la citada Ley de Caza de 1902 (art. 1), porque la compañía no es una categoría caracteriológica del animal, sino una función en relación con el acompañado. Es la vinculación afectiva recíproca entre el dueño y el propio animal, la que hace “de compañía” al animal cualquiera que éste sea. Las grajillas tertulianas del etólogo Lorenz o la *Milana*, protagonista de la novela de Delibes, *Los santos inocentes*, son buenas muestras de ello.

El animal de compañía, así configurado por los afectos, no es objeto análogo a cualquier otro mueble y ello afecta a su propiedad, a su posesión y a su transmisión.

La propiedad se caracteriza por, al menos, los siguiente tres rasgos que la distinguen de otras formas dominicales: la imprescriptibilidad, la extracomercialidad y la funcionalidad. Me explico.

Primero, el animal de compañía no puede ser objeto de apropiación por terceros, de manera que en el supuesto de pérdida, entra en conflicto la no apropiabilidad declarada por la normativa administrativa con lo dispuesto en el art. 465 CC . En efecto el art. 5 Ley de Caza de 1902, siguiendo la de 1879, estableció claramente la inapropiabilidad del animal doméstico; pero la Ley de Caza de 1970, parece en su art. 4,1, abandonar este criterio al considerar piezas de caza, en consecuencia apropiables por quien las cobre según el art. 22,1, “los animales domésticos que pierdan su condición” remitiéndose a la correspondiente lista reglamentariamente establecida. Dicho criterio resulta avalado, en cuanto a los animales domésticos se refiere, en el art. 4,3,a/ del D. 506/1971 de 15 de marzo que aprobó al Reglamento al que se remitía la ley.



Pero, a su vez, ese artículo fue derogado por el RD 1095/1989 de 8 de septiembre, norma a su vez derogada por la Ley de biodiversidad del 2007. Hoy la solución debe buscarse en la normativa de caza autonómica. Así, la ley gallega 13/2013 no considera al animal doméstico “pieza de caza” (art. 3,3) y, entre otras, la ley vasca 2/2011(art.3,1) o la riojana 9/1998 (art. 10) lo consideran como tal cuando está “asilvestrado”, es decir “el doméstico que ha perdido esta condición y deambula por el medio natural sin control de su dueño” (ley balear 6/2006 art. 2,b,3).

Segundo, no resulta transmisible en términos mercantiles, de acuerdo con lo dispuesto, entre otras muchas normas, por el art. 3,3 de la Ley 8/2003 de Sanidad Animal. No faltan normas, como por ejemplo la ley balear 1/1992 que prohíbe convertir a dichos animales en objeto de juegos de azar e incluso sus despojos, en algunas legislaciones, se consideran ajenos al comercio de los hombres. Sin duda, existen establecimientos mercantiles dedicados a la compraventa de animales de compañía, pero estos, en el establecimiento, no son de compañía más que potencialmente y solo se convierten en tales cuando son adquiridos por el definitivo dueño. Así lo demuestra el diferente régimen jurídico que les es aplicable a los establecimientos mercantiles destinados a dicho tráfico y a la tenencia de animales de compañía por dueños ajenos al mismo.

Tercero, es una propiedad eminentemente funcional puesto que esta caracterizada por una finalidad exclusiva y excluyente, la compañía, e impone al dueño una serie de obligaciones de cuidados cada día más exigentes. En efecto, a parte de la obligación general de todo poseedor de animales de mantenerlos en adecuadas condiciones higiénico-sanitarias, lo cual supone tanto deberes como prohibiciones, la relación persona-animal supone en la normativa actual una serie de obligaciones concretas. Tales como el alojamiento y alimentación adecuados a su raza y especie y a las necesidades etológicas que de ello se derivan, algo que en un medio urbano, denso como son los actuales, ha dado lugar a una notable complejidad tanto en su formulación como en su aplicación.

La bilateralidad que esta funcionalidad de la tenencia de animales de compañía supone ha llevado a exigir ciertas condiciones en su tenedor. Ya el Convenio Europeo para la protección de los animales de compañía de 13 de noviembre de 1987 prohibió la venta de los mismos a menores de diez y seis años sin la aquiescencia y correspondiente responsabilidad de sus padres o tutores y en España numerosas normativas autonómicas han seguido la misma dirección y en varias de ellas se prohíbe igualmente la donación de dichos animales a menores e incapacitados. La finalidad de tales normas es garantizar en quien adquiere el animal la capacidad de cuidarlo debidamente. Por ello en Navarra, Cataluña, Aragón, Andalucía y Castilla-la Mancha lo que se prohíbe es la tenencia. Esto es, la posesión cualquiera que sea el título que la sustente.

Y todo ello, funcionalidad, extracomercialidad e imprescriptibilidad, porque se trata de una relación cargada de afectos que el derecho protege al margen de todo interés económico e, incluso, al margen de la autonomía de la voluntad.

Esta relación identifica tanto al animal en cuanto compañero del hombre como, sin duda con menor intensidad, al propio propietario del animal.

Nuestra compañera Adela Cortina puso de relieve en esta misma Casa hace pocas semanas que la condición jurídica de los animales, deja traslucir cuestiones de alto bordo. Pero parafraseemos al poeta, no cuidemos de cosas que puedan parecer minúsculas. Hay, en todo caso, derechos reales mas dignos de un Cónsul: por ejemplo, la propiedad del propio hogar ¿Acaso no es el hogar un espacio antropomórfico y la casa contrapunto del Universo en la imaginación poética, como mostrara Gaston Bachelard en su genial *Poética del Espacio*? ¿Y no es la Casa, en el derecho antiguo y en algunos derechos forales hoy vigentes y aun renovados, el centro material de la institución familiar?

En el VIII Congreso Nacional del Notariado en el año 2003 tuve ocasión de calificar de entrañable el derecho de la familia sobre su hogar, porque encontré en esta noción en la que la moderna civilística pone cada día mayor atención, los mismos rasgos antes expuestos: la reciproca identificación mediante las cargas afectivas del sujeto en el objeto y su tutela jurídica.

El hogar familiar es, en términos de nuestro Tribunal Supremo “el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso aseo, alimentación, vestido, ect.) y protección de su intimidad” (STS 16 de Diciembre de 1996). Definición que muestra tanto la complejidad del hogar que, como la exegesis doctrinal y jurisprudencial del artículo 47 CE ha puesto remanifiesto, no es solo el habitáculo, sino los servicios que lo hacen habitable, como su valor afectivo hasta suponer, según reconoce el derecho español y comparado, un valor moral.

La literatura ofrece infinitos testimonios de cómo son los sentimientos los que convierten el habitáculo en hogar con independencia de sus cualidades físicas. Baste, por todos, el siguiente fragmento de Knut Hamsun: “En otoño construyó una choza de turba, impermeable y cálida, resistente a las tormentas y al fuego. Isak era libre de entrar en ella, en su hogar, de cerrar la puerta y permanecer en su morada o bien de quedarse fuera en la losa que había delante de la entrada y mostrarse como dueño de toda la casa ante cualquiera que pasase por allí” (*Markens Grode* I<sup>o</sup>, 1).

Los artículos 33 y 47 CE son el fundamento del derecho constitucional a la vivienda. La propiedad que el primero de ellos consagra, se fortalece o

debilita según coincida o no con su utilización hogareña, ratio del segundo. La condición de hogar fortalece la propiedad. Baste pensar en la defensa de la vivienda habitual dada en garantía hipotecaria a que responden los Reales Decretos Leyes 8/1011 de 1 de Julio, 6/2012 de 12 de Marzo y 27/2012 de 15 de Noviembre. Y, a la inversa, la propiedad se debilita en favor del tercero que, sin ser propietario, tiene allí su hogar. Por ejemplo, el inquilino y la prorroga del contrato por sus familiares más directos. O los artículos 525 CC y 108.3º LH relativos al derecho personalísimo de habitación. Es la afección de tal derecho sobre piezas de la casa ajena a las necesidades del titular del derecho de habitación “y de las personas de su familia” (art. 524 CC) lo que tal derecho protege. Es el ingrediente familiar el que lo justifica.

De ser un “derecho terrible” como reza, siguiendo las huellas de Becaria, el famoso título de Stefano Rodotta, la propiedad se hace íntima y cordial y el mismo Rodotta pone como ejemplo de lo que denomina “propiedades favorecidas” la normativa y jurisprudencia sobre la vivienda.

El ingrediente afectivo atrás citado al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, convierte la casa en vivienda y la institucionaliza. Es decir, hace del derecho real sobre la vivienda y de otros derechos reales y obligacionales conexos que la hacen habitable, por ejemplo los derivados de contratos relativos a determinados servicios y suministros necesarios cuando no imprescindibles, relaciones jerarquizadas a un fin superior por estimarse más valioso: el derecho al hogar. Y esto y no otra cosa es la institución

Ahora bien ¿De quien es el hogar? Más allá de su titularidad individual e incluso conyugal, el verdadero titular del hogar es la familia. Así resulta del bien conocido art. 1320 CC, pero también del art. 12 LAU, tras la reforma de 1994 determinada por la jurisprudencia inaugurada por la STS de 31 de octubre de 1986 que reconoce la titularidad arrendaticia de la familia y los artículos 91,1 y 144, 5 RH. Que el interés familiar prima sobre el individual de su titular formal, propietario, usufructuario o inquilino, se demuestra atendiendo a la exigencia de consentimiento del cónyuge para actos de disposición o de gravamen, consentimiento especialísimo que excede el genérico de los artículos 1377 y 1378 CC. Normas como las del art. 1353 CC (sobre la presunción del carácter ganancial de las donaciones) o el 1357 (sobre bienes comprados a plazos por un cónyuge antes de la sociedad de gananciales), ambos de especial relieve en cuanto a los inmuebles se refiere, muestran la tendencia a afectar a la familia el hogar y sus pertenencias. La preferencia del art. 1406,4º CC en favor del cónyuge supérstite de la vivienda habitual es otro signo del carácter institucional de la vivienda, contaminado así de la índole institucional que ya Cicu señalara como característico del derecho de familia. La mas reciente práctica del derecho de familia en cuanto al destino de la vivienda habitual en supuestos de crisis matrimonial, no hace sino acentuar ese carácter institucional, si bien son los hijos menores y en función de ello la madre, quienes tien-

den a protagonizar lo que se considera como interés familiar. Lo mismo revela la contribución notarial al derecho sucesorio potenciando la figura del usufructo viudal y atribuyéndole funciones comisariales. Es el habitar heideggeriano y no el mero estar lo que constituye el hogar.

## 2. LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICA

A lo largo de la exposición de cinco importante fenómenos jurídicos he tratado de hacer lo que Ihering denominó “química del derecho”. Esto es su desmenuzamiento. Ahora toca, a partir de tales elementos construir el concepto con extensión suficiente para comprenderlos a todos ellos y con la comprensión precisa para identificar su identidad categorial. Tal es la tarea de lo que el mismo Ihering denominó jurisprudencia superior.

Los derechos, entre otros muchos, así ejemplificados responden a la estructura general del derecho subjetivo. Si, como he dicho y repetido a lo largo de esta intervención, sujeto y objeto se identifican recíprocamente, no dejan de ser distinto el residente y el paisaje, el animal de compañía y su dueño, la familia y su hogar. Incluso si el territorio nacional, como factor material de integración política configura la nación, constituye un polo objetivo con el que la comunidad nacional, polo subjetivo, se relaciona. Son distintos y por ello contribuyen a su reciproca identificación. La inmortal obra de Otto Brunner, *Land und Herrschaft*, ofrece importante testimonios de ello.

Pero, a la vez, los fenómenos atrás analizados no son, frente a los derechos subjetivos comunes, tanto públicos como privados, una situación de poder concreto exclusivo y excluyente sobre un ámbito de la realidad. Antes bien se identifican en función de dicha realidad que requiere su tutela y, por ello, se caracterizan por su condición extraeconómica y por su trasdescendencia.

Los derechos que acabo de ejemplificar contribuyen, en grados diversos claro está, a la autoidentificación del sujeto a través del objeto también identificado. Entre uno y otro se establece una relación noético-noemática cargada de sentimientos en la cual el sujeto constituye afectivamente al objeto y, a su vez, se reconoce en él y así se identifica frente a terceros. La literatura ha dejado elocuentes testimonios de ello. Baste como muestra recordar que Don Quijote, dirigiéndose al misterioso encantador que había de ser su futuro cronista, exclama: “Ruegote no te olvides de mi buen Rocinante, compañero eterno mío en todos mis caminos y carreras” (*Quijote* I<sup>a</sup>, 2). Se trata de lo que la fenomenología existencial, rescatando un viejo término, denominó “intencionalidad”, que no es ciertamente la mera contemplación intelectual, sino la carga por una determinada energía psíquica, de la representación de un objeto en su virtud recalificado

Pero no cumplen esta función mediante el dominio sobre un objeto. No son el poder de un sujeto sobre una cosa. El territorio no es el objeto de la potestad estatal ni, lo que a los efectos sería o mismo, su delimitación espacial, ni el paisaje es disponible por sus vecinos y, menos aun, por sus visitantes, ni la lengua el objeto del poder de quienes la hablan ¿Podría Don Quijote por ventura vender a Rocinante o el Parlamento de Cataluña suprimir la lengua catalana? Antes bien, hemos visto que el territorio nacional identifica al Estado tanto como la lengua propia a la comunidad de sus hablantes y el paisaje a su vecindario. Reciprocidad que volvemos a encontrar en la relación del hombre con su animal de compañía y en la de la familia con su hogar, sin duda, más en el derecho antiguo, pero también, con relación al hogar conyugal, en el más reciente. Los derechos en cuestión, por lo tanto, identifican. Al sujeto y al objeto en la intersubjetividad. Y al generar un haz de relaciones jurídicas jerarquizadas en torno a un fin común, tienden a institucionalizar el objeto y, en función del mismo, al sujeto. ¿No son típicamente institucionales las relaciones y las normas relativas al territorio nacional y al domicilio familiar, incluso en el nuevo derecho de familia, aparentemente más contractual que institucional?

Esta íntima vinculación entre sujetos y objeto que, como quedó expuesto más atrás, humaniza al objeto: al espacio convertido en “lugar” por la comunidad humana que en él se asienta; a la lengua, hecha “propia” por quienes, la hablen o no, porque así la sienten; al inmueble convertido en “hogar”; al animal de compañía por la especial relación que le une a quien, a falta de otra palabra, seguimos llamando su dueño. Tal relación hace del objeto una magnitud intensa, frente a la cosa, objeto clásico de los derechos reales, que es una magnitud extensa. Y permítanme que utilice una y otra categoría kantiana (prolongando la analítica trascendental de la primera *Crítica* con el concepto de sublime dinámico de la tercera) incomprendiblemente olvidadas por los juristas y a mi entender claves para explicar fenómenos como los que acabo de exponer. Las magnitudes extensas se miden, las intensas se sienten; aquellas se pueden contar, dividir, distribuir y compensar; estas no. Por existenciales son infungibles e irreductibles a valoraciones económicas.

Como señalara Nussbaum en su famosa *Teoría Jurídica del Dinero*, éste sirve para homogeneizar el valor de las cosas más diferentes y, en consecuencia, permitir su compensación e intercambio. Así quedo claro desde el texto de Gaio IV,48. Pero el hecho es que hay objetos cuya especial humanización, no otra cosa, los coloca “extra commercium” y no pueden ser económicamente valorados. El territorio nacional no se vende, aunque si se vende el colonial y, volviendo a la magistral novela de Miguel Delibes, el desdichado gañan no se deja compensar, mediante el regalo de otros pájaros, la muerte de su *Milana*.

El derecho de propiedad, tan paradigmático en el campo privado como en el público, ha sido visto en su versión clásica, como un factor de individua-

lización y aislamiento. Así lo entendieron desde Rousseau a Marx. Pero, en los fenómenos de los que he dado cuenta, la relación de los hombres con el objeto de su derecho no los individualiza sino que los identifica, como ya he expuesto y no los aísla sino, antes al contrario, los abre a la intersubjetividad.

La apertura tiene lugar porque la relación noético-noemática, al desconfundir el objeto, permite que el sujeto se trascienda en otro y aun más en otros. Desde la comunidad lingüística a la conyugal. Baste pasear por un parque al atardecer para comprobar la función sociabilizadora de la propiedad de un perro. Una propiedad que identifica al propietario y no lo aísla sino que lo relaciona no solo con su perro, sino con los otros propietarios de perros.

Una reciente tesis doctoral presentada en la Politécnica de Madrid ha señalado la posibilidad de crear o incluso de apropiarse de un paisaje suburbano como instrumento de autoidentificación mediante la espacialización de lo que Veblen en su *Teoría de la clase ociosa* denominó “gasto ostentoso”. Si mediante tal recurso se consigue la autoidentificación colectiva de un determinado sector social, es claro que surge un orden concreto en el que el propietario se trasciende, cualquiera que sea el juicio que el fenómeno merezca. Pero si el gasto ostentoso espacializado tan solo pretende la autoafirmación del sujeto, la alteridad desaparece.

Ahora bien, todo ello, la función recíprocamente identificadora, la infungibilidad y la sociabilidad, son resultado de la afectividad que impregna la relación noético-noemática de los nacionales con su territorio, de los vecinos con su paisaje, de los hablantes con su lengua propia, de la familia con su hogar. En tales derechos lo que está en juego no es la autonomía de la voluntad ni las magnitudes extensas que denominamos intereses, sino unas magnitudes intensas tan íntimas como cordiales. Pero ambas, intimidad y cordialidad, junto con la trascendencia de “unirse estrechamente con alguien, de todo corazón”, son las principales acepciones que el Diccionario de la Real Academia nos da de “entrañable”. Por eso propongo llamar “entrañables” a estos derechos: los derechos que tutelan un sentimiento, pero no un sentimiento cualquiera, sino el de identificarse en relación con un objeto afectivamente cualificado y en el seno de una colectividad.

### **3. UNA NUEVA CATEGORÍA**

¿Tiene ello alguna utilidad? ¿Estas lucubraciones son algo más que la pobre versión de lo que despectivamente Gierke llamaba las fantasías de los artistas del derecho? Las categorías, decía Kant, sirven para iluminar los hechos que sin ellas están ciegos. Pero las categorías no crean los hechos ni las normas. Propugnar lo contrario fue lo que Rumelin denominara el “pecado contra el Espíritu Santo” de la jurisprudencia conceptual. Pero, al iluminarlos, per-

miten identificarlos y utilizarlos. Son lo que el citado Heck denominó “conceptos clasificatorios”. La razón categorizante no crea la realidad, pero permite conocerla y dominarla.

Lo primero, el conocimiento categorial, permite aprender intelectualmente los fenómenos y descubrirlos, más allá el torrente de la experiencia, en lo que tienen de singular y permanente. Que un objeto no sea una cosa sin más, sino que se cualifique como “entrañable” y que la relación con el mismo no sea meramente posesiva sino identificatoria y tuitiva; esto es, que se les conozca de verdad, es importante,

Porque y éste es el segundo extremo atrás enunciado, es claro que el dominio de la realidad es mayor cuando mas profundo sea su conocimiento y el jurista que pretenda enjuiciar los hechos y aplicar las normas en vez de enfangarse en unos y otras deberá recurrir a las categorías. De ahí su imprescindible utilidad para la buena práctica del derecho. Pero categorías que respondan a la realidad de los hechos y no pretendan sustituirla por conceptos huecos. Por eso, cuando la realidad no cabe en las categorías existentes, el buen jurista, decía Jellinek, debe de ser capaz de crear otras nuevas.

Para volver sobre lo dicho, mal jurista sería quien no viera la distancia abismal que hay entre la propiedad de una SINCAV y la del domicilio conyugal, algo que la opinión pública conoce muy bien cuando reacciona, incluso violentamente, ante un desahucio por impago y considera normal el embargo de una cuenta de valores por el acreedor. E igualmente ciego sería quien no viera en los derechos lingüísticos tanto un poder como un deber. El legislador regulara mejor lo entrañable y el juez lo tutelaré más eficazmente, si toma conciencia de su existencia a través de la correspondiente categoría.

Sin embargo, lo que denomino derechos entrañables son hoy harto polémicos. Por un lado, como he puesto de relieve a través de una serie de ejemplos, tienden a afirmar su singularidad frente a unos conceptos tenidos por clásicos y que responden a una visión meramente cuantitativa de las relaciones jurídicas: el “lugar” frente al espacio, el animal frente a la cosa. Y es evidente que esta reconquista de lo intenso frente a lo extenso no es pacífica, porque las categorías que consideramos clásicas han sido paulatinamente embargadas por una visión supuestamente objetiva y en realidad cuantitativa y fiscalista que solo conoce magnitudes extensas, ajenas a todo sentimiento. La mutación jurídica que en el derecho privado ha supuesto la economía, tan brillantemente ilustrada por nuestro compañero Javier Conde en 1947 bajo el titulo de *Las transformaciones del derecho patrimonial en la época del capitalismo* y que la masificación, aceleración y fluidificación del trafico en los años siguientes no han hecho más que acentuar, parece provocar la reacción de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina. Así lo muestra el reciente tratamiento jurídico de los fenómenos atrás expuestos.

Pero, a la vez, el horizonte de tales derechos resulta más que sombrío, porque la evolución económica y social parece diluir sus elementos subjetivos y objetivos. Las migraciones masivas al desenraizar las poblaciones tienen a privar al espacio de su carácter nacional, la presión turística y urbanística amenaza el paisaje, el plurilingüismo, que en realidad es el monopolio de una nueva *koiné*, pretende excluir la lengua propia, oponiendo a su función identitaria una mayor utilidad económica, y en la sociedad de consumo hasta la mascota, recosificación del animal en mero adorno, desplaza al animal de compañía. La homogeneización cultural profetizada hace más de doscientos años por Herder y que la globalización pretende hacer efectiva, substituye los afectos colectivos por instrumentos individuales.

Ante la insuficiencia el ayer que se trata de superar y las amenazas de un inmediato mañana, un verdadero humanismo jurídico, esto es aquel que busca un derecho de talla humana, requiere emancipar mediante nuevas categorías —esas categorías que no substituyen a los hechos, pero que son capaces de conducirlos como, en metáfora famosa, el capitán a los soldados— que den solidez a fenómenos como aquellos cuyo análisis he esbozado. Fenómenos de orden intenso y no meramente extenso que afectan a lo más entrañable de nuestra vida: a la identidad del sujeto de la que la intersubjetividad es condición trascendental de posibilidad.



## BIBLIOGRAFÍA

- BRUNNER, *Land und Herrschaft*, Viena 1934.
- COING, *Derecho Privado Europeo*, trad. esp. Madrid (Fundación Cultural del notariado), 1996.
- CONDE, en *Escritos y Fragmento Políticos*, Madrid (IEP), 1974, t. I.
- CICU, *Il diritto di famiglia*, Roma (Atheneum), 1924.
- GERLACH, *Privatrecht und Umweltschutz*, Berlin, (Dunckel), 1989.
- HECK, *Interessenjurisprudenz*, Tubinga, (Möhr) 1933.
- HERRERO, "La configuración del territorio nacional en la doctrina reciente del Consejo de Estado Español" en VVAA, *Estudios de Derecho Administrativo*, Madrid, 1974.
- , "El territorio nacional como espacio mítico", *Estudios en Homenaje a García Pelayo*, Caracas (Universidad Central de Venezuela), 1979.
- , "Els Drets Humans als microestats: due crisis de creixement" VVAA. *Recull i comentari dels articles de la Declaració Universal de Drets Humans. 500 aniversari*, Andorra la Vella, (Col.legi d'Avocats= 1999.
- , "Plurilingüismo, cooficialidad y Lengua Propia", en Herrero, *El valor de la Constitución*, Barcelona (Crítica), 2003.
- , "Del derecho terrible al derecho entrañable", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 6.
- , "El derecho al paisaje como derecho entrañable", *Ibid.* nº 30.
- PÉREZ MONGUIO, *Animales de compañía. Régimen jurídico en el Derecho Administrativo*, Barcelona (Bosch) 2005.
- PIZZORUSO, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 16.
- MUÑOZ MACHADO, *Los animales y el Derecho*, Madrid (Civitas), 1999.
- NUSSBAUM, *Teoría Jurídica del Dinero*, trad. esp, Brcelona (Bosch) 1929.
- VVAA, *Bienestar animal*, Madrid (MAPyA) 2003.
- VEBLEN, *Theorie of the leisure class*, Chicgo (MacMillan), 1899.
- WESTERMANN, WESTERMANN, GURSKY, EICKMANN, *Derechos Reales*, I, trad.esp. Madrid (Fundación Cultural del Notariado), 2007.

