

# ¿QUÉ QUEDA DEL DERECHO NATURAL EN NUESTRO DERECHO DE FAMILIA?

CARMEN M<sup>ª</sup> LÁZARO PALAU

Profesora de la Facultad de Derecho. UIC Barcelona

**Abstract:** El Derecho natural se basa en verdaderas leyes de la naturaleza que el legislador debe asumir en los diferentes ámbitos (entre ellos el familiar) para que las instituciones alcancen su plenitud. Esas perspectivas jurídicas han sufrido en la actualidad una profunda crisis que afecta de modo sintomático a dos ejemplos tradicionales de *ius naturale*: el matrimonio y la procreación. Durante siglos esas consideraciones parecieron tan evidentes que los derechos civiles casi no las formulaban como tales. Nadie dudaba que el matrimonio fuese la institucionalización de la unión entre hombre y mujer; la procreación el fruto de esa unión y el mantenimiento y la educación de los hijos, su consecuencia lógica. Sin embargo, las modificaciones que se han introducido en la actualidad van más allá de la ficción: manteniendo las mismas categorías, se han vaciado las instituciones de su base natural, de su fundamento y de su verdadero contenido. Así, por un lado, el matrimonio se ha visto afectado en su estabilidad, fecundidad y heterosexualidad. Y por otro, la filiación ha visto tambalear sus cimientos con las fecundaciones *in vitro*, inseminaciones artificiales con donantes y las adopciones homosexuales. Las reformas no han finalizado: en otras legislaciones se pone en duda la monogamia del matrimonio e irrumpe en el debate jurídico la maternidad por subrogación. Además, las Comunidades Autónomas contribuyen de modo indirecto a la confusión con leyes autonómicas de género.

**Palabras clave:** familia-derecho natural-reformas

## Introducción

Los romanos, aunque fueron en este punto como en tantos otros ampliamente deudores del pensamiento griego, son quienes forjaron los conceptos de derecho natural (*ius naturale*) y de derecho civil (*ius civile*). Sus *iusperiti* supieron, por primera vez, dar a estas nociones una dimensión suficientemente técnica para que pudieran ocupar un puesto central en la cultura jurídica europea. Fue, por así decirlo, un logrado proceso de aclimatación, cuyo equivalente solo se encuentra en el siglo XX, cuando jueces y legisladores consiguieron trasplantar al mundo del Derecho otro concepto de origen filosófico, la llamada dignidad del hombre. Como todas las nociones fundamen-

tales, las de derecho natural y de derecho civil fueron transformándose a lo largo de los siglos. Los griegos contraponían derecho natural y derecho convencional o artificial. El derecho recibe el calificativo de natural en la medida en que se debe a la naturaleza misma de las cosas, no a una decisión más o menos arbitraria de los hombres. Los romanos, en cambio, propugnan una concepción más “física” de la naturaleza y de su derecho. Para ellos, el *ius naturale* era lo que la naturaleza dictaba a todos los seres vivos, como la unión de los sexos y la procreación<sup>1</sup>, o todo lo que aprovechaba a todos los seres vivos, como el agua, el aire o el sol<sup>2</sup>. Era, en resumen, el orden inscrito en todas las cosas animadas o inanimadas. El derecho natural concernía a las relaciones entre humanos en razón de su corporeidad compartiéndolas con todos los representantes del mundo animal, en especial con los mamíferos. En cambio, los romanos reservaban el nombre de *ius gentium* a un derecho más “espiritual” y por eso más cultural propio sólo de los hombres al provenir del uso de su razón. Sin embargo era manifiesto que esta distinción no entrañaba ninguna separación radical. El *ius gentium* poseía igualmente algo de natural: era el fruto de la razón (*ratio*) y del discurso (*oratio*), no de meras convenciones entre los hombres<sup>3</sup>. *Ius naturale* y *ius gentium* tenían, para los juristas romanos, otro punto en común: su vocación a ser destinados a todos los hombres cualquiera que fuera la ciudad a la que cada uno pertenecía. Se oponían en esta característica al *ius civile*, nombre con el que se designaba al derecho propio de cada ciudad o nación. Desde el Bajo Imperio hasta la actualidad, el *ius naturale* y el *ius civile* han vivido cada uno su vida propia. A partir de la Edad Media, el derecho de gentes fue plenamente recibido en el campo del derecho natural, siendo éste tratado como el derecho propio a la naturaleza humana en su doble dimensión corporal y racional, contraponiéndose al derecho positivo.

Siguiendo al *Corpus iuris civilis*, el derecho civil de Personas trata tradicionalmente del estado y de la capacidad de las personas. Desde el siglo XIX comprende también los derechos de la personalidad, es decir, al conjunto de prerrogativas legalmente reconocidas a cada uno para defender su integridad moral y física. Todas estas reglas se aplican, ante todo, a las personas físicas. Aunque algunas de estas normas pueden ser extendidas, por analogía, a las personas llamadas morales (o jurídicas), han sido pensadas, en primer lugar, para los seres humanos, las personas físicas: informando su concepción, nacimiento, sexualidad, paternidad (o maternidad), filiación y muerte. No se trata sólo de meros hechos constatables sino de verdaderas leyes de la naturaleza, leyes corpóreas que el hombre debe asumir para llegar a su plenitud. No sorprende, pues, que el derecho civil de *Personas* mantenga estrechas relaciones con el *ius naturale* tal como los romanos lo entendían. Así, las *Institutiones* y el *Digestum* tomaban como ejemplos de este derecho “la unión del macho y la

hembra que nosotros llamamos matrimonio” y “la procreación y educación de los hijos”<sup>4</sup>.

### **Familia y derecho natural.**

Durante siglos, e incluso milenios, esas consideraciones parecieron tan evidentes que los derechos civiles casi no las formulaban como tales. Nadie dudaba de que el matrimonio fuese la institucionalización de la unión entre hombre y mujer; la procreación el fruto de esa unión y el mantenimiento y la educación de los hijos, su consecuencia lógica. El significado del matrimonio era tan obvio que ni siquiera el Código civil<sup>5</sup>, y más recientemente nuestra Constitución<sup>6</sup>, se ocupan de su definición, siguiendo el aforismo latino *in claris non fit interpretatio*. El matrimonio gozó en un principio de las notas de monogamia, heterosexualidad, indisolubilidad o estabilidad y fecundidad al ser una institución orientada a la procreación; los cónyuges se debían respeto, asistencia y fidelidad y ese ámbito familiar propiciaba de modo natural la procreación y educación de los hijos, con los consiguientes derechos y deberes para unos y otros.

Ciertamente, los juristas nunca se consideraron como absolutamente obligados por estos datos naturales, pero las excepciones que admitían las trataban como ficciones: la ficción del nacimiento para el hijo concebido; la ficción del fallecimiento para el delincuente castigado con muerte civil o para la persona ausente legal; la ficción de supervivencia de una persona ya fallecida por efecto de la representación sucesoria; la ficción de filiación para el hijo adoptado, etc. Ahora bien, las ficciones jurídicas se elaboraban para continuar manteniendo el orden natural de las cosas cuando, por excepción, los principios jurídicos ordinarios no permitían obtenerlo<sup>7</sup>. En consecuencia, tanto en su técnica como en su finalidad, la ficción constituía un homenaje al derecho natural al que trataba de imitar y al que escogía como modelo.

### **Reformas que afectan al derecho natural**

Estas perspectivas jurídicas han sufrido en la actualidad una profunda crisis que ha afectado de modo sintomático a dos ejemplos tradicionales del *ius naturale*: el matrimonio y la procreación.

#### **1. El matrimonio.**

El matrimonio ha sido desprovisto paulatinamente de su indisolubilidad por la admisión del divorcio y de su fecundidad por la generalización de la anticoncepción, pero los comienzos del siglo XXI han supuesto definitivamente el desmoronamiento jurídico de su realidad natural, al cuestionar la unión de un hombre y de una mujer. Numerosas legislaciones civiles ya no dudan en consagrar el matrimonio homosexual, entre ellas nuestro país con la ley de 1

de julio de 2005 que ha modificado el Código civil al añadir al artículo 44 de éste un segundo párrafo en el que se dispone que “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Contra esa ley se interpuso recurso de inconstitucionalidad siendo resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012 de 6 de noviembre, la cual considera que la ley 13/2005 se ajusta a la Constitución Española porque “no cambia el matrimonio, simplemente lo hace evolucionar (...) siendo reconocible en el contexto socio jurídico actual como tal matrimonio”. Si se consulta el Diccionario de la Real Academia de la Lengua observamos que el término “reconocer” algo es “examinar con cuidado para enterarse de su identidad, naturaleza y circunstancias”. El diccionario equipara, pues, realidad con veracidad. Por tanto, poner al matrimonio frente al espejo para que refleje su verdad es enfrentarlo con su naturaleza, con el derecho natural. Y si cual madrastra de Blancanieves preguntamos al espejo si el matrimonio hoy en día es reconocible podemos esperar dos respuestas: si la respuesta es negativa y no se deroga la ley del matrimonio homosexual corremos el riesgo de crear una ficción matrimonial, que no dejará de serlo por muy democrática que ésta sea, ya que las instituciones civiles no surgen de acuerdos democráticos sino de la búsqueda de la justicia, de lo que es justo y adecuado a cada institución. El Tribunal Constitucional, no obstante, ha optado por una respuesta positiva considerando la propia STC 198/2012 que “tras las reformas introducidas en el Código civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles (...) estando claro, por tanto, que la única diferencia entre la institución matrimonial antes y después de julio de 2005 se refiere al hecho de que los contrayentes puedan pertenecer al mismo sexo”. Con esta simple frase de apariencia banal: “la única diferencia (...) se refiere al hecho de que los contrayentes puedan pertenecer al mismo sexo” los Magistrados de tan alto tribunal han herido de muerte al derecho natural del matrimonio ¿No es acaso esa “única” diferencia que separa al hombre de la mujer la que ha motivado al legislador a regular el matrimonio? ¿No será también que “la única” diferencia (que los contrayentes puedan pertenecer al mismo sexo) es precisamente “la” diferencia? ¿La unión que se establece entre dos personas del mismo sexo es la misma que la unión conyugal? ¿son intercambiables? Y si no lo son ¿por qué hay que tener miedo a reconocer la diferencia? Por el contrario, negarla supone someter las personas del mismo sexo a una constante comparación con el matrimonio heterosexual: se querrá ver en uno el original, en el otra la copia; en una el modelo, en el otra la modalidad. Proporcionar instituciones diferentes a realidades diferentes por su orientación sexual no es discriminar personas sino diferenciar conductas. La naturaleza no discrimina al formarnos hombres y mujeres. Unirse en ma-

rimonio no es establecer una relación de cualquier tipo, sino una profunda conformación entre hombre y mujer basada en la mutua diversidad y complementariedad sexual<sup>8</sup>. Con la ley 13/2005 los poderes públicos han aceptado realizar un verdadero salto cualitativo forzando la calificación misma del matrimonio con el fin de integrar en ella lo que, hasta ahora, parecía contrario a su naturaleza: el matrimonio se asentaba en la diferencia de sexos porque iba orientado a la procreación. Durante siglos sociedades con raíces culturales diferentes han atribuido relevancia a la unión copulativa a través de la virginidad o la prueba de su consumación. De ahí, por ejemplo, que en el Derecho canónico se admita el matrimonio rato y no consumado como causa de inexistencia del matrimonio. Con la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo se elimina el aspecto corpóreo de complementariedad sexual para poner el acento en el elemento afectivo, son enamorados pero no cónyuges. En contraposición con la solidez del amor matrimonial, a la vez espiritual y corporal, el amor entre personas del mismo sexo es un amor meramente romántico, un tanto "líquido" con peligro de evaporarse más fácilmente.

En la actualidad el matrimonio designa dos realidades diferentes amparadas por una misma forma. En España el término matrimonio, cual torre de Babel es ambiguo y contradictorio y es reflejo fiel de la célebre frase que pronunció Sócrates antes de beber a la cicuta "corromped el lenguaje y corromperéis el alma". La polisemia a la que se ha visto sometido no sólo hace irreconocible la institución matrimonial, sino lo que es peor, no identificable y socialmente ineficaz<sup>9</sup>.

## 2. La procreación

El matrimonio homosexual, al no tener capacidad procreativa común, sólo puede pretender una paternidad o maternidad ficticia. Durante la última mitad del siglo XX la práctica médica, de forma progresiva, ha ido introduciendo técnicas de procreación artificial: fecundaciones *in vitro*, inseminaciones artificiales con donantes, maternidad de sustitución... siendo legalizadas muchas de ellas bajo la presión de los médicos y colectivos sociales. Esa legalización ha sido, lógicamente, acompañada de una modificación del derecho civil de filiación, con el objeto de asimilar los niños nacidos de procreaciones artificiales a niños engendrados por relaciones sexuales ordinarias entre el padre y la madre. Esta equiparación es cierta, en parte, cuando el niño procede de los gametos del padre y de la madre. Por el contrario, constituye una manipulación, cuando la concepción del hijo sólo pueda ser posible por la intervención de otra persona extraña a la pareja, sea un donante de gametos o una madre de sustitución. La ley, en este último caso, ya no recurre a una ficción sino que niega pura y simplemente la verdadera la filiación del hijo, reemplazándola

por otra de conveniencia. Abandonando el término “artificial”, deja de presentarla como una ficción, para convertirla en mera procreación con asistencia médica<sup>10</sup>. La maternidad por subrogación, reivindicada sobre todo por grupos homosexuales gais, presenta otra problemática al no corresponderse la madre biológica con la madre legal. Se disocian, ya desde el nacimiento, naturaleza y derecho positivo.

## Epílogo

¿Qué queda, pues, del derecho natural en el derecho de familia?

A parte de la filiación natural, la única característica de derecho natural que permanece en el matrimonio es la monogamia con los deberes de fidelidad, asistencia y comunidad de vida. No obstante, estos deberes se han visto reducidos o cuestionados con la aprobación del divorcio, por haber introducido la posibilidad de la poligamia sucesiva, incumpléndose en la práctica el deber de fidelidad, cohabitación, asistencia y socorro mutuos ¿Por qué se mantiene la monogamia y hasta cuándo? No ciertamente por razones de derecho natural o morales, sino por otras quizás más acordes con los valores sociales: la monogamia garantiza el principio de igualdad entre sexos. La pluralidad de personas dentro del matrimonio produce desequilibrio en las relaciones contrario a la dignidad de las personas.

El derecho natural subsiste también en el matrimonio a través de las normas que rodean la libertad en la prestación del consentimiento matrimonial. Sin embargo, se potencia la libertad a costa de privarla de toda substancia.

No podemos decir que la ley natural ha desaparecido porque muchos viven la ley natural, pero sin la protección de la ley positiva. Esta última tolera la vivencia de la ley natural pero no la garantiza ni la protege instaurando, en ocasiones, normas que actúan abiertamente en contradicción con la naturaleza de las relaciones.

Al desconectar el derecho positivo del derecho natural se corre el riesgo, por un lado, de reducir la norma a la técnica desvinculándola de su contenido: de la idea de justicia, con objeto de dejarla en manos de la democracia, sistema propio de la organización política pero no del derecho civil (la democracia sin justicia engendró el sistema hitleriano). El positivismo jurídico o normativismo es un derecho meramente técnico, exponente de la libertad del legislador pero no de su razón y desprovisto de substancia, sustento o fundamento. Por otro lado, la consecuencia de trastocar impunemente las bases o la naturaleza en las que se asientan las instituciones conduce inevitablemente a una inseguridad jurídica. No se depende del derecho natural sino de la ideología o de la moda del momento porque el derecho natural es inmutable mientras que el positivo es voluble y variable.

Para finalizar, podemos añadir que existe en la Unión europea un proyecto de crear un Código de derecho civil europeo. La elaboración de normas comunes a todos los Estados sólo podrá llevarse a cabo en razón de las cualidades intelectuales y morales de las disposiciones de los derechos civiles de cada nación. En otros términos, sólo su *auctoritas*, no su *potestas*, les permitirá subsistir como principios normativos de la nueva Europa, no necesitando precisar que esta autoridad les vendrá de su conformidad al derecho natural<sup>11</sup>.

## Notes

<sup>1</sup> *Institutiones*, 1, 2; *Digestum*, 1, 1, 1: "Es derecho natural el que la naturaleza enseñó a todos los animales. En efecto, este derecho no es exclusivo del género humano, sino de todos los animales que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar. De aquí deriva la unión del macho y la hembra, que nosotros llamamos matrimonio; de aquí la procreación y educación de los hijos: vemos, en efecto, que se considera que los restantes animales tienen experiencia de este derecho."

<sup>2</sup> *Institutiones*, 2, 1, 1.

<sup>3</sup> "Derecho de gentes es el común a todos los pueblos, por lo que es fácil de distinguir del derecho natural pues éste es común a todos los animales, mientras que aquél sólo es común a los hombres en sus mutuas relaciones" (*Digestum*, 1, 1, 4). "el que la razón natural establece entre todos los hombres, ése es observado igualmente entre todos los pueblos y es denominado derecho de gentes, en cuanto todos los pueblos usan de ese derecho" (*Institutiones*, 1, 2, 1). La primera fórmula es de Ulpiano, la segunda de Gayo.

<sup>4</sup> *Ídem*, nota 2.

<sup>5</sup> El párrafo 1º del art. 44 del Código civil español se limita a decir que "el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código".

<sup>6</sup> Con redacción similar el párrafo 1º del artículo 32 de la Constitución Española señala que "el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica".

<sup>7</sup> Vid. Sériaux, A. (2012), p. 1267.

<sup>8</sup> Gas Aixendri, M. (2012), p. 85.

<sup>9</sup> Martínez de Aguirre, C. (2008), p. 276.

<sup>10</sup> Así, el Código civil catalán en su artículo 235-13 emplea la expresión "fecundación asistida".

<sup>11</sup> En sentido parecido, se indica que los derechos civiles sólo pueden pretender regir las relaciones privadas internacionales cuando superan con éxito el test de su carácter natural, Francescakis, Ph. (1961) p. 113 y 131.

## Referencias Bibliográficas

Francescakis, Ph. (1961) « Droit naturel et droit international privé » en *Mélanges Maury*, Dalloz-Sirey, t. 1.

Gas Aixendri, M. (2012) "Què significa casarse en el segle XXI", *Temes d'Avui*, núm 43.

Martínez de Aguirre, C. (2008) "¿Nuevos modelos de familia? en *La familia, para-*

*digma de cambio social*, Institut d'Estudis Superiors de la Família, Barcelona.

Sériaux, A (2012) « Qualifier ou l'entre-deux du droit » en *La diversité du droit, Mélanges J. Sainte-Rose*, Bruylant.