

EL MATRIMONIO COMO PACTO CONSTRUIDO SOCIALMENTE Y LA RESPUESTA DE LA LEY NATURAL

GABRIEL LIMODIO

El tema puntual sobre el que debo hablar es el matrimonio como pacto construido socialmente y la respuesta de la ley natural. Esto necesariamente lleva a hacer una referencia jurídica. Por lo pronto, pareciera que se hace necesario aclarar algunas cuestiones que muchas veces creemos que son de una manera pero efectivamente no lo son o ya han sido reelaboradas de otra forma.

Algunas cuestiones jurídicas

Para entendernos debiéramos decir que el derecho, tal como se nos ha enseñado, no se corresponde con la verdadera esencia del mismo.

Así, aquellos que hemos estudiado dentro del modelo decimonónico, hemos escuchado que el derecho se divide en objetivo y subjetivo, que uno es la ley y el otro la facultad jurídica de hacer lo que la ley no prohíbe. De esta manera, el derecho aparece como bifronte, es decir, por un lado la ley, por otro la libertad, la facultad, la subjetividad¹.

En verdad esta presentación del derecho es típicamente moderna, quizá el primero que la avizó haya sido Thomas Hobbes en un libro que se llama *Elements of Law*, el cual estrictamente no trata de cuestiones jurídicas, sino de alguna manera de las leyes de la naturaleza, allí dice “[...] los nombres *lex* y *jus*, ley y derecho, se confunden a menudo, y sin embargo, rara vez pueden encontrarse dos palabras de significación más opuesta. Derecho es la libertad que la ley nos permite, y leyes son esas limitaciones mediante las cuales acordamos mutuamente restringir nuestras libertades recíprocas. Ley y derecho son, por consiguiente, tan diferentes como prohibición y libertad, que son opuestas”².

¹ VILLEY, Michel, *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Paris, Dalloz, 1976, en especial capítulos I y II, “Torah-Dikaion- Dikaion -Torah”, págs. 19 a 30. Respecto de este texto existe traducción al castellano a cargo de SANZ, C. R., *El Derecho. Perspectiva griega, judía y cristiana*, Buenos Aires, Ghresi, 1978.

² HOBBS, Th., *Elements of Law*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, Libro II, capítulo V (traducción al castellano de Dalmacio Negro Pavón), pág. 364.

Quizá dentro de los textos cultos sea este el que por primera vez hace una distinción de esta índole para referirse al derecho, pero además debe decirse que la cuestión no es menor ya que la estructura que propone el autor de Malmesbury, acerca de la sociedad política, es inversa hasta la que allí era de alguna manera aceptada, que consiste en la visión aristotélica, según la cual el hombre es un “zoon politikon”, a partir de allí dejará de serlo para transformarse en el actor principal y por momentos excluyente de esta nueva sociedad que tiene mucho de artificial³.

Lo cierto es que durante largos siglos, la noción de derecho implicó otra cosa; es en Roma donde se separa de la religión, de la moral, de la política; lo cual no quiere decir que sea totalmente autónomo, pero adquiere allí un carácter propio, su estructura⁴.

Este quizá sea el secreto de la confusión; el derecho tiene como saber y como práctica su propio estatuto, su propia identidad, lo cual no quiere decir que no tenga algún tipo de contacto con estos otros saberes que hemos mencionado.

Solo una referencia a un texto clásico como *El Digesto* nos puede dar una pauta de lo que estamos diciendo, partiendo de la base de que esta parte del Código Justiniano puede aplicarse a todas las enseñanzas jurídicas mientras estuvo vigente el modelo nacido en Roma.

El primer capítulo, de su primer libro, se refiere a la justicia y el derecho y dice textualmente: “[...] conviene que el que ha de dedicarse al derecho conozca primeramente de dónde deriva el término *ius* o derecho. Es llamado así por derivar de justicia, pues, como elegantemente define Celso, el derecho es la técnica de lo bueno y de

³ Sin intención de avanzar sobre temas que superan el presente trabajo, cabe recordar de qué manera Aristóteles inaugura su libro sobre la Política al decir: “Toda ciudad se ofrece a nuestros ojos como una comunidad, y toda comunidad se constituye a su vez en vista de algún bien [...] si, pues, todas las comunidades humanas apuntan a algún bien es manifiesto que al bien mayor entre todos estará enderezada la comunidad suprema entre todas y que comprende a todas las demás, ahora bien esta es la comunidad política que comprende a las demás” (se toma la traducción de Gómez Robledo para la edición de Editorial Porrúa, pág. 157).

No puede dejarse de señalar aquí la interesante y novedosa teoría de Villey cuando analiza el pensamiento de Hobbes y resalta que su figura no debe ser tomada como el pensador del absolutismo sino, por el contrario, como uno de los fundadores del derecho liberal; así el autor citado dice: “[...] y yo pienso que tocamos aquí el fin mismo del sistema de Hobbes, él está esencialmente dirigido hacia la consolidación efectiva de los poderes del individuo. Los que leen a Hobbes desde el punto de vista de las ideas políticas dicen que su fin es la instauración de la paz, y yo así lo deseo, pero desde el punto de vista de la Historia del pensamiento jurídico, y en un sentido más positivo, nosotros diremos más bien: promoción, realización, seguridad de los derechos subjetivos de cada uno”. Véase VILLEY, M., *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, 1977, en especial el trabajo “El derecho del individuo en Hobbes”, pág. 191 y sigs. En el mismo sentido, puede consultarse un capítulo de la obra citada de Norberto Bobbio, dentro del libro *Tomas Hobbes*, Barcelona, Ediciones Paradigma, 1991. Así, dice en el “Modelo iusnaturalista y sociedad burguesa”: “[...] el descubrimiento de estado de naturaleza como centro de las relaciones económicas, a través de las cuales los hombres proveen a su sustento, luchando por los bienes que sirven para su supervivencia, lleva al de la esfera económica, como distinta de la esfera política [...] el descubrimiento de la esfera económica, como distinta de la esfera política [...] representa a su vez el momento de emancipación de la clase destinada a convertirse en económicamente dominante con respecto al estado existente, mediante la individualización de una sociedad prepolítica y antipolítica, que se rige por sus leyes naturales y que constituye la base sobre la que se erige la sociedad política como ente artificial producido por la voluntad de los poseedores de los bienes para la protección de su propiedad [...]”, ob. cit., pág. 29.

⁴ VIGO, Rodolfo Luis, *Visión crítica de la Historia de la Filosofía del Derecho*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1984, cap. I, págs. 13-46.

lo justo. En razón de lo cual se nos puede llamar sacerdotes, en efecto rendimos culto a la justicia y profesamos el saber de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres, no solo por el temor de los castigos, sino también por el estímulo de los premios, dedicados, si no yerro, a una verdadera y no simulada filosofía. Dos son las posiciones en este estudio: el público y el privado. Es el derecho público el que respeta al estado de la república; privado, el que respeta la utilidad de los particulares, pues hay cosas de utilidad pública y otras de utilidad privada. El derecho público consiste en el ordenamiento religioso de los sacerdotes y de los magistrados. El derecho privado es tripartito, pues está compuesto por los preceptos naturales, de gentes y de civiles. Es derecho natural aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales de la tierra y el mar, también es común a las aves. De allí deriva la unión del macho y de la hembra, que nosotros denominamos matrimonio, de ahí la procreación de los hijos y de ahí su educación. Pues vemos que también los otros animales, incluso los salvajes, parecen tener conocimiento de este derecho. Es derecho de gentes aquel que usan todos los pueblos humanos. El cual puede entenderse fácilmente que se distingue del natural porque el natural es común a todos los animales y el de gentes únicamente a los hombres entre sí⁵.

La cita se ha hecho deliberadamente larga porque implica toda una cosmovisión sobre el derecho, que nos ayudará a entender la posición clásica sobre él y además una visión también clásica y prácticamente indiscutida sobre la ley natural y el derecho natural. Cabe decir al respecto que si bien la frase que se citó se elabora en el siglo VI de nuestra era, es la síntesis de un pensamiento que arranca prácticamente un milenio antes y se proyecta por otro milenio; además, específicamente, esta reunión de textos en lo que fue el *Corpus Iuris Civile* no es ni una mera recopilación ni tampoco un código tal como se concibe modernamente, es decir, creador del derecho, sino que implica reunir todo aquello que se vinculaba a decisiones de los tribunales, constituciones de los magistrados, opinión de los juristas más destacados, para lograr una fijación del derecho y, lo que es muy importante, para que las nuevas generaciones no tengan dudas de cuál era la tradición jurídica a la cual se incorporaban.

Este criterio se mantiene durante largo tiempo, incluso en el denominado derecho cristiano, hasta que a partir del siglo XIV hay un desplazamiento por el cual la idea de derecho se analiza principalmente desde la perspectiva del derecho subjetivo, pero las cuestiones que hacen a lo que muy ampliamente puede denominarse como derecho natural, y lo que nos importa resaltar ahora que es el denominado derecho de familia, no sufrirán modificaciones de importancia hasta la codificación del siglo XIX. Asimismo, aun allí no se observará la invasión de los denominados derechos del individuo⁶.

⁵ *El Digesto de Justiniano*, versión castellana por A. D'Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, Pamplona, Aranzí, 1968, pág. 45.

⁶ VILLEY, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, en especial capítulos I "Los orígenes de la noción de derecho subjetivo", pág. 23 y sigs. y "La génesis del derecho subjetivo en Guillermo de Occam", pág. 149 y sigs. Dicha obra reúne distintas traducciones de artículos extraídos de *Lecons de Histoire de la Philosophie du droit* (1962) y *Seize essais de Philosophie du Droit* (1969).

Para no prolongar este panorama solo cabe recordar que el modelo de la modernidad en el aspecto jurídico pone el acento en el individuo, lo cual explica que al momento de la Ilustración se llegue a las declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano que son inmediatamente posteriores a la Revolución Francesa.

Aquí cabe consignar otro dato que no es menor, y es que en esta época se consolidan los Estados nacionales, se hace cada vez más común la existencia de legislaciones nacionales, y aquí cobra vigencia un nuevo paradigma en el cual el derecho tiende a identificarse con la ley positiva. Una mirada general permite observar, por una parte, que el programa político surge de las constituciones, con sus declaraciones de derechos y garantías; son todavía en esa época constituciones programáticas, pero la tarea de ordenar la sociedad desde el derecho positivo le cabe a los códigos; en materia de derecho privado, principalmente, al Código Civil.⁷

El matrimonio dentro del derecho

Para ubicarnos en lo que estamos hablando podríamos recordar que en la introducción a su *Sistema de Derecho Civil* Diez Picazo y Gullón dicen: “La dimensión familiar del hombre, preeminentemente de acuerdo con los principios cristianos, obliga a convertir el ‘derecho de familia’” en la segunda parte institucional del derecho civil. No obstante el hecho de presuponer necesariamente su estudio conceptos jurídicos de carácter patrimonial, hace aconsejable por razón de orden didáctico posponer su estudio al del derecho de bienes, sin desvirtuar, desde luego, su consideración de pieza maestra del Derecho Civil, ni convertirlo, según alguna moderna dirección apuntada, en parte del derecho público⁸.

Para tomar ejemplo de otros doctrinarios, puede citarse a Guillermo Borda en su tratado de *Derecho de familia*; cuando se refiere al tema recuerda la definición de matrimonio de Portalis, y a partir de allí hace hincapié en que el matrimonio es la base necesaria de la familia legítima. Basta recordarlo para comprender su trascendencia en todo el derecho de familia y aún más en toda la organización social⁹.

Para no agotarlos solo basta recordar lo que decía mi profesor de Derecho de Familia, el Dr. Jorge Mazzinghi, acerca de que el derecho de familia nunca puede perder de vista la realidad natural que regula; recordar que la familia no está hecha por ni para el derecho, sino que a la inversa, el derecho está ordenado a mantener la estructura familiar, a asegurar su solidez, a armonizar su funcionamiento. A continuación, en su explicación sobre el tema define a la familia, en el plano jurídico, como institución y a esta como sistema de normas¹⁰.

Lo llamativo es que dentro de las distintas maneras de legislar sobre el matrimonio, en todo momento, salvo algún espacio posterior a la Revolución Francesa,

⁷ VIGO, Rodolfo, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003; ver en especial el prólogo y el capítulo I.

⁸ DIEZ PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Tecnos, 2000, V. I, pág. 46.

⁹ BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil*, Familia, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, T. I, Nros. 1 a 9.

¹⁰ MAZZINGHI, Jorge Adolfo, *Tratado de Derecho de Familia*, Buenos Aires, La Ley, 2006, T. I, pág. 19 y sigs.

muy breve por cierto, se han respetado ciertas cuestiones básicas, donde no puede ocultarse el carácter natural de la institución a la que nos estamos refiriendo¹¹. Esto resulta notable, no se ha intentado hasta el presente diseñar un modelo de matrimonio a partir de la ley; por el contrario, la ley regulaba lo natural.

Un claro ejemplo del tema es la introducción que sobre la cuestión hace el eximio romanista Alejandro Guzmán Brito, cuando recuerda que dentro de esa estructura jurídica el matrimonio no es un acto ni un estado jurídico sino un hecho o dato de la vida social, consistente en la convivencia estable, incondicionada, indefinida y excluyente entre un hombre y una mujer, para luego enfatizar: “[...] el derecho, sin embargo, establece ciertos presupuestos para que de él puedan seguirse determinadas consecuencias propiamente jurídicas, de no respetarse aquellos no se generan estos, pero el derecho matrimonial puede seguir en pie”¹².

Esta explicación que acabamos de citar sobre el derecho privado romano permite proyectarla sobre todo aquello que fue el derecho de familia, con la particularidad, a la cual hemos hecho ya mención, de que, por una parte, se ha respetado la estructura del matrimonio en cuanto hecho natural y cuando se lo ha legislado se ha tenido en cuenta el dato religioso, tal la referencia que se ha hecho a lo largo de la historia cuando se ha legislado teniendo como marco de referencia al derecho canónico.

A este respecto no hay mejor ejemplo que el criterio seguido por nuestro codificador, Vélez Sarsfield, que a pesar de demostrar una impronta individualista en lo que hace al acto jurídico, a los contratos y a los derechos reales, en lo que respecta a la visión de la persona (dentro de lo que era posible en la comprensión jurídica del siglo XIX) y sobre todo el capítulo del matrimonio, denota una clara aceptación del orden social establecido en aquel momento.

Cabe ahora, siempre en el ámbito del derecho de familia, advertir cómo se ha producido en las últimas décadas la variación de paradigmas que empezaron siendo cuestiones sociológicas, culturales, y se transformaron luego en jurídicas, y hoy diríamos en derecho positivo.

Solo como ejemplo de aquello que estamos hablando, cabe consignar algunas intervenciones durante el debate de lo que es hoy la Ley N° 26.618, que implicó una importante modificación a la ley de matrimonio civil.

Pueden allí leerse frases como, por ejemplo, la modificación del derecho de familia como una fuerte convicción ideológica, vinculadas con la igualdad, con cuestiones que hacen a “[...] terminar con la discriminación y que los debates deben darse en el campo de los derechos”¹³. “Lo que queremos decir es que constituimos una sociedad plural, como cualquier otra sociedad humana. Pertenece a distintas etnias, y religiones, tenemos diferentes orientaciones sexuales y distintas opiniones políticas. Por lo tanto, lo que hacen la Constitución y las leyes es ubicar esa diversidad en un

¹¹ MARTIN, Xavier, “Fundamentos políticos del Código Napoleón”, en AA VV, *La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón*, Buenos Aires, EDUCA, 2003, pág. 157 y sigs.

¹² GUZMÁN BRITO, A., *Derecho privado Romano*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo I, Capítulo “Esponsales”.

¹³ H. Cámara de Diputados, Sesión del 4 de mayo de 2010, Orden del día 197 (Versión Taquigráfica), págs. 4-5

punto de igualdad ante la ley. De este modo, la norma permite que cada persona pueda vivir su propia biografía y que realice sus propias elecciones en el marco de lo que establece el artículo 19 de la Constitución Nacional [...] la modificación que hoy proponemos no agravia derechos de terceros, la moral ni el orden público; simplemente da derechos a aquellos que los tenían restringidos”¹⁴. “No estamos legislando señorías para gentes remotas y extrañas, estamos ampliando las oportunidades de felicidad para nuestros vecinos”¹⁵.

Es decir, hay una clara visión del derecho civil y del derecho de familia a partir de los derechos en las relaciones de familia; las palabras llave son “escribir la propia biografía”, “felicidad”, “construcción”, “se legisla para dar más derechos”; como se observa, la impronta es claramente individualista.

Otras transcripciones que se explican por sí mismas: “El matrimonio civil es una construcción. No cabe ninguna duda. Ha sido modificado a través del tiempo. El matrimonio civil es una construcción social, cultural y económica en un determinado tiempo y en un determinado espacio, y al ser fruto de una construcción social y cultural tiene un carácter dinámico porque la base es el hombre, y este es cambiante social y culturalmente en el tiempo. Entonces el matrimonio civil es un concepto que está al servicio del hombre. De ninguna manera el hombre puede estar al servicio de un concepto. Como en este caso, es el matrimonio civil. Por lo tanto es perfectamente admisible su modificación en tanto le resulte beneficioso a una realidad que ya existe en una sociedad”¹⁶.

Se ha dicho en el mismo sentido que la nueva ley de matrimonio civil significa “una iniciativa legislativa que está en consonancia con la llamada humanización, internacionalización o constitucionalización del derecho de familia, y en particular con el artículo 19 de la Constitución Nacional desde una relectura contemporánea sobre las ideas de libertad, autonomía y dignidad”¹⁷.

Más allá del caso puntual acontecido el año pasado, cabe reconocer que en materia de matrimonio y derecho de familia se ha avanzado hacia otro paradigma que implica aceptar la influencia del derecho público, y sobre todo de cierto ordenamiento de pactos internacionales. Por lo pronto, en el ámbito doctrinario, en la actualidad, cuando se habla de derecho civil se está hablando de algo distinto, se hace referencia al derecho constitucional civil, derecho civil constitucional, derecho constitucionalizado, derecho privado constitucional¹⁸.

Qué queda del arte de lo bueno y de lo equitativo, qué queda de lo justo, qué del orden social justo... Convengamos que esta idea del individuo y su derecho lo ha perforado todo; las instituciones, la idea de bien común, el orden público, todo se rinde ante los derechos civiles, por darle un nombre.

¹⁴ *Ibid.*, pág. 6.

¹⁵ Esta cita figura en página 9 y es una transcripción de parte del discurso del Presidente del gobierno español, Rodríguez Zapatero, al presentar el tema ante las cortes de su país.

¹⁶ H. Senado de la Nación, 14 reunión, 9na. Sesión del 14/15 de julio de 2010 (versión taquigráfica), pág. 28.

¹⁷ *Ídem anterior*, pág. 84.

¹⁸ HERRERA, Daniel, “El derecho natural y el nuevo paradigma del derecho”, en *Prudentia Iuris*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Noviembre 2010, Nros. 68/69, pág. 73 y sigs.

Aquí cabe recordar una frase de Carbonnier cuando en el año 1975 hablaba de la “irrespetuosa ingerencia del relativismo en el derecho de familia”; por otra parte, Louis Josserand, a mediados de la década del treinta, advertía que ya en aquel entonces existía una propensión a transformarla a insistir con su evolución, y reconocía que si bien la evolución presenta ventajas incontestables era fértil en peligros, y señalaba que la partida que se estaba jugando era muy importante como para desatenderla y ubicaba el problema en no entender la razón de ser de la familia, cuestión a la cual ya nos hemos referido en estas líneas¹⁹.

Algún intento de explicación

Con el fin de aportar algunas ideas que permitan entender mejor la cuestión, el tema puede abordarse desde dos ángulos, el específicamente jurídico y el que llamaremos cultural, por darle un nombre que pueda permitir entender por qué se ha llegado al punto en el que estamos y que pareciera no ser de fácil retorno.

Más allá de las cuestiones jurídicas, no puede desatenderse la cuestión cultural que ha servido de trasfondo a estas nuevas estructuras jurídicas, sobre todo la cuestión que hace al pensamiento surgido de la Ilustración y aquello que podría denominarse como la tensión modernidad ilustrada-posmodernidad²⁰.

Para no repetir conceptos, cabe recordar puntualmente algunas nociones, que puedan coadyuvar a entender ciertos razonamientos jurídicos. Por lo pronto, se puede consignar que la modernidad suele definirse como un proceso de racionalización encaminada al desencantamiento del mundo en sustitución de las concepciones metafísico religiosas del Medioevo.

Ha sido entendida, por lo general, como un proceso de mundanización o secularización; así cabe analizar la aparición de los humanismos renacentistas, una mayor reflexión sobre la razón del hombre y el dominio sobre el mundo que abre la ciencia positiva, la cual permite pensar en una interpretación de las cosas como una toma de conciencia de su singularidad en contraste con la filosofía medieval. Hay autores que creen ver en este proceso una suerte de distinción de la conciencia frente al mundo. En el inicio programático de la modernidad se ubica la crítica como herramienta, de suerte tal que cabe concebirla como un proceso de racionalización encaminado al desencantamiento del mundo.

El problema de la posmodernidad se presenta todavía más complejo, porque su mención puede servir solamente para ubicarnos en una época histórica; desde otro punto implica una experiencia filosófica distinta que utiliza la crítica como herramienta, y la utiliza contra la modernidad, en verdad cuando aparece históricamente lo que se ha puesto en duda es la razón ilustrada.

¹⁹ JOSSERAND, Louis, *Cours de droit civil positif français*, Paris, Recueil Sirey, 1938, 3ra. edición. Se utiliza la versión castellana al cuidado de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Bosch, 1950, T. II, págs. 4-6.

²⁰ NEGRO PAVÓN, D., “Kant y los temas característicos de su época”, en AA VV, *El pensamiento político de la Ilustración y los problemas actuales*, Madrid, Editorial Fundación de Ciencias Humanas, 2008, pág. 167 y sigs.

Es difícil de asir el proyecto de la posmodernidad, y no cabe referirse a él porque la atención del trabajo esté puesta en otro tema, pero sirve para entender ciertos paradigmas jurídicos de la última década del siglo XX, y con mayor razón las cuestiones que están hoy en debate.

Incluso existen autores que prefieren desestimar el término de posmodernidad y referirse a distintos momentos dentro de la modernidad ilustrada, con la cual el último período de la misma coincidiría con la figura del “hombre demiurgo”, es decir, ante el extraordinario desarrollo de los fenómenos científicos y el progreso más extraordinario aún, de un técnica que interviene en todos los dominios, la razón del hombre ocupa el lugar del “dios ausente”²¹.

Entonces en este momento cultural en el cual vivimos, se llame posmodernidad o el último estadio de la Ilustración, el proceso de secularización presenta dos aspectos esenciales: por un lado, reivindica las autonomías de las mentalidades y los modos de vida de toda referencia religiosa o metafísica. Por el otro, afirma la voluntad del hombre de no extraer más de sí mismo las orientaciones y normas morales juzgadas convenientes.

Esto que se acaba de señalar puede ser el núcleo de la cuestión, es decir, que en esta última etapa ilustrada, o en el pensamiento posmoderno, se llega al último eslabón; la razón del hombre sigue siendo creadora, puede crear el derecho, pero en este caso el mismo no representa la pretendida voluntad general que se expresa, entre otros medios, a través de un Poder Legislativo, sino que este, e incluso el Poder Judicial “leen” los derechos que pretenden los individuos, o en todo caso trasladan al plano nacional aquello que se entiende por derecho en los tratados internacionales, que a su vez han sabido también comprender esta particular manera de entender los derechos individuales, en el completo panorama internacional²².

Siempre desde el punto de vista humano, contra esta construcción desde los consensos, cabe pensar esta etapa que nos toca vivir según la tesis de Jesús Ballesteros, mirando la posmodernidad como decadencia o resistencia²³.

La primera es más de lo mismo, es el proyecto inacabado de la modernidad; la segunda pretende construir desde lo despedazado; para utilizar una frase más poética, construir con los restos del naufragio.

Si el camino sigue siendo el de la ética procedimental habrá que sostener el pensamiento en la ausencia de fundamento, la ética no se funda más que sobre ella misma, y ya que ha sido imposible ponerse de acuerdo sobre ella, se deja abierta la pregunta sobre su sustento y se construye una ética que sea aprobada por mayoría de opiniones, de allí entonces que esta corriente apruebe la noción de democracia sin valores, o valores neutros.

El tema jurídico se encuentra en la clara construcción de un nuevo paradigma, que para mencionarlo de una manera también muy ligera podríamos llamar neoconstitucionalismo.

²¹ BRUGUÈS, Jean Louis, “Lo que está en juego hoy”, Revista *Humanitas*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Nro. 38, págs. 308-321.

²² BARBERIS, Mauro, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en AA VV, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trota, 2003, pág. 259 y sigs.

²³ BALLESTEROS, Jesús, *La posmodernidad – Decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989.

Si retomamos lo que se dijo en la primera parte, es decir, de qué hablamos cuando nos referimos al derecho, cabe entender que estamos ante un nuevo paradigma o modelo.

Cabe preguntarse si hay un nuevo derecho, y la respuesta es afirmativa, pero vale repetir que el nuevo derecho no viene a sustituir la visión greco-romana y cristiana, que luego conocimos como el derecho común, sino que este nuevo derecho suplanta al modelo positivista formalista moderno. Entonces el derecho que se sustituye es el del estado legal positivista y formalista construido sobre la base de los Estados nacionales soberanos. En consecuencia, el paradigma del Estado de Derecho moderno era el que considera al derecho como un sistema de normas positivas que tienen su epicentro en la ley y que las mismas son válidas en la medida en que son sancionadas conforme al procedimiento establecido en el propio ordenamiento y cuyo contenido depende exclusivamente del arbitrio o de la arbitrariedad del legislador.

Tal como se dijo, al nuevo modelo podríamos llamarlo de una manera muy amplia neoconstitucionalismo. Al decir de Prieto Sanchís, “el constitucionalismo europeo de posguerra ha adquirido una singularidad tan acusada que, al decir de algunos, no solo encarna una nueva y peculiar forma política inédita en el continente, sino que incluso ha dado lugar a una nueva cultura jurídica, la cual puede llamarse neoconstitucionalismo”²⁴. Cabe advertir aquí que esta impronta tiene tal magnitud que ya se habla de un nuevo sistema jurídico, categoría que se utiliza cuando es aceptado por juristas y por pensadores en general acerca de una manera determinada de entender el derecho.

El nuevo paradigma del Estado de Derecho Constitucional considera al derecho como un sistema de normas positivas y principios. Principios que, a diferencia de las normas, no valen por su origen formal conforme a si fueron sancionados por un órgano, sino por su contenido material, adquiriendo una dimensión de peso e importancia que permite su ponderación, carente en las normas jerárquicamente estructuradas de acuerdo a su origen. En este modelo constitucionalista, los derechos humanos operan a modo de principios o son derivados de los principios, por lo tanto, el núcleo del nuevo paradigma lo constituye “el Derecho de los derechos humanos”, incorporado a las constituciones, a través del reconocimiento de las declaraciones y los tratados internacionales.

La única pregunta que debiéramos hacernos radica en su fundamentación racional. Si se fundan en algún tipo de consenso social como expresión de derecho positivo o en la existencia de algún principio, norma o realidad suprapositiva, como ser la naturaleza del hombre, la ley natural o la condición de la persona humana.

Si esto es así todo ha quedado cerrado, basta recordar la frase de Miguel Carbonell: “La influencia del derecho constitucional se extiende desde esta perspectiva tanto a su objeto tradicional de regulación, que son los poderes públicos, sus competencias y sus relaciones con los particulares, como a las diversas ramas del derecho

²⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en AA VV, *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., pág. 123.

privado, que también se ven condicionadas por los mandatos constitucionales que establecen derechos fundamentales”²⁵.

En verdad tanto el modelo jurídico que surge de la codificación decimonónica, como este proceso de constitucionalización del derecho privado reconocen su razón de ser en el proyecto político y jurídico de la modernidad ilustrada, es decir, le da un sesgo ideológico, esto es lo que la convierte en una forma capaz de enmascarar la realidad social presentándola como un reino juridificado.

La diferencia, que no es poca, radica en que la racionalidad formal de los códigos contribuye definitivamente a crear la imagen de un derecho abstracto y formal, carente de valores y encaminado a garantizar el libre juego de los intereses privados de una forma segura. En el caso de los códigos del siglo XIX la abstracción y generalidad de las leyes, los conceptos de ley y persona jurídica, más concretamente, constituyen la base del Estado de Derecho sobre el que se asienta la transformación definitiva de la sociedad medieval en un sistema moderno: la sociedad capitalista.

Esto genera la enseñanza a partir del modelo de la exégesis, y para poner un ejemplo contundente puede citarse al decano Aubry, cuando abre el ciclo lectivo de 1857 en Estrasburgo: “ Toda la ley, en su espíritu, así también como en su letra, con una amplia aplicación de sus principios y el más completo desenvolvimiento de sus consecuencias que de allí resultan, pero nada más que la ley, tal ha sido la divisa de los profesores del Código Napoleón [...] La misión de los profesores, llamados a dar en nombre del Estado la enseñanza jurídica, es oponerse, sin duda con mesura, pero también con firmeza, contra toda innovación que tiende a sustituir una voluntad extraña a la del legislador”²⁶.

Si bien el modelo económico subyacente es distinto, el espíritu que informa la cuestión es la misma. Tiene su punto de inflexión en un origen consensuado o impuesto, pero parte de la base de un Estado nacional o supranacional que genera un ámbito de derecho positivo, y una vez que alcanza el reconocimiento parlamentario o la decisión del juez ya no parece posible invocar ningún otro fundamento.

La ley natural

La segunda parte del título se refiere a la ley natural.

En verdad la respuesta de la misma ya ha sido sugerida al hacer referencia a la manera en la cual dentro del derecho civil, en materia de matrimonio y familia durante largos siglos, se ha podido mantener una mirada de respeto por lo que se advierte surge de la naturaleza de las instituciones.

Aquello que la ley natural puede decir sobre el tema es lo que surge de la simple observación de los hechos, quiere decir que surge de contemplar las razones por las que existe el matrimonio.

²⁵ CARBONELL, Miguel, en Prólogo a la obra mencionada en las notas anteriores, págs. 9-12.

²⁶ HUSSON, León, *Analyse critique de la méthode de L' Exégese*, Paris, Dalloz, 1974, capítulo “Los elementos generadores”, donde remite a la obra de Julien Boneccase, *L' Ecole de la Exégese*, en su segunda edición, págs. 133-134, Nro. 7.

Aquí es bueno desmitificar ciertos términos, estamos acostumbrados a hablar de ley natural como si fuera algo prácticamente sagrado, más propio de la ley eterna; en verdad lo que es sagrado es nuestra conciencia, ya que una definición que todos hemos escuchado y repetido en nuestros años de estudiante es clara cuando dice que la ley natural es la participación de la ley eterna en la criatura racional.

Si se quiere ensayar una definición académica puede decirse que la ley natural es la expresión racional de un deber-ser, de una exigencia ontológica, que la razón capta y, en consecuencia, prescribe como deber. Es una cuestión de imperio de la razón, pero la razón impera porque capta la exigencia ontológica, que es la obligatoriedad del fin²⁷.

Un repaso del tema nos permite advertir que existe en el marco de la conciencia un llamado interior a hacer el bien y evitar el mal, lo cual hace nacer la responsabilidad de formar dicha conciencia de acuerdo a esa suerte de evidencia del primer precepto²⁸.

Al decir de la Comisión Teológica Internacional esta última afirmación es capital pues “fundamenta la posibilidad de un diálogo con las personas que pertenecen a otros horizontes culturales y religiosos. Ella destaca la eminente dignidad de toda persona humana, al subrayar su aptitud natural para conocer el bien moral que debe cumplir. Como cada criatura, la persona humana se define por un abanico de dinanismos y finalidades que es anterior a las libres elecciones de la voluntad. Pero a diferencia de los seres que no están dotados de razón, la persona humana es capaz de conocer e interiorizar tales finalidades y, por tanto, de apreciar, en función de ellas, lo que es bueno o malo para ella. Así, reconoce la ley eterna, es decir, el plan de Dios sobre la creación y participa en la Providencia de Dios de modo particularmente excelente, guiándose a sí mismo y guiando a los otros. Esta insistencia sobre la dignidad del sujeto moral y sobre su relativa autonomía se basa en el reconocimiento de la autonomía de las realidades creadas, y coincide con un rasgo fundamental de la cultura contemporánea”²⁹.

Una vez establecida la afirmación básica, surge en el sujeto el reconocimiento de las leyes fundamentales que deben regular el actuar humano. Tal reconocimiento no resulta de una consideración abstracta de la naturaleza humana, ni de un esfuerzo de conceptualización; dicha percepción es inmediata, vital, fundada en la conaturalidad del espíritu con los valores y compromete tanto la afectividad como la inteligencia. Es una captación a menudo imperfecta, pero que tiene la profundidad de la inmediatez, son datos de la experiencia más simple y más común, que están implícitos en el actuar concreto de las personas. En este sentido, en la búsqueda del bien moral, la persona se pone a la escucha de aquello que ella misma es y toma con-

²⁷ HERVADA, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, pág. 147.

²⁸ STO. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae* I, II q. 94, art. 2°, “El primer precepto de la ley es este: El bien se debe hacer y buscar, el mal se debe evitar. Sobre este se fundan todos los demás preceptos de ley natural, de manera que todo lo que se debe hacer o evitar caerá bajo los preceptos de esa ley natural, en la medida en que la razón práctica los capte naturalmente como bienes humanos”.

²⁹ COMISIÓN TEOLÓGICA INTERNACIONAL, “En búsqueda de una ética universal: una nueva mirada sobre la Ley Natural”, edición en castellano de la Conferencia Episcopal Argentina, Nros. 39 a 43.

ciencia de las inclinaciones fundamentales de su naturaleza, distinto a lo que puede significar el impulso ciego del deseo.

Para continuar con el documento mencionado más arriba, “advirtiendo que los bienes hacia los que tiende por naturaleza son necesarios para su propia realización moral, se formula a sí misma, bajo la forma de exhortaciones prácticas, el deber moral de llevarlos a la práctica en la propia vida. Se expresa a sí misma un cierto número de preceptos muy generales que comparte con todos los seres humanos y que constituyen el contenido de aquello que se llama ley natural. Se distinguen tradicionalmente tres grandes conjuntos de dinamismo naturales que actúan en la persona humana. El primero, que comparte con todo ser substancial, comprende esencialmente la inclinación a conservar y desarrollar la propia existencia. El segundo, común a todos los seres vivos, comprende la inclinación a reproducirse para perpetuar la especie. El tercero, que le es propio como ser racional, comporta la inclinación a conocer la verdad sobre Dios y la inclinación a vivir en sociedad. A partir de estas inclinaciones se pueden formular los primeros preceptos de la ley natural, conocidos naturalmente”³⁰.

Específicamente aquello que está vinculado al matrimonio puede encontrarse en los principios que hacen a un conocimiento connatural incluidos en la segunda inclinación en cuanto a la unión del hombre y la mujer y la permanencia a través de la prole³¹.

Adviértase que en este caso no es difícil encontrar en distintos momentos de la historia del derecho un respeto por aquello sobre lo cual pareciera que el legislador no puede avanzar, y en todo caso el lenguaje de los derechos humanos no aparece con ese contenido propio de la dictadura del relativismo, sino que poseen características muy puntuales en cuanto indivisibles, universales e interdependientes, lo cual quiere decir que no es posible enarbolar un pretendido derecho humano desconociendo que los mismos deben ser ejercidos dentro de una estructura razonable, que no siempre es la que se origina en los consensos. En suma, no puede pensarse en derechos humanos que están basados solo en la legalidad, pues corren el riesgo de convertirse en proposiciones frágiles, por lo cual los mismos pertenecen a un sentido común de justicia.

En el punto siguiente veremos que se ha avanzado en sentido contrario y no podemos descifrar dónde terminará esta injerencia.

Detrás de los consensos

Cabe preguntarse qué hay detrás de los consensos sociales o legislativos para modificar la esencia del matrimonio.

Pareciera que debe quedar claro que el derecho se transforma en una herramienta, para cambiar el sentido, los contenidos, es por eso que la cuestión excede el marco jurídico.

³⁰ *Ibíd.*, nros. 44 a 46.

³¹ *Ibíd.*, nro. 49.

El ambiente cultural ante el que estamos propone un llamado de atención; no existen los grandes relatos, frase que hoy pareciera cobra nueva vigencia; cada uno está ante su propia historia, que ha elaborado, para utilizar una frase literaria: "cada uno está ante el libro que ha elegido leer, construir"³².

Pero este llamado de atención también implica que si construyo, si nomino a la cosas, dejar librado al azar o a la mera libertad humana este proceso puede resultar peligroso, por eso es necesario acotarlo nuevamente y para eso está el derecho.

Es decir, no se puede dejar ir tan lejos; es correcto, según esta postura, que el mundo se haya desencantado de la superstición de las ataduras éticas o religiosas, pero como dice Lyotard, las cosas no son tan simples³³, ya que en los últimos años del siglo XX ha aparecido un desencantamiento del mundo, pero lo que se ha puesto en duda es la noción de Ilustración, es decir, no puedo pensar científicamente la naturaleza si no la desencanto, pero a su vez la transformo y la convierto en objeto de rapiña, de producción exacerbada, así las cosas estamos ante una sociedad que agota a la propia naturaleza³⁴.

En esta línea de recuperación del ideal ilustrado, Forster propone volver a "la posibilidad de una conjunción entre la autonomía individual y los ideales emancipatorios que involucran a la humanidad fundados en un concepto universal del hombre". Es decir, la idea del hombre ya no dividido por nacionalidades o etnias, sino una especie de paz universal en términos de Kant que implicarían una fusión de la individualidad y de la universalidad, eliminando las desigualdades, las asimetrías³⁵.

Lo mejor que podemos hacer es dejar planteado los interrogantes, quizá debiéramos pensar que hoy en día el derecho ya solamente puede leerse desde "los derechos" o una visión subjetiva, y entonces lo que cabe anteponerle es una definición de los derechos humanos que se arraigue en la verdadera naturaleza del hombre.

En este sentido no pareciera que pueda pensarse el problema jurídico sino desde la perspectiva de los derechos humanos; allí aparecen antepuestas las declaraciones inmediatamente siguientes a la Revolución Francesa y las que prosiguieron a la Segunda Guerra Mundial.

Un filósofo del derecho contemporáneo, Andrés Ollero, se refiere a este debate, pero además de las dos declaraciones propone analizar el marco cultural generado por el mayo francés; así, dice: "[...] no parece que al mítico y siempre juvenil '68 quepa adjudicarle similar cosecha histórica (se refiere a la comparación con la declaración de los derechos del hombre de 1948), pero sus inciertos perfiles tampoco resultan irrelevantes. No deja de resultar paradójico que con no pocas alegaciones a un marxismo sin padre conocido, se inclinaran las reivindicaciones de derechos, no hacia uno de los bloques aún en pugna, sino hacia un inconfesado individualismo radical, cuya vigencia actual queda fuera de duda. Su incidencia sobre la doctrina

³² CORTÁZAR, Julio, *Rayuela*, Buenos Aires, Sudamericana, 1963, Prólogo a "62 Modelo para armar", Buenos Aires, Sudamericana, 1968.

³³ LYOTARD, Jean Francois, *La posmodernidad explicada a los niños*, en versión castellana, Barcelona Gedisa, 1999, del original francés de 1986.

³⁴ FORSTER, Ricardo, "Luces y sombras del siglo XVIII", en *Itinerarios de la modernidad*, Buenos Aires, Eudeba, 1999.

³⁵ *Ibíd.*, pág. 260.

de los derechos humanos es tan obvia como su desafío a la historia, invitando a inventarse una inédita Europa sin raíz cristiana. El prohibido prohibir desafía a la lógica, pero no ha evitado que meros deseos acaben convertidos en derechos. Las consecuencias llegarán al ámbito biojurídico³⁶.

No queda si no sumergirnos en este mar de incertidumbres.

³⁶ OLLERO, Andrés, Editorial del Director, en *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, Nro. 58, 2008.