

DERECHO CIVIL Y DERECHO NATURAL: TEMAS Y AUTORES

Gabriel García Cantero

Universidad de Zaragoza

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Entre las diversas ramas del ordenamiento jurídico, acaso sea el Derecho privado el que haya mantenido, y mantenga todavía, relaciones más íntimas y más estrechas con el Derecho natural, como ninguna otra de aquéllas. Es verdad que, por ejemplo, en el campo penal, las violaciones del Derecho natural resultan –por así decirlo– más *aparatosas* y llamativas (por ej. una sentencia condenatoria pronunciada *inaudita parte*, o las condenas dictadas recientemente en Guinea Ecuatorial, o los casos de eutanasia realizados por personal facultativo –cada vez más frecuentes– que se han juzgado ante los Tribunales de varios países, o la persecución penal por hechos estrictamente vinculados con las creencias religiosas de la persona, así el delito de celebración previa al civil del matrimonio religioso –todavía vigente en Francia, aunque de aplicación escasa–, o la pena de muerte que amenaza a los pakistaníes que abandonan la religión musulmana). Sin embargo ocurre que el Derecho privado en general, y el civil en particular, tienen por objeto la regulación de las relaciones ordinarias y más generales de la vida en las que el hombre y la mujer se manifiestan como tales, es decir, como sujetos de derecho, miembros de una familia y titulares de un patrimonio, para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia dentro del concierto social, por lo cual su infracción tiene en la sociedad efectos más duraderos y persistentes (así la experiencia enseña que la introducción del divorcio resulta casi irreversible, afectando gravemente a los hijos y al cónyuge más débil).

Modernamente se ha acuñado un axioma que ha recibido muchas adhesiones entre los civilistas: *ubi persona, ibi ius civile*; fórmula categórica en sus términos y que no deja resquicio a la duda sobre su significación, aunque conviene estar precavido frente a los riesgos de que la realidad pueda desmentir dicho axioma. También en las fuentes romanas se encuentra un texto que muchos juristas actuales suscribiríamos: *Hominum causa, omne ius constitutum*

est; pero tal afirmación no pasó de ser una declaración programática, que se compatibilizó sin escrúpulo con la existencia de la esclavitud, y la situación jurídica secundaria y servil de los hijos y de la mujer (no olvidemos el *ius vitae ac necis*, de que el *paterfamilias* romano gozó durante muchos siglos).

Una perspectiva de muchos siglos permite contemplar el Derecho positivo no como algo dado, y ya no perfectible ni mejorable desde el principio, sino como una realidad que, mas bien, presenta pasos atrás y adelante, avances y retrocesos, y hasta titubeos y ambigüedades, como algo coherente, por lo demás, con la misma naturaleza humana. Nunca como en el periodo de tiempo comprendido entre los siglos XVIII y XX se había progresado tanto en el campo de las *Declaraciones de Derechos*, pero nunca tampoco hemos presenciado, y, desgraciadamente, seguiremos presenciando –por cierto, hasta con indiferencia–, tantas violaciones contra la vida no nacida o en su ocaso, contra los *nascituri* y frente a niños y mujeres (los *menhinos da rua* y el inquietante problema de la corrupción y prostitución infantil en Asia y Africa). Esta triste constatación debiera ser motivo de humildad para los juristas que creemos ya haber dominado la realidad social cuando la hemos descrito en una proposición normativa.

1. La Codificación y sus vicisitudes

El Derecho privado moderno –especialmente, el Derecho civil– viene a ser el precipitado o el producto más valioso del poderoso movimiento codificador europeo, iniciado con pasos vacilantes en el siglo XVIII (recuérdese el *Código general territorial prusiano*), y que se desarrolló en plenitud durante el siglo XIX (con las codificaciones francesa, italiana, portuguesa y española); proceso todavía no concluído a fines del XX, después de haberse producido la gran codificación alemana, la suiza y los nuevos Códigos italiano y portugués; por los comparatistas se habla ya de la 3ª generación de Códigos civiles europeos, que estaría representada por el interesante Nuevo Código Civil (en adelante C.c.) holandés de 1993. Con todo, estos textos codificados –alguno ya centenario, y, en algún caso, a punto de serlo bicentenario–, están siendo revisados por el irresistible influjo de la internacionalización de ciertas materias (tales como la igualdad de sexos, o la de los hijos con independencia de su origen), unido al, hasta ahora, desconocido efecto directo de la constitucionalización del Derecho privado respecto de los textos fundamentales promulgados después de la Segunda Guerra mundial. No ha faltado quien dudara de la pervivencia de la idea codificadora, y entonara un *requiem* por la etapa codificadora, hasta el punto de hablarse por Irti de *l'età de la decodificazione*, aunque en Italia esta orientación ha perdido fuerza en los últimos años, registrándose curiosamente la conversión de su inventor a la idea del *valor central de los códigos civiles*, como –por otro lado– parece razonable que siga siéndolo, en esta concreta coyuntura histórica.

2. La Codificación y el Derecho Natural católico

Sin embargo, creo que puede afirmarse que el movimiento codificador en su conjunto, no ha sido favorable en la Europa continental a la pervivencia del *Ius Naturae* en el ámbito del Derecho privado. Entre-guerras Vassalli había alertado ya sobre la inaceptable *estatalización* del Derecho civil; fenómeno fácilmente perceptible en los territorios del sistema romano-germánico, pues, en efecto, convencidos los Estados nacionales de que constituía un monopolio de su soberanía la facultad legislativa –también en el ámbito privado–, no aceptaron de buen grado dar protagonismo a instancias extralegales; hubo la excepción del C.c. general austriaco de 1811, inspirado en la doctrina de los derechos innatos auspiciado por la Escuela protestante del Derecho natural; pero, en general, se manifestaron serias resistencias para aceptar, por ejemplo, en la teoría de las fuentes, la posibilidad de recurrir a normas no positivas; otra excepción a este positivismo lo representa el vigente art. 1. 4 del C.c. español, que ha recogido y perfeccionado el antiguo art. 6º del C.c. en su versión originaria.

Esta orientación legalista recibió un fuerte impacto con las flagrantes violaciones de los derechos humanos cometidas durante la Segunda Guerra Mundial¹, originándose, especialmente en Alemania, un nuevo episodio del *ewige Wiederkehr des Naturrecht* que, de momento, supuso un abandono del dominante formalismo kelseniano y la apertura a horizontes diversos del iuspositivismo (tales como el Derecho comparado o la aplicación de los métodos sociológicos). Quizá en estas postrimerías del siglo XX, y en los umbrales del XXI, sean la *desorientación e incertidumbre* las notas características de la Filosofía del Derecho europeo, aunque no falten, como se verá en otras po-

¹ Con visión anticipadora, al poco de finalizar nuestra Guerra Civil, había escrito CASTÁN TOBEÑAS, «En torno al Derecho Natural», rev. *Universidad*, 1940, p. 31 ss, a propósito del *resurgimiento actual de la idea del Derecho natural*: «En realidad, la idea del Derecho natural está muy por encima de las ideologías políticas y sociales; no es aquél necesariamente conservador ni sistemáticamente revolucionario; ampara siempre las legítimas aspiraciones a un orden más justo, y condena el desorden y la injusticia, aunque sus agentes, como suele ocurrir, enarbolean engañosas banderas. Ciertamente, las conmociones y perturbaciones producidas en el mundo por algunos programas extremistas, de base irreal, han traído, como reacción lógica, un viraje hacia las ideas jurídicas tradicionales. Mas el renacimiento del Derecho natural no tiene esta única significación. Han contribuido a él, en primer lugar, el fracaso y esterilidad de las concepciones positivistas del siglo pasado, que habían arrinconado el Derecho natural y, en general, lo estudios filosófico-jurídicos; y en segundo término, la necesidad que se siente, cada vez más, de restaurar el orden jurídico universal, quebrantado por los gravísimos errores que los pueblos han cometido en estos últimos tiempos. Las exigencias de la época en que vivimos, de marcada crisis político-jurídica y de vivas apetencias reformistas, explican en último término la restauración de las nociones valorativas que han de forjar el instrumento para la crítica e las instituciones positivas y han de iluminar el camino para su reconstrucción».

nencias, ilustres iusnaturalistas en los países europeos más representativos e importantes.

II. LA NOTA DE PERMANENCIA DEL IUSNATURALISMO ENTRE LOS CIVILISTAS ESPAÑOLES

Si hasta aquí he descrito un panorama general europeo, es lícito preguntarse: ¿qué ha pasado en España? Por de pronto cabe constatar que nuestra situación resulta algo diferente de la europea². En la era precodicial, tanto del siglo XIX, como de épocas anteriores, el ambiente filosófico que respiraba la doctrina civilista entre nosotros, era claramente iusnaturalista. En términos generales puede decirse que apenas si llegaban a la Península, y, caso de llegar, si arraigaban, las doctrinas europeas poco respetuosas con el Derecho natural. Así, por ejemplo, durante muchos años los principios de la Revolución francesa, especialmente el de *laïcité*, difícilmente logran aquí difusión. El galicanismo francés a partir del siglo XVI había marcado ya el derecho matrimonial en instituciones tales como la licencia para el matrimonio de los hijos o la competencia estatal sobre las causas matrimoniales; la primera sólo llega a España de forma atenuada (el matrimonio sin licencia o consejo nunca afecta a la validez), y la competencia del Estado sobre las causas de separación matrimonial sólo aparece formulada, por primera vez, con cierta seriedad, en el Proyecto de García Goyena. Siguiendo con otros ejemplos, podemos comprobar que la declaración de que *la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil*, y la consecuencia de la introducción del divorcio vincular, han tenido dificultades para abrirse paso en España: así la Ley de Matrimonio civil de 1870, si bien laiciza el matrimonio, sólo lo hace parcialmente, y en su Exposición de Motivos se contiene una declaración de fe en el Derecho Natural, por lo que se rechaza el divorcio *quod ad vinculum*, y se considera como impedimento dirimente el orden sagrado y los votos solemnes; por otra parte, la vigencia de esta ley fué

² Dice CASTÁNTOBEÑAS, *op. cit.*, p. 49: «Es una particularidad muy notable del pensamiento jurídico español la continuidad de la idea del Derecho natural durante toda aquella época del siglo XIX que, en otros países, se caracterizó por la tendencia antifilosófica y por la más aguda contradicción y confusión de doctrinas. En aquellos momentos —que llenaron casi medio siglo— en que en los pueblos de más rica tradición metafísica, como Alemania, el pensamiento jurídico llegó a verse despojado de toda preocupación netamente filosófica y dominado por el empirismo, seguía encendida en España la antorcha del iusnaturalismo, cultivado por los representantes de la escuela católica y aun por las secuaces de otras direcciones. La escuela krausista española, sean cualesquiera sus tachas de orden científico y patriótico, hay que reconocer que dio rasgos de acusada originalidad a la concepción importada y que mantuvo viva la tradición eticista, siquiera no se registre en los trabajos de sus principales representantes —Giner, Costa, etc.— una concepción clara del Derecho natural como entidad jurídica distinta del positivo». A propósito de la actitud del krausismo ante el Derecho natural v. HERNÁNDEZ GIL, *Itinerarios del Derecho natural*, ahora en *Obras completas*, I, (Madrid, 1987), p. 120 ss.

effimera, dándose paso al régimen inicial del C.c. fundamentado en la Base 3ª, como se sabe, oficiosamente concordada por Alonso Martínez con la Santa Sede; sin embargo, los principios revolucionarios van a triunfar plenamente con la Constitución de 1931 y las leyes de 1932 promulgadas por la Segunda República, pero serán derogados en 1938-1939 por el régimen de Franco, para restablecer el primitivo régimen del C.c. que luego se perfeccionará por el Concordato de 1953. Sin embargo, la Constitución de 1978 va a permitir en materia matrimonial la casi total recepción de los principios de la Revolución Francesa en el Derecho español, apenas moderados por la libertad de elección de la celebración del matrimonio, norma que la mayoría interpreta como adopción de un sistema anglosajón, mientras que algunos seguimos sosteniendo que nuestro ordenamiento matrimonial todavía se adscribe a un sistema latino atenuado.

1. La doctrina civilista postcodicial

Cabe concluir que, en España, la doctrina civilista postcodicial es, global y mayoritariamente, iusnaturalista, aunque bajo fórmulas diferentes³; y este panorama no se ha alterado sustancialmente hasta la Constitución de 1978. He aquí algunos significativos ejemplos.

2. Sánchez Román

Sánchez Román, enseñó Derecho civil antes y después de promulgado el Código. En el capítulo introductorio de sus *Estudios de ampliación del Derecho Civil*⁴, afirma categóricamente: «El Derecho natural es el Derecho esencial; esto es, la esencia permanente, eterna, consustancial del Derecho; aquel

³ A propósito del positivismo, dice HERNÁNDEZ GIL, *Puntualizaciones y correcciones al positivismo jurídico*, ahora en *Obras completas*, I, (Madrid, 1987), p. 192: «En España, y de modo particular en los cultivadores del Derecho civil, ha faltado una profesión de fe positivista incluso en los tiempos de mayor apogeo de la corriente, si bien se haya utilizado el método dogmático de origen positivista. Las razones determinantes de esta actitud han sido las tres siguientes: 1ª El predominio del derecho natural como filosofía, teoría e ideología en el terreno de los principios, por más que no se hayan obtenido siempre todas las consecuencias en la operatividad científica y técnica. 2ª La actitud crítica observada respecto de la ley y sobre todo respecto de la procedente de la Codificación, ya que ha habido además la inclinación a considerar menos afortunada la ley nueva y posterior, como ocurría con la legislación codificada, que la legislación o el derecho precedentes. 3ª La recepción de la dogmática como doctrina ya elaborada, en lugar de construirla a partir del propio ordenamiento jurídico, de tal manera que el derecho positivo ha venido a considerarse como el último paso o expresión de unos criterios jurídicos dotados de existencia anterior y superior en una reflexión jurídica de carácter general». Aduce los ejemplos de Sánchez Román y Clemente de Diego, que ejercieron su labor científica y universitaria en tiempos propicios al positivismo.

⁴ SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de ampliación del Derecho civil*, vol. I (Granada, 1879), p. 16 ss.

conjunto de elementos absolutos, necesarios e indispensables que constituye el Derecho y sin el cual es imposible que éste exista (...) La frase *Derecho natural* es perfectamente apropiada, porque indica bien la índole de la idea; esto es, el derecho según la naturaleza misma de las cosas; el Derecho que hallamos ya preexistente en el fondo mismo de nuestro ser, querámoslo o no, y sin las adulteraciones impuestas por la intervención personal y arbitraria de la voluntad humana». «La conciencia en el hombre culto como en el salvaje, en el de todos los tiempos y pueblos, le hace percibir, con admirable uniformidad, ciertas verdades que no son producto de la experiencia, y sí de un orden superior, expresadas y reveladas por su propia razón; tal sucede con las nociones de lo bueno, de lo bello, de lo verdadero y de lo justo, distinguiendo con igual sentido los actos lícitos y buenos, de los ilícitos y reprobados». A modo de conclusiones, sienta que el Derecho es ciencia moral y social, y que es una derivación o deducción del orden moral, hallándose estas dos ideas en la relación de medio a fin. Define⁵ la ley como «regla de conducta, justa, obligatoria, dictada por legítimo poder y de observancia y beneficio común». Su primera y capital característica es la justicia; el legislador reduce el Derecho natural y filosófico a Derecho social e histórico, y la ley, capital fórmula de este último, ofrece como primer carácter de su esencia, la necesaria conformidad con el Derecho natural, esto es, su justicia. No obsta a ello la existencia de las leyes injustas impropriadamente llamadas así, en tanto que contrarían su fin esencial de expresar y realizar el Derecho en las distintas relaciones sociales y no dimanaran de una voluntad providente y reguladora, sino de un poder material y brutalmente coactivo, inmoral en su fondo y desmoralizado en su ejercicio y en extremo perecedero y transitorio.

3. Burón García

Pocos años después de promulgado el C.c. Burón García se plantea, la pregunta fundamental⁶: «¿La voluntad del legislador tiene algún principio superior a que debe someterse en la determinación de la norma de lo justo, o es, por el contrario, ella la fuente suprema del Derecho?». Frente al legalismo o pragmatismo, afirma que «hay que reconocer la existencia de un principio fundamental, llamado así porque de él han de derivarse, como de su fuente natural, todas las leyes, aunque para la formación de éstas sea preciso el concurso inmediato de la voluntad del Legislador». Aduce varios argumentos en su defensa, y con-

⁵ SÁNCHEZ ROMÁN *op. et vol. cit.*, p. 34.

⁶ BURÓN GARCÍA, *Derecho civil español según los principios, los códigos y leyes precedentes y la reforma del Código civil*, I (Valladolid, 1898), p. 5 ss.

cluye, por reducción al absurdo, que «siendo de esencia una norma conforme a la cual esa dirección se determine, es evidente que en defecto de un principio fundamental, en donde esté contenida, habría que derivarle de la voluntad del Legislador, y por tanto resultaría el absurdo de someter el hombre al hombre para cumplir reglas arbitrarias, esencialmente variables, y necesariamente injustas, porque sólo Dios, autor de la naturaleza humana, ha podido señalar con certeza la dirección adecuada para la práctica del bien y la consecución de nuestro destino». Concluye por su aceptación expresa de la doctrina expuesta por los autores que defienden la ley natural.

4. Valverde y Valverde

Del mismo modo se profesa inequívocamente jusnaturalista el Profesor Valverde y Valverde, al tratar de los caracteres de la ley⁷: «En primer lugar —dice— debe la ley ser justa y justamente impuesta, pues la ley positiva no forma el derecho, sino en cuanto que la ley natural informa sus preceptos y nuestra razón nos dicta y la observación nos enseña, que antes que se promulgaran las leyes, el legislador y el hombre tienen una idea de lo justo, por lo que aquél determina el derecho. Existe pues un derecho anterior a la ley positiva; sostener lo contrario es igual a defender el legalismo de la escuela utilitaria». El autor propugna un proceso evolutivo en la traducción de los principios iusnaturalistas al Derecho positivo, porque ello no es posible dada la limitación humana, y porque el legislador tiene que mirar la conveniencia u oportunidad, que si no es opuesta al principio de justicia, sirve para adaptar la ley a las circunstancias históricas. En relación con los principios generales del derecho, incluídos como fuente de último grado en el originario art. 6º C.c. , propugna⁸ una amplia concepción: «Hay principios de justicia superiores a la contingencia y variabilidad de los hechos, hay normas superiores que sirven de fundamento al derecho positivo, sea cualquiera el desenvolvimiento y desarrollo que éste tenga, hay reglas aceptadas por los jurisconsultos, que constituyen verdaderos axiomas para todo aquél que interviene en más o menos en la vida jurídica, y que forman sin duda un derecho superior a lo legislado, y a esos principios, reglas y normas, son sin duda un derecho superior a lo legislado a los que se refiere nuestro legislador. Estos principios de justicia superior, revelados por la razón y la conciencia, tienen una existencia real y efectiva y superior a los hechos, puesto que si en éstos se realizan los principios, no puede contenerse en ellos la esencia jurídica». Se trata de una doctri-

⁷ VALVERDE y VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, I, (Valladolid, 1909), p. 76 ss.

⁸ VALVERDE y VALVERDE, *op. et vol. cit.*, p. 181 s.

na embrionaria sobre los principios generales del derecho, que ulteriormente desarrollará, por ejemplo el Prof. De Castro; asimismo, la reforma del Título Preliminar de 1973 ampliará la función de aquéllos a la información de la totalidad del ordenamiento en su conjunto.

5. Clemente de Diego

También es jusnaturalista la concepción del Prof. Clemente de Diego⁹. Con inspiración en la doctrina clásica escribe: «Como no se concibe orden sin ley que le gobierne, este orden está regido por la ley eterna que según San Agustín es la razón y voluntad de Dios en cuanto impone respeto al orden natural y prohíbe perturbarlo. Pero el hombre que en su cualidad de ser natural participa como los demás seres del mundo de ese orden y de esa ley, es además un ser racional y libre y tiene, por tanto, en ellos una participación especial y más excelsa. Como ser racional conoce su fin, que es el Bien infinito y los medios para conseguirlo, como ser libre debe poner éstos al servicio de aquél, aunque su libertad limitada le engañe no pocas veces a este respecto. La ley eterna hace impresión en su conciencia, y le manda hacer el bien y evitar el mal; frente al bien infinito que le espolea a la operación siéntese constantemente en deuda, a la continua compelido por el deber; del incumplimiento responderá ante Dios en la otra vida y en ésta ante su conciencia, que no le escatimará la satisfacción interior o el remordimiento, según los casos. He ahí el orden moral constituido por los actos libres del hombre para la realización del bien infinito y regido por la *ley natural*. Ésta no es otra cosa más que la participación de la ley eterna en la criatura racional». Difícilmente podría describirse plásticamente mejor la actuación del *ius naturae* en la persona humana. Luego fija el lugar que ocupa el derecho positivo: «Por último, sociable por naturaleza y necesitando de la sociedad para cumplir su destino en la tierra, debe mantener el orden social, en lo que todos y la sociedad misma están interesados. Podrá no cumplir estos deberes, a virtud de la libertad limitada de que está dotado, pero de ese incumplimiento tiene que responder ante la sociedad, y los otros hombres y la sociedad misma podrán compelerle a su cumplimiento por los medios más eficaces. ¿Qué y cuándo deberá? Lo que corresponda *como suyo* a los demás y a la comunidad social de que forme parte. Las exigencias del orden social en las relaciones de coordinación y subordinación que le constituyen tienen razón de tipo y medida de los deberes de cada hombre y de los derechos correlativos. He ahí

⁹ Inicialmente expresada en las bellas páginas con que se abre su *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, I (Madrid, 1927), p. 8 ss., y luego recogido sintéticamente en las *Instituciones de Derecho civil español* (manejo la nueva ed. de COSSÍO y GULLÓN, I, Madrid, 1959, p. 18 ss., especialmente p. 22).

el orden social constituido por los actos libres del hombre para la realización del fin de la sociedad y regido por la ley social *jurídica*. El Derecho vuelve a presentársenos ante nosotros derivado del orden social, uno de los anillos del universal de la creación, como *vinculum societatis humanae*, como guardador de la armonía social, como fuerza moral incontrastable que impele al obrar en las relaciones sociales cuando demande el mantenimiento de la sociedad».

6. Castán Tobeñas

Sobre el indiscutible e indiscutido iusnaturalismo de Castán Tobeñas, he de remitirme al capítulo correspondiente de mi reciente monografía¹⁰. A mi juicio el punto de partida de la reflexión ius-filosófica de este autor hay que situarlo, muy tempranamente, en su aportación al Libro-Homenaje de Clemente de Diego, bajo el título *Orientaciones modernas en materia de fuentes del Derecho privado positivo*, pasa luego por su trabajo fundamental, ya citado, *En torno al Derecho Natural*, se diversifica en la serie de *Discursos de Apertura de Tribunales*, y concluye en su monografía póstuma sobre *Los derechos del hombre*¹¹. Como ha escrito recientemente Vallet de Goytisolo¹², la concepción esencial de Castán era iusnaturalista, pero de un iusnaturalismo realista concretado en la equidad, que para él es la sublimación de la justicia, a la que siempre sirvió. Por su parte Hernández Gil¹³ le adscribe a la posición aristotélico-tomista y de la escolástica renovada, siendo un decidido partidario, así en el terreno de los principios, como en el de su realización práctica, de la distinción y de la necesaria coexistencia entre el derecho natural y el positivo; uno y otro derecho, sin ser por completo paralelos, ni por supuesto rivales, se complementan e integran; el derecho natural viene a ser como la raíz del positivo, lo fundamenta y lo nutre, y nada se opone a que puedan llegar, en determinados aspectos, a identificarse; pero el derecho natural posee una virtualidad propia, no absorbida en ningún caso totalmente por el más completo sistema de normas; tiene los cometidos de aclarar, suplir, o, incluso, rectificar las prescripciones del derecho positivo; podría decirse que su presencia precede a la del derecho positivo, concurre con éste y además le subsigue; el derecho natural así configurado, dota al orden jurídico de soportes ontológicos y éticos, y constituye un excitante

¹⁰ GARCÍA CANTERO, *El Maestro Castán* (Madrid, 1998), p. 139 ss.

¹¹ Monografía que ha logrado amplia difusión; la 4ª ed. a cargo de Castán Vázquez se ha publicado en 1992, con actualización de Mª Luisa Marín Castán.

¹² VALLET DE GOYTISOLO, «José Castán Tobeñas (1889-1969)», en el vol. *Académicos vistos por Académicos. Juristas y filósofos* (Madrid, 1997), p. 172.

¹³ HERNÁNDEZ GIL, *Don José Castán Tobeñas (1889-1969)*, Discurso inaugural de la RAJL (Madrid, 1989), p. 97 ss.

te estímulo para la crítica y la perfección renovadora del ordenamiento jurídico. La conclusión final de Hernández Gil me parece extremadamente ilustradora: «Castán encuentra en la concepción iusnaturalista el mejor correctivo que oponer (en nombre de la objetividad de lo justo) al decisionismo, y (en nombre del valor de lo justo) al formalismo abstracto. A expensas del Derecho natural nutre de contenido la idea de la justicia en la que aparecen como notas dominantes el respeto a la dignidad de la persona y el bien común».

7. De Castro

Tengo en mi biblioteca la 2ª ed. del *Derecho civil de España* de Don Federico de Castro (Madrid 1949), adquirido al terminar la carrera durante el periodo de preparación a cátedras; lo he subrayado y anotado profusamente, especialmente en las páginas introductorias sobre los conceptos básicos del derecho objetivo; antes de conocer personalmente a su autor, y de tratarle –por su enorme benevolencia–, su pensamiento me había captado, pues me parece constituye la exposición más clara y profunda del tema que estoy tratando; es una construcción al mismo tiempo clásica y moderna, que me ha servido en mi vida universitaria y a la que he procurado siempre ser fiel. Parte De Castro¹⁴ de la idea básica de la unidad del orden moral, que no es otra cosa que el conjunto de preceptos de la Moral y el Derecho que se realiza en la conducta de los hombres, en función a su libre albedrío. La estructura del orden moral debe describirse conforme a la graduación de las normas que lo constituyen; la ley eterna regula tanto el orden natural, como el moral; este último establece los deberes del hombre con Dios, con los otros hombres y consigo mismo, y su finalidad es la vida virtuosa y la abstención del pecado. A la Justicia, una de las virtudes cardinales, corresponde el deber de obrar justamente; la regla que determina lo que es justo en las relaciones humanas, es la del Derecho; en el Derecho hay que distinguir entre el Derecho natural y el Derecho positivo humano; el Derecho natural es lo preceptuado por la ley natural –la participación de la ley eterna en la criatura racional– en materia que atañe a la justicia; el Derecho positivo será el mandato creador de deberes jurídicos coactivos en una comunidad social. La misma estructura del orden moral impone una serie de postulados, que importa tener siempre presente: la unidad irrompible del orden moral; la distinción necesaria entre los conceptos de ley eterna, Derecho natural y Derecho positivo; la dependencia jerárquica del Derecho positivo, mediata respecto a la Moral e inmediata hacia el Derecho natural. La conducta del hombre en la sociedad está medida conjunta y armónicamente, a la vez, por la regla de la Mo-

¹⁴ DE CASTRO, *Derecho civil de España*, 2ª ed., I (Madrid, 1949), p. 20 ss.

ral, por la del Derecho natural y por la del Derecho positivo; las diferencias están en el ámbito, criterio y eficacia de cada regla. El Derecho natural se distingue de la Moral por su ámbito más restringido, referido a la conducta del hombre en la sociedad; y por su criterio más estricto, el de la justicia y no el de la bondad; y por su eficacia al llevar consigo la exigencia de su realización social, la exigibilidad de su cumplimiento por la persona autorizada y el deber de reparación en caso de incumplimiento. El puesto del Derecho natural, dentro del orden moral, será el de mecanismo necesario para la aplicación de la ley eterna en la vida social. La relación entre el Derecho positivo y la Moral se hace por medio del Derecho natural, que mide con criterio de justicia a las normas positivas, les impone límites, marca direcciones y las puede completar; no puede merecer nombre de Derecho una regla que pretende imponer una conducta injusta o inmoral; la perfección de un ordenamiento positivo se muestra por el grado en que logra moralizar a la sociedad. El Derecho natural no es un Derecho ideal (utópico), ni un ideal jurídico (aspiración política, ideología), es sencillamente el canon jurídico impuesto por la Justicia, en su doble función de señalar la meta de perfección a que ha de aspirar el Derecho, y el mínimo de respeto que a él ha de guardar una regla para merecer, conforme a las circunstancias, el título de jurídica.

De Castro¹⁵ trata de delimitar con precisión las relaciones entre el Derecho natural y el positivo, pues su mal planteamiento ha ocasionado uno de los prejuicios más obstinados frente al Derecho natural. La doctrina del Derecho natural no supone ni subordinar las leyes del Estado a reglas utópicas, desconociendo las realidades sociales, ni confunde los preceptos de la ley natural con los del gobernante. Norma de Derecho positivo es la promulgada por el gobernante con eficacia coactiva, con la finalidad de lograr el bien de la comunidad; de aquí que la idea del *bonum commune* sea crucial en la doctrina del Derecho natural y sea imprescindible su recta comprensión para juzgarla. El Derecho natural es eterno, igual e inmutable, pero –como la Moral– sólo en sus primeros principios; pero puede variar añadiendo o sustrayendo algo. El Derecho natural marca el carácter y señala su fin al Derecho positivo; no pretende petrificar al Derecho positivo, sino que le impone como carácter la variabilidad. El Derecho positivo no lleva en sí mismo fuerza de obligar en conciencia, pues la deriva del Derecho natural; esta derivación puede ser *per modum conclusionis* y *per modum determinationis*. Habla el autor del doble carácter del Derecho natural¹⁶; por un lado, su firmeza para juzgar y sancionar los mandatos del Poder, y su flexibilidad al tener siempre en cuenta lo cambiante de la realidad social, por lo

¹⁵ DE CASTRO, *op. et vol. cit.*, p. 34 ss.

¹⁶ DE CASTRO, *op. et vol. cit.*, p. 38 s.

cual el Derecho natural no puede apresarse en fórmulas; por otro, presentar el modelo de *lege ferenda*, ofreciendo una posible fuente inagotable de principios generales del Derecho, con que completar la irremediable insuficiencia de las normas positivas.

8. Hernández Gil

También ha de adscribirse al iusnaturalismo, Hernández Gil¹⁷, uno de los civilistas contemporáneos que con mayor asiduidad ha cultivado los temas filosóficos, y a quien tocó la importante función de presidir las Cortes que aprobaron la vigente Constitución, y también el Tribunal Supremo, por lo que, de alguna manera, ha debido confrontar sus personales convicciones con el nuevo texto fundamental. A modo de conclusiones habla de *la continuidad del Derecho natural*¹⁸, lo que me parece ya un significativo indicio de su pensamiento a este respecto. Dice, en efecto, que el derecho natural es una constante histórica en el ámbito de la cultura occidental; en ningún momento ha sido totalmente eliminado del horizonte jurídico, aunque han sido diversos los modos de entenderlo y ha conocido fases de esplendor y de crisis; pero un total desarraigo no ha llegado a producirse; por tanto, el fenómeno del resurgimiento no significa que vuelva un derecho natural desaparecido, sino más bien que se reafirma con más fuerza lo que de algún modo, al menos latente, siempre ha subsistido. La teoría del derecho natural es la que más plenamente afronta el problema de la justicia; en España la nota de la continuidad del derecho natural está tan acusada que casi no cabe hablar de renacimiento. Pese a la diversidad innumera de doctrinas y, aunque no tan numerosa, del propio objeto, opina Hernández Gil que hay algún denominador común. Así, toda concepción del derecho natural tiende a sustraer del puro arbitrio individual o convencional los criterios básicos reguladores de las relaciones de convivencia entre los hombres, buscando la justicia como expresión ontológico-metafísica del ser, como expresión lógica de la razón o como expresión ética del bien. El problema del derecho natural no es el meramente teórico de que los juristas y los filósofos no nos pongamos de acuerdo respecto de los modos de afirmarle, ni es tampoco su negación, sino el problema, profundamente antropológico y social, de que, habiendo un derecho preconfigurado por la naturaleza o encarnado en el hombre, no logra realizarse con plenitud en la práctica. Es por tanto, irremisiblemente una cuestión pendiente. Ni todo el derecho que efectivamente rige dentro del Estado es justo ni ante la ley injusta

¹⁷ HERNÁNDEZ GIL, *Itinerarios del Derecho natural*, en *Obras completas*, I, cit., p. 61 ss.

¹⁸ *Op. et vol. cit.*, p. 159 ss.

es posible otra actitud que la del transgresor o el héroe. La democracia excluye que el príncipe, el dictador o el grupo oligárquico sean definidores del derecho. Mas no garantiza que la voluntad general alcance siempre la justicia. El pensamiento del derecho natural, con todas sus dificultades y sus frustraciones, encierra un valor que, a juicio del autor, se manifiesta en estos tres puntos principales: 1º La posición de adoptar una posición crítica respecto del derecho positivo; 2º Mantener la esperanza abierta hacia un derecho mejor; y 3º Erigir en centro de la protección jurídica la persona.

9. Vallet de Goytisolo

En este elenco, no completo, de iusprivatistas españoles contemporáneos, partidarios del Derecho natural, tiene un puesto de honor el gran jurista Juan B. Vallet de Goytisolo¹⁹, cuyo elenco de publicaciones dedicadas al tema, por todos los aquí presentes conocido, resulta impresionante²⁰. Es el gran *pedagogo* del Derecho natural²¹ que *opportune aut importune* siembra a voleo su doctrina en cuantos Aréopagos se le brindan, con generosidad y desinterés, recordando, sin duda, que

¹⁹ HERNÁNDEZ GIL, *op. et vol. cit.*, p. 154 ss. Incluye a este autor, junto a Michel Villey, en el capítulo dedicado a las *reinterpretaciones de doctrinas del Derecho natural*. A modo de conclusiones, dice aquel autor: «Conforme a la interpretación de los textos tomistas hecha por Vallet de Goytisolo, el total orden jurídico está formado: Por el Derecho natural, que lo integran “los principios universales de justicia de la ley natural y lo que es justo natural atendida la cosa en sí misma”. Por el Derecho de gentes, que lo forman “los principios generales secundarios, o conclusiones más inmediatos o próximas en materia de justicia, de la ley natural, y lo que es justo natural atendidas las consecuencias deducidas por la razón natural”. Y por el Derecho civil, en el que se contienen “los preceptos particulares de de la ley natural o de tercer grado o conclusiones remotas o últimas, y lo justo natural que debe ser precisado por su adecuación más concreta en el derecho de cada ciudad o comunidad política”».

²⁰ Sería presuntuoso, por mi parte, ofrecer un catálogo exhaustivo de los trabajos iusnaturalistas de VALLET DE GOYTISOLO, limitándome a una selección de las obras generales que me parecen más significativas: En *Metodología de las leyes* (Madrid, 1991), p. 327 ss. se ocupa de los diversos tipos de leyes en especial, y después de dedicar un título a las leyes divinas positivas, ha dedicado otro, muy extenso y fundamental (p. 345-512) a tratar en profundidad de los principios generales, distinguiendo entre los principios ético-jurídicos, los principios tradicionales de cada país, los principios políticos, los denominados derechos humanos y los principios dimanantes de la naturaleza de las cosas. En la *Metodología de la determinación del derecho I*, (Madrid, 1994), el panorama se amplía y enriquece con una perspectiva histórica y comparativa, con referencias abundantes a la doctrina europea continental y anglosajona, y a las posiciones de los foralistas españoles. En sus *conclusiones provisionales* (p. 1291 ss.) constata que, no obstante la persistencia del positivismo durante el presente siglo, se ha venido a producir una reacción mediante la penetración en el ámbito filosófico-jurídico de la consideración de los valores y de la idea del derecho justo, primero sólo formal y después sustantiva; ello se complementó con la atención hacia una renacida naturaleza de las cosas, y la apertura de la jurisprudencia de intereses, más allá de la ley positiva, a las realidades vitales, culminando en la jurisprudencia estimativa o *Wertungsjurisprudenz*. Y sin mengua de esta apertura, en el terreno práctico, la determinación del

nada es el que siembra y el que riega, sino Dios que da el incremento. Muchos ahora *contra spem, speramus*, y después del vendaval legislativo que ha arrasado tantos árboles centenarios y que ha dejado tras sí un panorama desolador, retoñe con pujanza en nuestro solar un prometedor reflorecido bosque iusnaturalista.

Me parece que la singularidad del enfoque iusnaturalista de nuestro autor fue expuesta, con claridad, por él mismo, hace un cuarto de siglo²²: «Voy a tratar, en mi condición de jurista práctico, de observar la cuestión y de exponer cómo la contemplo. Los juristas prácticos estamos más cerca de las cosas y de los hechos que los teólogos y filósofos. Nuestra perspectiva está más apegada a la realidad y a lo que en concreto es bueno y útil o nocivo al bien común, mientras la visión de los moralistas, es a la vez más elevada y más profunda». Ello explica la atención que dedica a la determinación negocial del derecho²³, y a la adecuación de las normas existentes a las necesidades vividas, con apertura de cauces jurídicos, estudiando nuevas instituciones en el ámbito del derecho de propiedad y los derechos reales en cosa ajena, de los contratos, del derecho de familia y del derecho sucesorio²⁴. Ello también puede explicar la amplia interpretación que Vallet de Goytisolet hace del concepto de ley en Santo Tomás, excediendo del campo jurídico e incluso del ámbito humano, comprendiendo las leyes relativas al gobierno del universo y la naturaleza en sentido lato, entre las que se encuentran las leyes matemáticas, físicas y biológicas, además, obviamente, de las relativas a las actividades psicológicas y morales y las concernientes a la actividad propiamente jurídica²⁵.

derecho ha seguido guiada por los principios generales de justicia. En *Metodología de la determinación del derecho*, II, *Parte sistemática* (Madrid, 1996), dedicada fundamentalmente a la teoría de la interpretación de las leyes (en donde se supera, sin duda, la clásica obra de Betti), merecen destacarse los apartados relativos a los niveles teológico y filosófico en la determinación del derecho, la interpretación en el siglo XX, la determinación negocial del derecho –a mi juicio, de extraordinaria novedad– y el capítulo final sobre la equidad.

Respecto de obras monográficas y artículos, cabe mencionar: *En torno al Derecho natural* (Madrid, 1973); «Perfiles jurídicos del Derecho Natural en Santo Tomás de Aquino», en *Homenaje De Castro*, II (Madrid, 1976) p. 703 ss.; «Derecho y verdad», *Verbo*, núms 347-348, 1996, p. 709 ss. «Concreción de los principios ético-naturales en principios generales de derecho y su reflejo en la interpretación jurídica», *Verbo*, núms. 351-532, 1997, p. 47 ss.

²¹ Me refiero a la obra *Qué es el Derecho natural* (Madrid, 1997), pequeña por su formato y contenido, aunque de extraordinarias cualidades didácticas, constituyendo un *capolavoro* de singular utilidad práctica.

²² VALLET DE GOYTISOLO, «Perfiles jurídicos del Derecho Natural en Santo Tomás», cit., p. 706.

²³ VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología*, II, p. 1041 ss.

²⁴ VALLET DE GOYTISOLO, *op. et vol. cit.*, p. 1205 ss.

²⁵ Sobre esto, cfr. HERNÁNDEZ GIL, *op. et vol. cit.*, p. 157 s.

10. El iusnaturalismo en Bonet Ramón, Espín Cánovas, Albaladejo, Lacruz Berdejo, De los Mozos y García Amigo

Este elenco de civilistas españoles que después de promulgado el C.c. se han pronunciado en favor del Derecho natural ha de completarse –*last but not least*– con otra nómina, también nutrida, de Profesores que de una u otra forma, acaso con argumentaciones no siempre coincidentes, se han profesado creyentes en aquél. Así, para Bonet Ramón²⁶, en sentido estricto se habla del Derecho natural como de un Derecho de índole real objetiva (no meramente ideal), constituido por aquellas normas, universales e inmutables, que tienen su base en la naturaleza y son cognoscibles por la razón, definiéndose como el conjunto de normas jurídicas de validez universal, dictadas por la razón y fundadas en la naturaleza humana. Inequívoca, asimismo, es la postura de Espín²⁷, quien escribe, al comienzo de su conocido Manual, que el Derecho en sentido objetivo puede referirse tanto al Derecho natural como al positivo; y que Derecho positivo es la ordenación de la actividad del hombre, dentro de una comunidad política, realizada por sus propios miembros, para consecución del bien común, de acuerdo con los principios del Derecho natural; el Derecho positivo, por tanto, ha de estar subordinado al Derecho natural; si en vez de fundarse en el Derecho natural fuese manifiestamente contrario al mismo, no sería verdadero Derecho, sino meros mandatos impuestos por la fuerza, alejados de la idea de Justicia²⁸. Por su parte, Albaladejo²⁹ inicia significativamente la exposición del Derecho civil tratando del Derecho natural; Dios, creador del hombre, ha establecido la base del orden justo al prescribir a aquél unas reglas fundamentales a las que debe atenerse tal convivencia. El conjunto de estas reglas constituye el Derecho natural, Derecho que es perceptible por la razón humana, que es congruente con la naturaleza del hombre y que representa la perfecta Justicia o el ideal de lo justo. En relación con los principios generales del Derecho³⁰, admite

²⁶ BONET RAMÓN, *Derecho natural y Derecho positivo*, RDP, 1954, p.1097 s.

²⁷ ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, 8ª ed., I, (Madrid, 1982), p. 4.

²⁸ ESPÍN CÁNOVAS, *El Derecho Natural y la moderna metodología*, incluido ahora en el vol. *Cien estudios jurídicos del Profesor Dr. Diego Espín Cánovas*, I (Madrid, 1998) p. 335 ss. A modo de conclusión escribe: «Por esto estimo un deber de los juristas españoles, cualquiera que sea la especialidad que cultiven, el cimentar sus doctrinas sobre el eterno Derecho natural. Y quizá más que ningún otro, el civilista, debe ocuparse del Derecho natural porque no en balde es el Derecho civil el viejo tronco del árbol de la Jurisprudencia, del que se han ido desgajando las ramas más frondosas, y a su vez ese viejo Derecho civil, para que dé como fruto la justicia ha de ahincar sus raíces en el subsuelo filosóficos del Derecho natural».

²⁹ ALBALADEJO, *Derecho civil*, I (Barcelona, 1983), p. 19 s.

³⁰ ALBALADEJO, *op. et vol. cit.*, p. 114.

que el art. 1.4 C.c. remite también a principios extrapositivos los cuales entran a formar parte de nuestro ordenamiento civil. Lacruz abre, como autor único, la 1ª ed. de sus *Elementos de Derecho Civil*³¹ con la siguiente definición del Derecho positivo: «Es, en su formulación abstracta, un plan vinculante de convivencia en la Justicia; un catálogo de facultades y deberes, unas y otros establecidos sobre un patrón sucinto pero inderogable y eficaz de principios éticos, por motivos de conveniencia y oportunidad». Al desarrollarla, insiste en la base de unos vectores preexistentes, de una parte, las normas éticas primarias, sean de tipo material, como las que ordenan el respeto a la integridad física y moral del hombre, su libertad, derecho al desarrollo, etc.; o bien más instrumentales, como las que establecen la igualdad entre los sujetos, el derecho a no ser condenado sin ser previamente juzgado, etc. De otra, institutos connaturales al hombre y regulados ya en sus líneas fundamentales por esas normas éticas, como el matrimonio, la filiación y patria potestad, y otros tantos. Las reglas y preceptos jurídicos, conformes, por definición, con la ética, algunas veces reproducen normas morales. Pero la norma jurídica positiva es distinta de la moral, la cual no regula sólo relaciones intersubjetivas ni se refiere siempre a la Justicia; y distinta también de la equidad y el Derecho natural, ya por la fuente de donde emana y el modo de su promulgación, ya por la normal exigibilidad coactiva de su cumplimiento; además, las más de las veces encierra un contenido indiferente a la moral, aunque no contrario a ella, siendo entonces una determinación contingente, inspirada en motivos de conveniencia y utilidad, para una situación y tiempo concretos, de modo que podría ser distinta, y aun contraria, en otro momento o circunstancia. Al hablar de «otras fuentes del derecho»³², se adhiere a un Derecho suprapositivo que es, sin duda, guía del legislador, contraste y medida de la justicia en un ordenamiento concreto; y a través del art. 1.4 C.c., que es norma positiva en aquellas materias necesitadas de regulación que no la hallen en la ley o la costumbre; si bien opina que la superioridad jerárquica de los principios extrapositivos es meramente moral. En línea muy nítida sobre nuestro tema se sitúa De los Mozos³³, al sostener que el Derecho natural forma parte del ordenamiento jurídico, al constituir su componente racional más importante y del que, el Derecho positivo, no puede separarse, por

³¹ Como se sabe, esta 1ª ed. es exclusivamente de su pluma, por lo que puede entenderse que refleja genuinamente su personal convicción: LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, I, (Barcelona, 1974), p. 9 s.

³² LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, vol. et ed. cit., p. 58.

³³ DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, I, *Parte general*, vol. 1 *Introducción al Derecho civil* (Salamanca, 1977), p. 35 ss.

la propia estructura ontológica del Derecho; Derecho natural y Derecho positivo –afirma, siguiendo a De Castro– no son más que dos formas o manifestaciones, paralelas y complementarias entre sí, de una misma sustancia, a saber, el ordenamiento jurídico. También merece registrarse –aunque lo haga de pasada– la opinión de García Amigo³⁴, para quien, en relación con la composición de los principios generales del Derecho, los de Derecho natural evidentemente se encuentran ya incorporados básicamente al sistema tradicional de nuestro Derecho histórico y positivo, pareciéndole fórmula plenamente aceptable la contenida en la Ley 4 del Fuero Nuevo de Navarra, según la cual son principios generales del derecho los de Derecho natural o histórico que forman el total ordenamiento civil navarro y los que resultan de sus disposiciones.

III. DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN ¿PUEDE UN CIVILISTA SER IUSNATURALISTA?

Quizá, en esta hora, la pregunta clave sea la siguiente: ¿Puede hoy, un civilista en España, ser iusnaturalista? No se tratará meramente de invocar el principio constitucional de libertad de cátedra –a cuyo amparo puede defenderse cualquier concepción sobre el derecho–, sino que, dando un paso adelante, sostener que tal postura posee un fundamento *in re*, lo que requeriría demostrar que los principios iusnaturalistas tienen cabida en la Constitución (en adelante C.E.) de 1978. Sabido es que ésta no hace profesión, como otras, de fe en la existencia de un Ser Supremo, ni en momento alguno le invoca. Tampoco se refiere al Derecho natural. Pero nuestra doctrina más autorizada (García de Enterría, Hernández Gil³⁵) excluyen que se trate de una Constitución positivista, ya que el art. 1º coloca en primer término a los principios

³⁴ GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho civil, I, Parte general* (Madrid, 1979), p. 176.

³⁵ El pensamiento de este último autor se ha expresado en ocasiones varias, y de modo significativo. Así en *Itinerarios del Derecho natural*, en *Obras completas*, cit. I, p. 161, doctrina parcialmente ya recogida en el texto anteriormente: «Toda concepción del Derecho natural tiende a sustraer del puro arbitrio individual o convencional los criterios básicos reguladores de las relaciones de convivencia entre los hombres, buscando la justicia como expresión ontológico-metafísica del ser, como expresión lógica de la razón o como expresión ética del bien. El problema del Derecho natural no es el meramente teórico de que los juristas y los filósofos no nos pongamos de acuerdo respecto de los modos de afirmarle, ni es tampoco su negación, sino el problema, profundamente antropológico y social de que, habiendo un derecho preconfigurado por la naturaleza o encarnado en el hombre, no logra realizarse con plenitud en la práctica. Es, por tanto, irremisiblemente una cuestión pendiente. Ni todo el mundo que efectivamente rige dentro del Estado es justo, ni ante la ley injusta es posible otra actitud que la del transgresor o el héroe. La democracia excluye que el príncipe, el dictador o el grupo oligárquico sean definidores del derecho. Mas no garantiza que la voluntad general alcance siempre la justicia. Ahora bien ¿podemos aspirar a más que a la concurrencia de todos en el ejercicio del poder, a la limitación en el ejercicio de

superiores de *justicia, libertad e igualdad* (a los que se agrega el pluralismo), y en el art. 10.1 se refiere categóricamente a los *derechos inviolables de la persona humana*, utilizando una cláusula general que tendrá su desarrollo a lo largo del capítulo 1º, Título I. No faltan autores que aseguran, por otra parte, que buen número de principios de Derecho natural han pasado a ser integrados en la propia Constitución³⁶. Por todo ello estimo que los partidarios del Derecho natural estamos plenamente legitimados para sostener, sin complejos, que nuestra doctrina constituye una de las mejores explicaciones de los arts. 1º y 10º C.E., todo ello sin mengua del ya mencionado legítimo pluralismo que la propia norma fundamental proclama, siendo también legítima la aspiración de que en el Tribunal Constitucional haya igualmente representantes de esta orientación que la transfundan a sus sentencias y la incorporen a la realidad social.

éste, al reconocimiento y garantía de unos derechos fundamentales ya que, sobre esta base, toda cuestión pendiente queda entregada al pueblo? El pensamiento del Derecho natural, con todas sus dificultades y sus frustraciones, encierra un valor que, a nuestro juicio, se manifiesta en estos tres puntos principales: 1º La posibilidad de adoptar una posición crítica respecto del derecho positivo. 2º Mantener la esperanza abierta hacia un derecho mejor. 3º Y erigir en centro de la protección jurídica la persona. Bajo el expresivo título de *La Constitución, el Derecho, el ordenamiento y los valores*, en *Obras completas*, cit., vol. I, y después de proclamar la justicia como concepto material en la Constitución (p. 434 ss.), llega a la conclusión (p. 451 ss.) de que ésta dista de una adscripción al formalismo propio del positivismo normativista, sino que está más bien en la otra cara o en la otra orilla, pues si, por un lado proclama la *dignidad de la persona* como introducción a un generoso cuadro de derechos y libertades que *son el fundamento del orden político y de la paz social* (art. 10.1), por otro coloca el ordenamiento globalmente considerado, esto es, el derecho en su dimensión objetiva y total, y no sólo los derechos subjetivos humanos, al servicio y en dependencia de los valores superiores; así la concepción valorativa del ordenamiento, consagrada por la Constitución, se aproxima a una posición iusnaturalista; el ordenamiento no se legitima exclusivamente por consideraciones lógico-formales, sino también ético-materiales, como pone de manifiesto su acomodación a unos valores constitucionalmente reputados superiores. Añádase a ello, el apartado relativo a *la justicia en la Constitución*, que forma parte de un discurso de apertura del año judicial pronunciado en 1986 (reproducido también en *Obras completas*, cit., I, p. 793 ss.).

³⁶ Así LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil*, I, 5ª ed. (Madrid, 1996), p. 80: «En la actualidad una buena parte de los principios que tradicionalmente se afirman ser de justicia o de Derecho naturales tienen un rango normativo especialísimo, al estar recogidos en la Constitución, aplicándose, pues, como verdaderas *supernormas*, pero por ser constitucionales, más que por ser principios generales del Derecho». Vide también Mª DEL CARMEN GETE-ALONSO, en *Manual de Derecho civil*, I, (Madrid, 1995), p. 60 ss., y O'CALLGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho civil*, I (Madrid, 1986), p. 90, siguiendo fielmente las doctrinas de Albaladejo en este punto. A mi juicio, el problema estaría en el caso de una modificación constitucional que eliminara algunos de esos principios naturales. Yo entendería en tal caso, que seguirían estando vigentes como tales principios generales, pero basados en el Derecho natural.

1. El desarrollo civil constitucional ante el Derecho natural

En relación con lo anterior cabría igualmente preguntarse: ¿Ha sido coherente con la doctrina iusnaturalista el desarrollo, efectuado en los últimos veinte años por ley ordinaria, de los principios constitucionales? La amplitud del tema me impide acometerlo ahora en su integridad; limitándome al ámbito estrictamente civil la respuesta tiene que ser necesariamente matizada, diferenciando distintos aspectos.

2. El principio de igualdad entre los sexos

En principio me atrevo a decir que la igualdad entre el hombre y la mujer, en el ámbito de las relaciones privadas, puede considerarse una exigencia del Derecho natural. En España, como se sabe, comenzó a ponerse en práctica por la Ley de 1958, de modo lento y gradual, completándose por la de 1975; después de la Constitución se implantó enérgicamente por la Ley de 13 mayo 1981, modificadora de los correspondientes preceptos del C.c. Pero no me parecen exigencias del Derecho natural las —a mi juicio— exageraciones en que incurrió la Ley de 15 octubre 1990, tratando de eliminar algunas discriminaciones por razón del sexo; así por ejemplo la reforma de 1981 había conservado en el art. 159 una regla tradicional según la cual, si los padres viven separados, y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez por motivos especiales proveyere de otro modo; pero la ley de 1990 ha eliminado esta regla basada en la *natura rerum*, con fundamento en constituir un supuesto privilegio para la mujer (sin embargo, los Tribunales con base en criterios empíricos, siguen prefiriendo a la madre cuando los hijos son de corta edad). Tampoco parece justificada la eliminación, en el art. 1267, de la circunstancia del sexo para apreciar la intimidación como vicio contractual (supresión que se ha prestado a no pocos comentarios, incluso jocosos).

3. El principio de igualdad entre los hijos

Algo similar puede decirse del principio de igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su origen, matrimonial o no matrimonial; el trato discriminatorio fue introducido por Napoleón e imitado por los restantes Códigos de los siglos XIX y XX; sus efectos eran crueles y violaban las normas elementales de justicia. Sin profundizar aquí en la evolución legislativa de los países occidentales a partir de los años veinte, baste decir que en el camino hacia la igualdad de trato se adelantaron los países escandinavos, seguidos por la Unión Soviética; sólo después de la Segunda Guerra Mundial les secundaron los demás países occidentales, unas veces en aplicación de principios contenidos en las últimas Constitu-

ciones (Alemania Federal, España), otras a impulsos de la opinión pública (Francia), y hasta, en algún caso, ha sido imposición de las sentencias del Tribunal Derechos Humanos de Estrasburgo (Bélgica e Irlanda). Aunque las reformas de la filiación se inspiran en idéntico principio, difieren en detalles concretos, desde la terminología (Francia e Italia conservan, respectivamente, la *filiation naturelle* y la *filiazione naturale*, que en España hemos proscrito por discriminatoria), pasando por el tratamiento de los hijos incestuosos, hasta el mecanismo de actuar los derechos sucesorios de los hijos no matrimoniales (en algunos países no ingresan en la comunidad hereditaria). La reforma española se ha realizado por la Ley de 13 mayo 1981; en razón al tiempo, es de las más tardías, y en cuanto a su método y efectos, se caracteriza por un igualitarismo mimético que el legislador aplica mecánicamente; a título de ejemplo, la institución de la mejora ha quedado desvirtuada con la reforma (propicia, en efecto, que si un padre tiene un hijo matrimonial y otro no matrimonial, pueda atribuir a éste último los 5/6 de la herencia y sólo 1/6 al matrimonial).

4. Examen de la Ley de Procreación Asistida de 1988

Afecta a la filiación, aunque su régimen se encuentre en la Ley especial de 22 noviembre 1988 sobre reproducción asistida humana³⁷. Conocida como *Ley Palacios* del nombre de su inspirador, contiene una Exposición de Motivos que es ejemplo de despropósitos de filosofía legislativa. No viniendo exigida la ley por la Constitución de 1978, trata de justificar flagrantes violaciones de la misma, cometidas en su texto, alegando que una ley que acogiera, en esta materia, los principios de la Iglesia católica no sería adecuada³⁸; la pregunta es obvia de con qué finalidad se invitó a formar parte de la Comisión que preparó el anteproyecto a médicos, moralistas y juristas de no oculta, sino declarada, filiación católica. Mientras que los primeros preceptos de la ley configuran la procreación asistida como remedio último de parejas estériles, se pasa a continuación a

³⁷ Vide ampliamente una exposición crítica de la ley, con abundantes referencias bibliográficas en GARCÍA CANTERO, adiciones a CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, V- 1º, 10ª ed. (Madrid, 1995), p. 215 ss.

³⁸ Dice así en el primer apartado de la Exposición de Motivos: «Desde una perspectiva ética, el pluralismo social y la divergencia en las opiniones, se expresan frecuentemente sobre los distintos usos que se da a las técnicas de Reproducción Asistida. Su aceptación o su rechazo habrían de ser argumentados desde el supuesto de una correcta información, y producirse sin motivaciones interesadas ni presiones ideológicas, confesionales o partidistas, sustentándose únicamente en una ética de carácter cívico o civil, no exenta de componentes pragmáticos y cuya validez radique en una aceptación de la realidad una vez que ha sido confrontada con criterios de racionalidad y procedencia al servicio del interés general».

legalizar un supuesto *derecho al hijo* con carácter absoluto, no sólo para los matrimonios, sino para las parejas no casadas e, incluso, para las mujeres solas con independencia de su estado civil. Hay bastante consenso entre los civilistas españoles para considerar esta ley como opuesta, en varios puntos, con la propia Constitución en vigor; por ejemplo, al considerar como *top secret* la identidad del donante, sólo revelable en casos extremos y nunca para atribuirle la paternidad; o al prohibir tajantemente la investigación de la paternidad que posibilita, por el contrario, el art. 39.2 C.E.; o al crear caprichosamente una nuevo tipo de postumidad (que permite calificar de *postpóstumo* al hijo del marido premuerto que puede llegar a nacer hasta 16 meses después de fallecido aquél, mientras que en Cataluña el plazo se prorroga hasta 19 meses, con posibilidad de prórrogas judiciales...). La ley también es criticable por la dudosa moralidad de las técnicas empleadas habitualmente para obtener el esperma del varón, por el destino incierto y terrible de los óvulos o gametos no utilizados, cuya crioconservación no se garantiza legalmente más allá del quinquenio.

5. La inviolabilidad de los derechos de la persona humana y la despenalización del aborto y la esterilización de los deficientes

En relación con la persona humana hay otras cuestiones de extraordinaria gravedad que trascienden del Código, aunque siguen relacionados íntimamente con él: se trata del aborto y sus aspectos civiles, y de la esterilización de los deficientes.

El nasciturus ante el Derecho civil

¿Qué es el *nasciturus* para el Derecho civil? Tradicionalmente la respuesta se reducía a fijar, como *dies a quo* de la vida humana, el momento en que el óvulo es fecundado por el espermatozoido, y, por supuesto, ocurrido en el interior del útero materno; pero las nuevas técnicas en materia de procreación han revolucionado los conceptos clásicos, han modificado la noción de procreación, y han dado origen a otras situaciones que paso a examinar:

- gametos masculinos y femeninos, que han sido separados u obtenidos de sus titulares casados por un acto médico, y que están depositados en un Laboratorio, con vistas a una previsible, y deseada por aquéllos, fecundación futura;
- la misma situación anterior, pero habiéndose procedido por el equipo médico, presuntamente por decisión de sus titulares, a la fecundación en una probeta;
- las mismas situaciones, pero intervenidas en una pareja no casada;

- óvulo de mujer, cualquiera sea su estado civil, fecundado con espermatozoides de donante anónimo, ya se deposite en su útero, ya lo sea en otra mujer o en un Laboratorio especializado;
- óvulo fecundado, en cualquiera de las situaciones anteriores, que ha sido implantado en madre de alquiler, originándose una dualidad de maternidades (madre genética y madre gestante).

En varias de las situaciones descritas, y en virtud de aplicación de las técnicas de crio-congelación, pueden resultar prolongadas situaciones de dependencia para auténticos *nascituri*, con riesgo de que sus progenitores cambien de opinión sobre su destino, se olviden o se desentiendan de ellos, o, en último término, que les alcance el plazo inelectuable de caducidad fijado en los reglamentos. Por ello hay que volver a replantearse si esta *spes hominis* es una simple cosa, que puede incluso circular en el tráfico, o, por el contrario, hay una persona en vía de desarrollo embrionario que, por su situación de absoluta menesterosidad, precisa de la máxima tutela del ordenamiento jurídico. Hay que reconocer que la recepción en los modernos Códigos civiles de la regla según la cual *el nacimiento determina la personalidad* (art. 29 C.c.) no ha facilitado, pese a los esfuerzos de la doctrina, la debida protección civil del concebido³⁹, siendo insuficiente la conservación de la conocida regla romana *nasciturus pro iam nato habeto*, también recogida en el propio artículo. Hay que dejar bien claro que una cosa es la personalidad civil, concepto elaborado por la pandectística germánica de inspiración positivista, y otra la personalidad general del sujeto ante el ordenamiento. Si *todos tienen derecho a la vida* según el art. 14 C.E. hay que aceptar que desde el momento de la fecundación hay ya una vida distinta de la del padre y de la madre, e independiente de ellos, por más que la naturaleza haya diseñado esa maravillosa relación madre-hijo hasta el momento del nacimiento. Esa vida humana debe estar constitucionalmente protegida en todas las fases de su desarrollo; la tutela fundamental consiste en facilitar al *nasciturus* el derecho a nacer, protegiendo su desarrollo en su habitat natural que es el vientre materno. Si hoy la Ciencia Biológica permite conservar de modo duradero los óvulos fecundados sin riesgo para su ulterior desarrollo, hay que dejar bien claro que la probeta no es su medio natural; por ello, los progenitores en primer término, y subsidiariamente el equipo médico, tiene un deber moral de proporcionarle cuanto antes su implantación con las debidas garantías de éxito. Estas situaciones transitorias no están al margen del ordenamiento jurídico, el cual debe

³⁹ Vide últimamente José M^a CASTÁN VÁZQUEZ, «La tradición ibérica en la defensa de la vida humana», en el vol. *La famiglia: dono e impegno speranza dell'umanità* (Città del Vaticano, 1998), p. 485 ss.

dispensar, positiva y negativamente, protección al desarrollo de de la vida en gestación; y si el Estado social de Derecho se caracteriza por la tutela de los débiles, cabe decir que no hay situación humana más precisada de protección que la del *nasciturus*. La famosa sentencia del Tribunal Constitucional sobre el aborto, es plenamente aceptable en sus seis primeros Fundamentos de Derecho, aunque luego incurre en un incomprensible error al negarle personalidad por el mero hecho de que falta un adecuado representante que haga valer los derechos del concebido; el propio art. 29 C.c. le otorga personalidad para todo lo favorable; la cuestión en sí misma accesoria de quién actúa en nombre del *nasciturus*, lo resuelve el C.c. caso por caso, y sus reglas pueden generalizarse; en primer lugar son sus representantes aquellos que le representarían de haber nacido, y así los padres la tienen para aceptar una donación en favor de aquél (art. 627), y tal representación debe ampliarse a otros supuestos, patrimoniales y no patrimoniales; la cuestión es obvia ¿hay algo más favorable para el concebido que el hecho de nacer?; en cualquier caso habría que consultárselo al interesado sin que en esta materia quepa representación. La legislación abortista sólo reconoce a la madre capacidad jurídica para decidir sobre el aborto. Hay aquí una discriminación no justificada para el progenitor varón, y un olvido de la doctrina civilista; como he dicho ya, ambos progenitores tienen representación legal del concebido para aceptar donaciones puras, y, en general, para todo lo favorable. En caso de contradicción de intereses, habrá que nombrar un defensor judicial (art. 299-1º C.c.), sin olvidar las amplias facultades que el art. 158 C.c. otorga al Juez «a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios»; ¿puede alguien dudar que consentir la madre la interrupción legal del embarazo no representa el máximo peligro para el concebido? Me parece que no se han agotado todas las posibilidades de defensa del *nasciturus* con armas meramente civiles; como ya he indicado, el marido que se opone al aborto pretendido por su mujer puede invocar un trato discriminatorio legal respecto de ésta. Por otra parte, aunque el C.c. habla de aborto, está pensando en la interrupción del embarazo por causas naturales, mientras que el aborto voluntario resulta absolutamente extraño a aquel cuerpo legal, con el añadido de infringir alguno de sus postulados básicos en materia sucesoria; piénsese en un matrimonio sin descendencia en el que la mujer heredaría a su marido en ausencia de hijos; si queda embarazada, el aborto se lo *facilitaría*.

El art. 156 párr. 2º del Código penal y la esterilización de deficientes

La licitud de la esterilización de deficientes, a petición de sus padres, es una grave consecuencia civil (atentado a la integridad física de la persona) que, entre nosotros, ha sido la conclusión final de unas premisas penales. En efecto, si operaciones tales como la ligadura de trompas, la extirpación de los ovarios o

la vasectomía, realizados con consentimiento del sujeto mayor de edad, han dejado de ser supuestos penales típicos, ¿cómo impedir la aplicación de tales intervenciones a los deficientes, precisamente en su supuesto beneficio? La respuesta se ha escrito en el art. 156 pár. 2º del nuevo C.p. al disponer lo siguiente: «No será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz». El derecho a la integridad física, con las consabidas excepciones de las de menor entidad o en peligro de muerte, es indisponible para todo titular que esté en pleno goce de sus facultades; con mayor razón la indisponibilidad ha de regir para su representante legal, en el supuesto de estar mermadas sus facultades mentales, y menos aun tal poder dispositivo ha de corresponder al Juez o a cualquier autoridad; accesoriamente cabe decir que el procedimiento previsto no parece estar de acuerdo con la Convención de los Derechos del Menor de 1989, ni con la Ley sobre los derechos del Menor de 1996. ¿*Quid* si la deficiencia se cura o mejora, de modo que el incapacitado llega a estar en condiciones de desarrollar una vida familiar? ¿Cabrán exigir responsabilidad a los padres que la solicitaron, o al Juez que autorizó la esterilización? ¿Qué valor deberá dar el Juez a una negativa insistente del incapacitado a la esterilización? ¿No se ha abierto una peligrosa brecha en la *inviolabilidad* de los derechos de la persona humana, que proclama el art. 10.1 C.E.? ¿Hay, en este caso, alguna diferencia esencial con las esterilizaciones masivas de los locos ordenada por el régimen hitleriano?

Comprendo la extremada delicadeza del tema, ante el angustioso problema humano que, en ocasiones, se presenta a los padres de los deficientes, pues no son infrecuentes los casos de abuso sexual, especialmente respecto de las deficientes, lo que, por otro lado, se verá facilitado indirectamente por la política de integración social de estas personas, y por el permisivismo ambiente. Pero su adecuada solución exige tener en cuenta que estamos en presencia de los derechos fundamentales de una persona —aunque sea deficiente y, precisamente, por ello—, de su integridad física, de su derecho a contraer matrimonio, y de su libertad, que deben, a mi juicio, tener la primacía sobre la tranquilidad de sus tutores o cuidadores.

6. El transexualismo y la doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

De la igualdad de sexos —meta loable y justa, como se ha dicho—, hemos pasado, en las costumbres y en la moda, al unisex, y, de aquí, a la minusvalora-

ción de la diferenciación sexual, a su banalización, y al transexualismo, transpasando aquellas fronteras que, según se decía, no podía atravesar el Parlamento inglés (que podía hacerlo todo, salvo convertir a un hombre en mujer). Sin embargo, la diferenciación sexual (una mala traducción del inglés ha difundido entre nosotros la expresión *diferenciación de géneros*) está inscrita en la naturaleza, que sabiamente hace nacer, anualmente en cada sociedad, casi el mismo número de varones y de hembras (las diferencias de porcentajes en favor de los niños o niñas son poco significativas), y constituyen un factor esencial en las relaciones familiares (la educación completa del ser humano precisa, conjunta y alternativamente, de los modelos paterno y materno). Hombre y mujer ostentan igualdad de derechos y obligaciones ante el ordenamiento, lo que no impiden que sean profundamente diferentes, por lo cual la mención del sexo es un dato esencial de la partida de nacimiento desde que se produzca este último. Desde la Antigüedad se han conocido casos de sexo dudoso y de hermafroditismo, pero se han resuelto sin afectar a la doctrina. Lo que actualmente se pretende es que, mediante intervenciones quirúrgicas que afectan exclusivamente a los caracteres sexuales externos, se pueda alterar la identidad sexual de la persona. ¿Tiene aquí que decir algo el Derecho natural? Se es persona y sujeto de derechos, en calidad de varón o de hembra, y tal circunstancia no puede depender de la voluntad del sujeto, sino que dependerá de circunstancias objetivas naturales, pues acompaña al sujeto desde el nacimiento a la muerte; la sociedad está interesada en que tal característica de la persona sea permanente e inmodificable, salvo sentencia judicial con fundamento *in re*; sería un desorden social que una persona pudiera casarse unas veces como varón y otras como hembra, o que dentro de una misma relación matrimonial, de modo sucesivo, *mamá sea papá*, o viceversa. Como se sabe, entre nosotros el cambio legal de sexo, a virtud de intervenciones quirúrgicas, ha sido propiciado por dos sentencias del Tribunal Supremo, luego reiteradas y seguidas también por los Tribunales inferiores. Pero los argumentos utilizados resultan escasamente convincentes, y no está exenta de contradicciones; se trata, en definitiva, de que el libre desarrollo de la personalidad requiere que el cambio del sexo basado en motivos psicológicos, y seguido de la intervención quirúrgica sobre los órganos sexuales externos, obliga a los Tribunales, en ausencia de norma expresa, a que ordene al Registro Civil competente al cambio de identidad. El T.S. reconoce que se trata de un ficción, ya que, en la realidad, se mantiene el sexo originario de la persona, por lo cual se niega al intersexual el derecho a casarse con base en el nuevo sexo, cautela que, en la práctica, parece no se observa, incluso con publicidad. La mejor doctrina civilista ha criticado esta doctrina jurisprudencial (hay varios votos particulares a la sentencia), destacando no pocas cuestiones que tal cambio legalizado suscita: ¿Es irreversible el cambio de sexo, o es legalmente posible un transexualismo de ida y vuelta? ¿Qué efectos produce el cambio en las relaciones familiares ya contraídas: resulta irrelevante para éstas, o, por el con-

