



# FILOSOFÍA DEL DERECHO MATRIMONIAL

Francesco D'Agostino

## **Indice:**

### **Indice:**

#### **0. Introducción**

0.1 Desde el derecho

0.2 ¿Cómo andaremos?

#### **1. Cuatro modalidades de relación**

1.1 La amistad

1.2 La política = relación de grupo  
- Tabú del incesto

1.3 El derecho

1.4 La caridad

#### **2. La homosexualidad y el derecho de la familia**

2.1 ¿Qué sabemos de la homosexualidad?

2.2 ¿Por qué no el matrimonio entre homosexuales?

#### **3. El divorcio**

3.1 ¿Qué argumentos son los que dan base al No del catolicismo al divorcio?

#### **4. Parejas de hecho**

#### **5. Consecuencias jurídicas de las prácticas de fe- cundación artificial.**

5.1 Modo simple = fecundación homóloga

5.2 Modo complejo = feundación heteróloga

## 0. Introducción

El estudio del matrimonio y la familia es un estudio complejo:

Es una experiencia humana personal fundamental. Todos sabemos sin esfuerzo intelectual sino por nuestra propia experiencia que es la familia. No sabemos el sentido, el valor que esto puede tener para el hombre particular y general.

Conceptos empleados también son conocidos:

- paciencia
- amor
- pasión

¿Qué estructura antropológica emerge de esta estructura experimental?

Toda esta experiencia al final nos da capacidad de ELECCIÓN. Cada elección tiene su propia lógica. Ante una agresión verbal yo puedo denunciar, puedo agredir, puedo ser indiferente, puedo perdonar...

Nuestra conciencia no es solo conciencia que recibe sino que surge **para elegir**.

En la psicología evolutiva es importante el momento en el que el niño se da cuenta de su capacidad para elegir, incluso para elegir entre el bien y el mal.

Elegir contiene en si mismo una cierta **tragedia**, porque elegir implica necesariamente una **renuncia**. Es mejor no elegir o dejar la elección a otro (ej. Niño hace esto). Renunciar a la elección es una cierta regresión inmadura a la niñez. Es el miedo a elegir. Casarse o convivir. Convivir no es elegir porque mantiene siempre abierta la puerta de la elección.

La no elección es siempre más pobre que la elección. La elección agarra algo. La no elección nunca se queda con nada. Recordamos el texto del Apocalipsis. "porque no eres ni frío ni caliente, te voy a vomitar de mi boca"<sup>1</sup>. La persona que no elige es tremendamente aburrida porque no tiene identidad.

Sobre este tema cita el mito de las Gorgonas<sup>2</sup>. Perseo le corta la cabeza a Medusa. En italiano decidir = cortar. Dedicir es dar un corte

---

<sup>1</sup> Ap 3,14

<sup>2</sup> Según la [mitología griega](#) las **Gorgonas** (en idioma griego Γοργόνες) eran tres hermanas monstruosas llamadas [Esteno](#), [Euriale](#) y [Medusa](#). De ellas, Medusa era mortal, las otras dos inmortales. Las tres tenían el mismo aspecto espantoso: las serpientes se enroscaban por encima de sus cabezas y alrededor de sus cinturas, poseían alas, garras y unos afilados colmillos. Su mítica existencia está estrecha-

definitivo a la capacidad de hacer una elección. La decisión es cortante, una vez que se ha hecho la decisión está hecha. Aunque se pueda corregir la elección equivocada no se puede ignorar que esa elección estuvo equivocada.

El problema de elegir, de tomar decisiones, **es parecido al problema de hacer filosofía**. Lo que debemos aprender en esta asignatura es que la experiencia matrimonial y la experiencia familiar ponen en juego nuestra propia identidad.

Esto que parece una vanalidad, no lo es porque hay otras experiencias humanas que no implican la propia identidad. (ej la enfermedad estamos llamados a controlarla ). Todos sentimos la fuerza de “nuestras pasiones” pero todos estamos llamados a dominar nuestras pasiones.

Es un error pensar que la familiaridad es una accidentalidad en nuestra vida. El trabajo es una accidentalidad, no es esencial al hombre. Un niño no trabaja, pero su humanidad es plena. El hombre es un animal familiar. Una de las crisis típicas del mundo de hoy depende de esto. El hombre no se cree que la familia pertenece al ámbito de su ser esencial, sino que piensa que es simplemente una posibilidad. Quien quiere la elige y quien no quiere no la elige. Esto tiene su base en el individualismo.

El hombre más que un individuo, es comunicación familiar. Tenemos que trabajar este tema porque de esto depende la plena identidad humana. No existe “la familia” existen “las familias”. Gramaticalmente es correcto pero no lo es semánticamente, porque el concepto de familia, no tiene el mismo significado del concepto de familias.

## 0.1. Desde el derecho

**Estudiamos matrimonio y familia** como elemento fundamental del ser humano pero **desde la perspectiva del derecho**. El derecho no es una posibilidad que se ofrece, que se puede elegir. El derecho es el hombre. El hombre es un animal de derecho. Matrimonio y familia son cuestiones fundamentales del derecho.

En el mundo de hoy se ha reducido la realidad de matrimonio y familia en su aspecto jurídico. La mentalidad de hoy quiere eliminar (cortar) el aspecto jurídico.

¡Basta el amor! Cuentan solo los sentimientos.

---

mente vinculada a la del héroe [Perseo](#), hijo de [Zeus](#) y [Dánae](#), que dio muerte a Medusa cortándole la cabeza.

Ha cambiado el concepto de estado de vida. Estado de vida se basa en la capacidad de elegir la persona para casarse.

La llamada a casarse, formar una familia y tener hijos tiene una repercusión social.

Es esto lo que está en crisis. Hay una crisis del matrimonio legal, hay una des-matrimonialización.

Los sentimientos no tienen necesidad de ser justificados.

Es por esto que en la perspectiva cristiana el amor no es un sentimiento, es un mandamiento. Los sentimientos no se mandan. El amor no es así para el cristiano. Para nosotros es fácil entender que el pago de tasas es un mandamiento pero no es fácil de comprender que el amor es un mandamiento

Tenemos que comprender qué es lo que está detrás de este fenómeno y que comporta para la persona. Tenemos que comprender cualquier cosa antropológico-jurídica sobre el matrimonio.

El hombre es un animal jurídico y un animal familiar

Esta es la base. No hay que preocuparse por la situación del matrimonio. Igual que no hay que preocuparse por salvar el lenguaje.

La custodia que la familia hace del individuo es una custodia de identidad familiar. Estamos creando una sociedad de hombres frágiles incapaces de ser felices. Una sociedad que no quiere hijos es una sociedad que se está suicidando sin saberlo. Es por tanto **una crisis antropológica.**

## 0.2 Como andaremos

Debemos comprender el puesto del derecho en la vida humana  
Debemos comprender el lugar del derecho en la familia y el matrimonio

Tenemos que entrar en ¿Porqué es el derecho? ¿Por qué no es el no-derecho? ¿Cuál es la dificultad del derecho? No es solo un conjunto de normas, sino que el derecho somos nosotros viviendo juntos de una determinada manera.

Derecho = aquel modo de vivir juntos que podemos calificar de jurídico.

2ª sesión

Debemos buscar

- que cosa tiene de específico la familia y el derecho de familia.
- qué diferencia la dinámica familiar de otras dinámicas

Debemos identificar el objeto de nuestra reflexión, sabiendo que otras realidades como por ej. La amistad tienen lenguajes comunes con la dinámica familiar y sin embargo son realidades diversas.

**1º Profundizar en la perspectiva de relacionalidad.**- El hombre es un ser relacional. Esto no es un tema jurídico ni moral. Es un tema antropológico fundamental.

Moral se apoya en la relacionalidad

Teología

Trinidad = relacionalidad

Creación = relacionalidad

Este tema de la relacionalidad es antinómico al otro gran tema de la antropología contemporánea: individualismo. En el individualismo se reduce la relacionalidad al objeto. Individuo decide, elige... y esta elección orienta su vida social, moral...

Este individualismo piensa la relacionalidad como un accidente. En algunos contextos el individuo se abre al otro y se relaciona. La relacionalidad enriquece al individuo pero no lo constituye.

Para nosotros es todo lo contrario. La relacionalidad constituye al individuo. Incluso a nivel biológico nuestra vida no es construida por nosotros mismos sino que nos es transmitida por otros.

El suicidio obra contra la relacionalidad. Es trágicamente contradictorio porque se puede cortar la relación con los demás pero cuando me estoy suicidando estoy reconociendo así mi relación con los demás porque eso es lo que estoy cortando.

La relación madre-hijo es la relación constitutiva de nuestro "yo". Hablamos de la "lengua materna" → Madre activa en el niño una comunicación. Este diálogo comienza ya en la gestación. La gestación es un proceso biológico, por supuesto, más una madre ve más allá. Durante el embarazo activa una relación con el hijo.

¿Qué influencia puede tener la felicidad o infelicidad de la madre sobre el hijo? Es claro que en situaciones de angustia o miedo la relación se transmite. Cuando se produce el parto la madre no se encuentra con un desconocido, sino que es conocidísimo para la madre. El amor de la madre por el hijo ha ido madurando a lo largo de 9 meses. Somos lo que somos porque somos fruto generacional y relacional.

Una profunda consecuencia. Si no se habla a un niño se le condena a perder su identidad. Se muere. Ej Fenómeno de los niños salvaje. Francia 1700. Un médico francés recoge en casa y estudia a un niño salvaje. El niño no tiene capacidad de hablar porque no se ha activado la capacidad lingüística en los primeros meses de vida. Esto de muestra que sin relación el hombre no conquista su identidad. Sin relación su identidad está herida de muerte. Sin relación el hombre, no

es que se reduzca a un animal; el hombre que no habla no está en equilibrio consigo mismo, no ha podido construir su identidad.

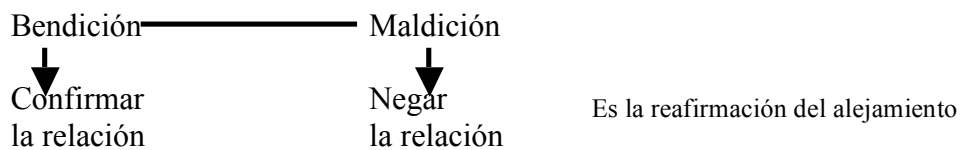
El lenguaje humano es analógico a la comunicación de los animales entre sí. El lenguaje es mucho más que mera comunicación animal. El animal manda "señales". En el lenguaje humano:

es comunicación

existe la posibilidad de la mentira. Es increíblemente interesante que el hombre pueda mentir. Los animales no mienten. Pueden aparentar ej. el lobo que se tumba y simula la muerte. Esto no es mentir. Mentir es la capacidad de dar al lenguaje ambivalencia. Es decir "Te amo" y puede ser verdad o puede ser una perfecta hipocresía. Sin embargo la estructura lingüística es la misma.

El lenguaje tiene un carácter verdaderamente ontológico. Ej padres ponen a su hijo el nombre. El hijo acepta el nombre. Si se cambia el nombre no es solo un decisión de cambiar el nombre, es una rebelión contra la propia familia.

El lenguaje no es la única modalidad de relación. Pero es un buen ejemplo porque es ambivalente. Puede usarse para decir la verdad o para mentir. Esta función lingüística –religiosa del lenguaje:



En la lógica del derecho se puede construir la relación o se puede separar, castigar, sancionar y llevar fuera de al comunidad (derecho penal).

**Es muy compleja la relacionalidad jurídica-familiar.** Matrimonio es una relacionalidad total → fusión total. Pero también está presente la posibilidad de la fractura. La indisolubilidad del matrimonio no niega la posibilidad del naufragio de un matrimonio.

El hombre es sujeto de relación. La relación es siempre ambivalente. La relación es siempre constitutivamente compleja. El amor puede llegar a ser odio<sup>3</sup>. Toda relación contiene en sí misma esta posibilidad de cambio total. Pedro es el apóstol que es capaz de reconocer a Jesús como Cristo y Jesús lo llama a él Satanás.

Toda relación es ambivalente. No tiene el mismo valor la relación positiva de una madre que cuida a su hijo que una madre que mata a su hijo. En realidad toda la historia de la humanidad es un esfuerzo por combatir el mal. Ej el homicidio simbólicamente es el delito

<sup>3</sup> San Pablo será capaz de pasar del odio al amor.

más grave y ej. Caín y Abel son hermanos. En ellos se da la máxima relacionalidad y también el homicidio.

El demonio es aquello que niega la bondad de la creación → es lo que nos dice que matemos la creación porque la creación es mala.

El misterio del mal, el misterio del pecado es un misterio complejo pero también fácilmente comprensible y constatable. ¿Cómo se puede negar la presencia del mal en el mundo?

En toda la historia de la humanidad se constata una fuerza que busca y obra por el bien. Consolar es ponerse del lado del que está solo. Consolar no comporta una acción eficaz específica. Relación que da calor, vida, consejo. En la historia de la humanidad se constata una fuerza que busca limitar el mal, buscar el bien, consolar,... Derecho. Busca garantizar las relaciones positivas entre los hombres.

Ej Juramento = empeño que hago público. Es la tentativa, por parte del derecho, de dar fuerza a la relación entre los hombres. No es lo mismo hacer un contrato que no hacerlo. En el momento que me caso tomo un empeño público. He firmado un contrato. El derecho ayuda a reforzar la dimensión positiva de la relación y limitar las consecuencias negativas de esa relación.

Hablando de la familia se tiende a minimizar la importancia del derecho en la construcción de la familia. Se piensa que sea lo mismo:  
- casarse, que construye      - convivir, que no construye

No se puede pensar que la juridicización del matrimonio es una variable subjetiva. Tiene implicaciones sociales, reales y operantes en la historia. Esto hoy no es tan evidente. Hoy se hace necesaria una filosofía de la familia, una filosofía del derecho del matrimonio y de la familia.

Problema hoy → lo que parecía evidente a nuestros abuelos hoy no lo es. La humanidad está en crisis. La forma en que ahora se manifiesta esa crisis es la desjuridicización de la familia.

Un aspecto de la experiencia humana es la muerte. Hoy aparecen leyes sobre el final de la vida. Se nacía en familia y se moría en familia. La crisis del contexto familiar produce:

- leyes sobre la procreación
- leyes sobre muerte

Una cosa es pensar en la crisis de la familia y otra cosa es pensar que la familia va a desaparecer. Defender la familia no es defender algo que va a ser destruido sino que defienden un bien del hombre. Es un empeño por el hombre, por un bien humano, no defendemos una estructura social.



## El hombre ser relacional

El hombre es un ser relacional. No existe el individuo en abstracto. La identidad humana se manifiesta al interno de la familia humana.

La dinámica relacional es análoga a la relación de la familia.  
- dinámica de reciprocidad → es una relación antropológica. No es una relación natural porque en natura no existe el contrato

Hay muchos modos de activar la relacionalidad, es decir, de entender nuestra relación con los otros.

El hombre es un animal que hace contrato.

El modelo de la inocencia para el hombre no es el modelo animal. Porque los animales nos son sujetos morales. El hombre es sujeto moral porque puede hacer el bien o hacer el mal. Incluso el homicidio es una relación personal. Hasta en las relaciones violentas emerge la especificidad del hombre. Los animales no asesinan.

La elección por el bien es siempre una renuncia a la posibilidad del mal (ej en las tentaciones de Jesús)

También en la relación entre los hombres existe la posibilidad del mal. No porque el mal no sea humano. El mal es profundamente humano.

La fidelidad es un valor tremendo porque siempre existe la tentación. Es por tanto un compromiso que se debe hacer constantemente.

En sentido antropológico

Haremos un discurso fenomenológico sobre la relación.

Fenomenología - estudio de los fenómenos  
- Fenómenos = eventos, datos, modos de ser que se nos presentan a nuestra atención, que llaman nuestra curiosidad, que piden ser investigados y comprendidos.

Ej.- El lenguaje.  
La fisiología (foniatría) se centra en el estudio de las cuerdas vocales. Se pueden hacer más de 5000 sonidos.

La filosofía y la lingüística estudian el lenguaje desde el punto de vista ontológico.

Filosofía .- En cuanto que golpean la mente del filósofo y en cuanto que demandan una investigación, una comprensión y una explicación. La filosofía es una fenomenología. Los fenómenos que nos afectan son los que están relacionados con el hombre. Nos interesan los fenómenos que van más allá de nuestra dimensión biológica y que nos caracterizan como personas.

Una cosa es comprender que el hombre es un ser relacional y otra comprender "la relacionalidad" porque hay muchos modos de relacionalidad.

A nosotros nos interesa sobre todo centrarnos sobre matrimonio y familia. Debemos comprender bien estos fenómenos para no con-

fundirlos con otros. Para comprender el sentido profundo de la relación.

¿Dónde se cualifica, se encuentra la especificidad del matrimonio y de la familia? Hay que entenderla para que seamos capaces de distinguir con las parejas de hecho.

## Capítulo 1 Cuatro modalidades de relación

- Estas cuatro modalidades son útiles para explicar el matrimonio y la familia. En matrimonio y familia se presentan estas
- cuatro relaciones y lo hacen con una gran complejidad porque
- todas ellas se entremezclan.

### 1.1 La amistad

Es la relación más inmediata del hombre. Es la relación afectiva que une a dos personas. La *Ética a Nicómaco* de Aristóteles dedica dos libros a la amistad (solo uno a la justicia). Los problemas relacionados con la amistad son, para Aristóteles, más complejos que los relacionados con la justicia.

Amistad = querer el bien del amigo. Se asume el bien del amigo como algo personal. La amistad solo es amistad si no es interesada.

Dos características fundamentales:

#### **1.- Es una relación de bienes entre personas.**

La amistad personal no supone solamente una cercanía. La amistad supone mantener una cercanía y un trato directo. No es posible poner en otro la responsabilidad de atender al amigo. Lo que quiere el amigo es estar conmigo y no con mi representante (como si de un contrato se tratase). Es necesario alimentarla constantemente. La amistad sobrevive por la constante voluntad de los amigos por mantener la amistad. Este carácter personal de la amistad nos hace comprender que es una relación de dos.

#### **2.- Relación dual.**

Las asociaciones grupales no son amistad. Ej una orden religiosa, un claustro de profesores...

Para que sea una relación de amistad tiene que ser personal porque él es él (ella) y yo soy yo. Quiere decir que es una relación cerrada. No es tolerable la presencia de una tercera persona que entra entre los dos. Se requiere correspondencia entre las dos personas.

Tiene que ser constantemente construida. Aquí entra en juego la referencia a los CELOS. A nivel fenomenológico los celos acompañan a la amistad. Ser celoso = dar gran valor a la relación con el amigo y el miedo a perder su amistad. Se recoge en la expresión: "quien tiene

un amigo tiene un tesoro”. En este sentido es que los celos caracterizan la amistad. Unos celos sanos son indispensables porque es la medida de la verdadera amistad.

La amistad es un empeño moral. Es distinta a la simpatía. La amistad es un empeño antropológico. Me comprometo con esa persona y entra en mi responsabilidad.

En la amistad también entra en juego la categoría de la TRAI-CIÓN. Es el abandono del amigo. Es el signo de que la amistad está muerta y que yo estoy solo.

Ser traicionado es ser:

- abandonado
- ser entregado a aquel que quiere mi mal

El dolor físico no tiene una razón personal-moral, es una causa fisiológica. En la traición se experimenta un dolor intenso porque es un dolor moral. Ej Pasión de Cristo comienza con la traición de Judas. El beso (signo de la amistad) se convierte en signo de la traición. Lo mismo ocurre en la traición conyugal que produce un dolor muy intenso. En la Pat. Familiar importante a perdonar de verdad las situaciones de traición, porque es la única manera de sanar la herida.

La relación de amistad es una relación moral. Es importante cuidar la amistad. El “amigo de todos” es una categoría profundamente falsa. No se puede ser amigo de todos. El amor universal es un amor de caridad no es un amor de amistad. Se pueden tener algunos amigos, no se pueden tener muchos amigos.

Por eso la amistad es una de las características del amor conyugal. Se comparte toda las experiencias en totalidad. Forma total de amistad. La poligamia no es una relación plena de amistad porque no se comparte todo con la misma mujer. Por eso suele aparecer una relación preferencial con una mujer (la favorita). Esto contradice el carácter exclusivo de la relación de amistad.

Resumen de las ideas hasta ahora expuestas:

- acercamiento antropológico al matrimonio y la familia
- Identidad del hombre se conquista en las relaciones
- Nos importan las relaciones con los otros
- No defendemos el matrimonio y la familia como problema de extinción. El matrimonio y la familia no se extinguirán porque es constitutivo del ser humano. Si lo defendemos es porque entendemos que en ellos el hombre alcanza su plenitud. Se trata de defender toda la potencialidad de bien que hay en el matrimonio y la familia.

## 1.2 La Política = relación de grupo.

No tenemos un término consolidado para establecer las relaciones de grupo. Solo hay uno: POLÍTICA. Política viene de Polis = relación colectiva y pública. En latín se traduce a Civitas = cittá. Pero la Civitas = conjunto de ciudadanos (Urbs = conjunto de estructuras, casas, calles, puentes, etc que constituyen físicamente al ciudad.

La Civitas es un fenómeno relacional absolutamente autónomo. Polis = estar juntos estructuradamente. Aristóteles dirá: “El hombre es un animal político” = vive políticamente = vive en una comunidad humana. El hombre vive, por su naturaleza, experiencia de grupos, experiencia comunitaria, experiencia POLÍTICA<sup>4</sup>.

La comunidad familiar es una comunidad política y posee todas las características de las comunidades políticas:

- realidad de grupo
- cerrada
- no necesita del conocimiento personal

### Familia es una comunidad política:

- realidad de grupo
- cerrada
- no necesita del conocimiento de todos los integrantes. Hay una fuerza mayor que dá unidad a los miembros del grupo. Un CENTRO DE AGREGACIÓN que es conocido y compartido por todos.

Este centro de agregación puede ser:

- fuertemente cualificante de la identidad del grupo = ej religión
- débilmente cualificante de la identidad del grupo = ej comunidad de vecinos.

La fuerza del grupo puede ser diferente. La fuerza no es la amistad. Hay una identidad de grupo:

- Identidad biológica; ejemplo ser varón,
- Identidad religiosa
- Identidad del gusto

La identidad del grupo es totalmente diversa de la de la amistad. Algunas identidades de grupo se pierden con el tiempo (ej. comunidad de vecinos) otras son indelebles (ej. identidad familiar)

La identidad de grupo es una experiencia cerrada (como la amistad pero distinta de la amistad). La identidad del grupo es institucional porque comparto con los otros miembros del grupo los valores fundantes del grupo (no es una afinidad personal como la amistad).

Hay que distinguir dentro Esta distinción dentro-fuera tiene poca relevancia en la experiencia cotidiana

En algunos casos la lógica inclusiva-exclusiva del grupo puede ser importante. Incluso generar conflicto (trabajadores – empresarios). A nivel estatal al conflicto lo llamamos “guerra”. El drama inevitable

<sup>4</sup> Hoy política se identifica con poder político del Estado. Por eso no hablamos en ese sentido de la política hablamos del grupo.

de la política en general es que no es posible separar el conflicto de la identidad de grupo. En la distinción de la POLÍTICA (del grupo) se puede dar el conflicto. Ej deportes de equipo = deportes de batalla = uno que gana y otro que pierde. La política como realidad de grupo tiene:

- una cara positiva = solidaridad al interno del grupo
- una cara negativa = conflicto con el externo del grupo

Tenemos que entender que donde hay dinámica de grupos hay conflicto.

La política no encuentra en sí misma la fuerza para garantizar el carácter pacífico del conflicto. Para que se pueda desarrollar pacíficamente el conflicto es necesario unos instrumentos que no están en la POLÍTICA sino en el DERECHO. El derecho posee instrumentos que garantizan la expresión pacífica del conflicto.

En el deporte hay reglas. Quien no respeta las reglas no puede jugar. Pero ninguno juega para aplicar las reglas del juego. Juego para vencer. La finalidad no es respetar las reglas del juego sino vencer.

En la POLÍTICA siempre hay una posibilidad constitutiva de la violencia. Este es el pecado original. La posibilidad que hay de una experiencia de violencia. Agresividad que llega a ser homicida.

La paz no es un valor político, la paz es un valor espiritual. Paz en política es un acuerdo para no hacer la guerra. Paz es el concepto débil y guerra es el concepto fuerte. La guerra es una experiencia típicamente humana.

5ª sesión

Habíamos hablado de la POLÍTICA para poder entender algo de la familia. Es un grupo de personas unidas entre ellas no porque sean amigas sino porque se reconocen como grupo que tienen en común vínculos familiares irrenunciables.

Es importante subrayar el carácter “político” de la familia. En cuanto que grupo político la familia es un grupo cerrado. De la experiencia política se crea la distinción entre quien forma parte del grupo y quien no forma parte del grupo. Política es particular. Cuanto más se quiere ampliar el grupo → más frágil se hace. El destino de los imperios es fragmentarse. Las familias más compactas son las más pequeñas. El problema de la familia es la CONFLICTIVIDAD que como grupo la familia lleva consigo. Cuando un grupo se hace más cerrado → se hace más hostil.

Todo esto está bien conocido por la sociología de la familia y sobre todo los sociólogos que estudian las relaciones de la familia con

otros grupos. La familia sufre esta tentación de considerarse en posición del bien y del mal.

Fenómeno de ENDOGAMIA = el matrimonio al interno del grupo familiar.

Fenómeno de EXOGAMIA= el matrimonio al externo del grupo familiar.

La endogamia desde cualquier punto de vista es siempre negativa → está prohibida en todas las culturas por **el TABÚ DEL INCESTO.**

Vamos a centrarnos en las razones antropológicas de la prohibición del INCESTO. Toda familia tiene que renovarse cada generación. La familia muere cada generación y renace cada generación. La familia tiene que abrirse a otras familias para establecer alianzas familiares nuevas. Desde este punto de vista la familia es potencialmente peligrosa cuando se cierra en sí misma.

Es un deber el abrirse fuera de la relación familiar. Se exige la creación de nuevos grupos familiares. Confirmado en la genética.

La dinámica del grupo tiene una doble cara 

positiva
negativa

 que no se pueden separar.. La familia tiene un inmenso valor positivo. Introduce al nuevo ser en el mundo (el hombre es un ser familiar). Al mismo tiempo la familia es una experiencia cerrada que puede provocar hostilidades. Es necesario que cada matrimonio abra la familia (así el matrimonio y la familia se convierten en una experiencia de paz).

Aquí está el tema de la diferencia entre matrimonio  
pareja

En el matrimonio se da el nacimiento de una nueva realidad antropológica. No basta definir el matrimonio como realidad de amistad plena. Es una realidad familiar, grupal, porque une a dos familias. Se crea una nueva familia. La experiencia matrimonial cualifica a la familia.

Es una relación muy importante: Al interno de la familia los vínculos naturales.

En la pareja, en el ser marido y mujer es una elección, la voluntad de esposarse.

La familia es una realidad de orden natural y el matrimonio es una realidad moral.

**El discurso sobre el tabú del incesto** → resguarda la relación sexual entre personas con vínculos familiares. ¿por qué se habla de TABÚ del incesto?

La palabra **Tabú** no pertenece a la cultura occidental. Era una palabra utilizada por los etnólogos en las islas del sur. En la tradición occidental no existía la palabra. Tabú es más que prohibición, es una prohibición totalmente interiorizada en todos los seres humanos. Es una prohibición elaborada por la persona. No existe propiamente una fuente explícita y formal de este tabú.

En todas las culturas está presente el tabú del incesto, por lo menos en la prohibición básica:

- prohibición de la relación sexual padres – hijos
- prohibición de la relación sexual hermano – hermana

**¿Qué es el tabú del incesto?** ¿Por qué? ¿Qué relación tiene con la prohibición de endogamia y con la obligación de exogamia?

Para comprender el tabú del incesto:

**1º El tabú es universal.** No se encuentra cultura humana que no conozcan el tabú del incesto. Las violaciones del tabú son excepciones a la regla que también está presente en esa sociedad.

**2º El tabú del incesto es violable.** La práctica del incesto es material y sociológicamente posible; pero no ha declinado el tabú del incesto:

- es una ley natural porque es universal
- es el punto donde se encuentra la naturaleza y la cultura (en el mundo animal no existe el tabú del incesto)

No es un problema de tipo estrictamente genético evolucionista. Todos sabemos que para seleccionar un determinado carácter basta seis generaciones para estabilizarlo genéticamente. El tabú del incesto no tiene motivaciones propiamente biológicas. La razón hermano x hermana = daña la prole es un mito. Daña la descendencia si tienen algún daño pero si no lo tienen no lo transmiten. Es por tanto un tabú ancestral pero que no está basado en razones de control genético.

¿Por qué es el tabú del incesto? ¿Por qué está en los hombres? El hombre es el único animal para el que tiene sentido la palabra INCESTO. **Es el único animal que se identifica como “yo”.** El primer destinatario del tabú del incesto son los padres sobre los hijos. El poder paterno tiene un límite estructural en la relación sexual con los hijos.

El hijo no es propiedad del padre o de la madre. Pertenece a sí mismo. Tiene un espacio sagrado de autonomía y de inviolabilidad. A

través del tabú del incesto se crean las relaciones familiares. Si eres padre no puedes ser marido de la misma persona. Si eres madre no puedes ser mujer de tu hijo. Se establecen los roles familiares. Estos roles familiares no se pueden cambiar. Esto nos hace comprender la absoluta unicidad de la persona. **En el mundo animal** falta el tabú del incesto porque falta el rol familiar y **falta el sentido de la individualidad**. El animal no se da nombre. En el animal la especie está por encima del individuo.

**El nombre nos habla de individualidad.** Lo dan los padres a los hijos. El nombre es nuestra identificación familiar marcada por las relaciones familiares que tienen en la base el tabú del incesto. Este límite es muy fuerte. La existencia interna de este tabú nos identifica como personas. El tabú del incesto tiene un mecanismo antropológico que nos constituye como personas.

**No existe una pedagogía del tabú del incesto.** Se transmite de manera irreflexiva. Esto indica que es una condición antropológica fuerte de la especificidad humana. A través del tabú del incesto, a través de la norma que prohíbe la endogamia y obliga a la exogamia, el ser humano adquiere su unidad, su identidad.

Cada uno de nosotros adquiere su identidad por relación con cada uno de los miembros de la familia. Este rol no se puede cambiar. El hijo no es objeto sexual de los padres. Desde el momento del nacimiento tiene una individualidad que le viene dada por el tabú del incesto.

A nivel biológico es extraordinario porque la naturaleza se basa no en la unicidad sino sobre la multiplicidad. A la naturaleza no le interesa el individuo sino que le interesa la especie.

**El nombre** es una cosa extraordinaria, porque es una especie de:

- ley natural.- todos tienen nombre
- norma cultural.- puede ser cambiado  
nombres específicos para cada país

Entre los derechos humanos fundamentales está el derecho al nombre. Todo hombre tiene un primado sobre la especie humana.

El valor de la vida humana individual es incalculable. El derecho al nombre es importante para la individualidad. Entendido perversamente por los nazis = nº matrícula. A los ojos de los nazis los judíos no formaban parte del género humano → negación de la humanidad<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> No es lo mismo en todas las situaciones, por ej. en los duelos se reconoce una cierta dignidad al adversario.



Todo esto se funda sobre el tabú del incesto. Todos ser humano tiene una dignidad absoluta. En el tabú del incesto encontramos el fundamento de los derechos humanos. Reconocer la identidad de la persona. Es un "absoluto". Cada uno de nosotros es el producto de la intencionalidad de Dios. Esto es porque el hombre es un animal familiar. La familia no es un invento cultural. El hombre es familiar desde su principio. El hombre tiene su insustituible identidad. Lo primero que queremos saber de una persona que nos interesa es saber como se llama. El nombre es el vehículo esencial de la relación.

No existe un enfermo tan frágil como el que pierde su propia identidad. **Nuestra identidad se radicaliza en la debilidad.** No es importante que el niño tenga nombre solo cuando es capaz de reconocer ese nombre como propio.

**Sobre el plano de la identidad lo importante es el "ser" no el "saber hacer".** Los derechos que miran al "saber hacer" no son fundamentales.

Ej el derecho al voto se basa en un "saber hacer". No se le puede dar a un niño, es un derecho civil, importante pero no es un derecho humano fundamental.

La familiaridad es constitutivo de nuestra identidad. Para construir la familiaridad es necesario seguir un sistema de normas donde la fundamental es el tabú del incesto. Es el punto central de nuestro discurso:

Defender la familia = defender la dignidad y la identidad humanas.

La ética familiar se funda sobre la verdad de la familia y la verdad de la familia se basa en las relaciones que se dan en la familia. Configuran la identidad del ser humano. La gran aportación del derecho es que solo a través de la norma que prohíbe la endogamia y obliga a la exogamia, a través del matrimonio entre un hombre y una mujer, se establecen el resto de las relaciones familiares.

	<b>Cerrada</b>	<b>Abierta</b>
<b>Personal</b>	<b>AMISTAD</b>	<b>CARIDAD</b>
<b>Institucional</b>	<b>POLÍTICA</b>	<b>DERECHO</b>

Cada generación esta llamada a construir nuevas familias cerradas. Cada hombre se puede casar con cualquier mujer. Principio de universalidad. Apertura porque es con cualquiera fuera del grupo.

**1.3 El derecho** es una relación universal (en línea de principio). No tolera la clausura ni la limitación de ningún tipo, en concreto en las relaciones endofamiliares. En general las familias oponen una fuerte resistencia a esta obligación de exogamia.

“El hombre **abandonará** a su padre y a su madre”: Necesita esposarse fuera de la endogamia familiar. Cada matrimonio es el nacimiento de una nueva familia. La transmisión del “nombre de familia”, es una especie de engaño, porque solo se transmite la mitad de la carga genética. Está el hecho que la familia en grupo cerrado puede ejercer una violencia poniendo obligaciones familiares: ej casarse con una mujer del propio pueblo. Aquí entra todo el tema de la ciudadanía.

El derecho a la reunificación familiar debería ser un derecho fundamental, aunque hay mucha resistencia política. Sin embargo la familia ejerce una función de equilibrio social porque el hombre es un **animal familiar**.

El derecho es imprescindible pero tiene una cierta fragilidad. Es particularmente débil. La presión familiar puede ser mayor que la norma (ej. Romeo-Julietta). En la familia hay un lado oscuro, es la clausura en si misma que puede comportar dolor y violencia. Los conflictos que se dan:

- padres ↔ hijos
- entre hermanos

No podemos elaborar una imagen suavizada y dulcificada de la familia. Ningún conflicto dentro de la familia puede quitar la relación familiar. En la historia, muchas veces, la familia manifiesta sus contradicciones al encerrarse, cuando su obligación es abrirse y dejar a sus hijos esposarse fuera de la familia.

#### 1.4 Caridad (Filantropía)

Son cosas diversas pero se relacionan una y otra de manera interesante.

Filantropía es: amor por el hombre (por la humanidad).

A nivel teológico la caridad es el amor referido a Dios que llena. Caridad es la relación que podemos tener con aquel que nos es más “caro” (querido).

¿Qué es propiamente la filantropía?

Esta es una posibilidad real que se manifiesta en el hombre. Es el único animal que retiene que todos los hombres son hermanos y que pueden ser amados. La pretensión del derecho es menor que la de la filantropía:

- Derecho = respeto por todos los seres humanos. Tratar a todos según justicia. No pide que los amemos.

- Filantropía = amar a todos.

Entran en juego la universalidad: - derecho = ser justo con todos

- filantropía = amar a todos.

¿Cómo es posible que exista la filantropía? Es poco intuitiva. Es intuitivo el amor por la familia, los padres, los hijos... Pero es poco

intuitivo el amor a todos aquellos incluso a los que no conozco. No es la amistad.

La parábola del Buen Samaritano. El amor que tiene el buen samaritano es un amor de filantropía (amor de caridad). En términos de estricta justicia el samaritano no tiene deber de justicia. El samaritano se convierte en prójimo. "Ser prójimo" es un deber para el cristiano → eso es la filantropía.

Para la teología la filantropía es la manifestación de la gracia de Dios. Se hace visible el amor = Dios.

La categoría de la filantropía comienza a ser pensada por los estoicos. El principio de la filantropía es afirmado pero no explicado. Es como una intuición del cristianismo. No estaba rigurosamente demostrada. Los estoicos percibían que los seres humanos eran una familia. → Solo porque tenemos un Padre común es por lo que podemos llamarnos hermanos. Este es el fundamento sólido que los griegos no eran capaces de encontrar y de fundamentar.

18 noviembre 2008-11-24

Resumen

Familia = relacional porque el hombre es un ser relacional  
Relaciones de estructura diversa.

Habíamos tomado a estudio algunos modelos relacionales:

Amistad

Relaciones de grupo (Política)

Relaciones jurídicas (excursus sobre el incesto)

Caridad (Filantropía)

Vemos como resumen el esquema de relaciones haciendo hincapié en el tipo de relación:

Personal = Amistad + Caridad

Institucional = Política + Derecho

Cerrada = Amistad + Política

Abierta = Caridad + Derecho.

Retornamos al tema de la Filantropía (amor por la humanidad) que en Grecia tuvo su primera intuición en la escuela estoica. La predicación cristiana pone el amor al centro del cristianismo. Desde el punto de vista fenomenológico ¿qué elementos caracterizan la relación de CARIDAD?

Es una relación Personal. Considera al otro como un hermano. No requiere el conocimiento directo (lo diferencia de la amistad). Amistad es personal y cerrada. Caridad es personal y abierta. Ej en la parábola del buen samaritano. Considera a un desconocido como a su hermano. A la raíz de la Caridad hay un único elemento fundamental:

el que está enfrente de mi es un ser humano como yo y por eso lo amo.

La Caridad no es centrípeta, sino que es centrífuga, es abierta, no es cerrada. Se puede ignorar completamente a la persona que estoy llamado a amar y sin embargo el amor de caridad es verdadero. ¿Qué hace posible la Caridad? Cuando un desconocido me muestra ayuda sin conocerme → se demuestra el amor de caridad.<sup>6</sup>

El límite de la filosofía griega era la falta de fundamento. Ellos habían tenido la intuición de la posibilidad pero le faltaba la puesta en práctica. La caridad no vive de la posibilidad sino de la realidad. La caridad no es exigente. Los griegos habían pensado la filosofía solo en clave abstracta.

El derecho como la caridad son relaciones abiertas. Todo ser humano es un espacio posible de Caridad. E. Levita ha elaborado una teoría filosófica basada en el “rostro” del otro. Cuando veo el rostro de la otra persona me descubre la ética, porque me hace referencia a la universalidad. La cara de cualquier ser humano representa la humanidad. Esto es el punto central de la Caridad.

Dios AMA al ser humano y lo capacita para que por la CARIDAD sea capaz de AMAR a todos los seres humanos.

¿En que dimensión relacional se coloca la familia?

La familia se coloca en estas cuatro relaciones, toma de cada una elementos propios de estas cuatro relaciones.

La amistad está en la base del matrimonio. Marido y mujer comparten la totalidad de la vida terrena. Relación: - físico-biológica  
- espiritual  
- genealógica

Por esos pensamos el matrimonio monogámico. La poligamia no realiza la característica estructural del matrimonio mismo. El modelo monogámico en la historia se ha reafirmado. La cultura clásica ya había reconocido la necesidad de la monogamia como necesidad antropológica. La teología cristiana enriqueció esta realidad antropológica.

El derecho romano construye el derecho actual sobre el matrimonio:

\* no tolera la determinación del tiempo  
\* no es posible poner condiciones. Es un vínculo incondicionado.

---

<sup>6</sup> La dificultad está en reconocer ese amor de caridad. Ej evangelio la curación de los 10 leprosos. Solo 1 reconoce el amor de Caridad.

La libertad es la ausencia de condiciones. Quién se casa se casa en libertad cuando no aparecen condiciones. Desde el principio el matrimonio siempre ha estado pensado como libertad. Si se ponen condiciones → estoy poniendo condiciones a mi libertad. Todo depende de una elección fundamental que una vez hecha continua determinando toda la vida, incluso tras el divorcio. Quedan tras el divorcio vínculos fuertes entre el hombre y la mujer. El divorcio no cancela el matrimonio, no se reasume el estado civil de soltero sino que se crea un estado nuevo que es el de divorciado.

La relación en el matrimonio es de amistad. Cuando se piensa el matrimonio en sí y por sí se piensa en una relación en positivo. La comunión de vida no la genera la buena voluntad de los creyentes sino el derecho que recoge esta voluntad y la hace socialmente pública. El derecho garantiza la identidad de la relación entre el marido y la mujer como vínculo de totalidad. Lo que está en cuestión es la relación de totalidad que solo el derecho está en grado de garantizar. La tentativa de separar derecho y amor supone un verdadero fracaso.

La pareja de hecho es una imitación de la relación hombre-mujer en el matrimonio pero no es la realidad.

+ En una pareja de hecho la relación depende totalmente de cada uno

+ En un matrimonio la relación depende también del derecho. Es el derecho el que califica la relación.

Ej Título de medicina = el título da consistencia objetiva a pretensiones subjetivas. Curandero = se queda en la pretensión subjetiva.

Resumiendo:

\* Entra en la lógica de la amistad por su carácter personal

\* Entra en la lógica del derecho por su carácter público

\* Entra en la lógica de la política por su tendencia a encerrarse en sí mismo (teniendo como límite el tabú del incesto). El vínculo familiar es tan fuerte, que el matrimonio se puede romper pero la familia no.

\* La familia como relación de Caridad:

### La paternidad y la maternidad.

Es alusiva de la paternidad de Dios. Psicología = imagen de Dios se presenta al niño a través del padre.

En el padre el niño percibe:

- el poder
- el poder de apertura, de beneficencia

Equivalente al deseo de Dios

Símbolo del amor caracterizado por la absoluta disponibilidad = Amor de Dios.

La madre se dedica al niño en totalidad que puede llegar a la entrega de la propia vida. Porque algunos gratuitamente han tenido cuidado de nosotros, por eso existe la gratuidad.

Fraternidad familiar es el punto de partida a la fraternidad universal. Solo a través de la fraternidad familiar es que la idea de igualdad entre todos los hombres llega a ser creíble.

La familia va más allá de la amistad, la política, el derecho y la caridad.

Para ello hay que poner de relieve el papel de la alteridad sexual en la familia y en especial en el aspecto conyugal.

## Capítulo 2. La homosexualidad y el derecho de la familia

Nos debemos preguntar: ¿Se puede tematizar en clave jurídica el matrimonio de homosexuales? Desde la perspectiva jurídica, de filosofía del derecho, nos tendremos que preguntar por el “matrimonio de homosexuales”.

Dificultad preliminar: ¿Sabemos de qué cosa hablamos cuando hablamos de homosexualidad? **Falta una teoría compartida de la homosexualidad.**

La tradición histórica no ha dado una teoría sobre la homosexualidad. Actualmente el debate sobre la homosexualidad = centrado en la sexología = no se quiere establecer que la homosexualidad<sup>7</sup> se vive en muchos casos como un sufrimiento. → Es un problema antropológico.

### 2.1 ¿Qué sabemos de la homosexualidad?

La noción empírica no basta. Hay que ir más allá de la simple noción empírica. Si queremos afrontar el fenómeno de manera meditada debemos dar algunas hipótesis.

**Iglesia ha definido homosexualidad = desorden objetivo**

**Desorden:** - no es solo una variante  
- es un desorden que crea problemas

**Objetivo:** - la persona homosexual objetivamente vive una situación de desorden

¿Qué sabemos de la homosexualidad? Sabemos poco.

La homosexualidad está presente en todas las culturas. La tradición histórica solo habla de manifestaciones de homosexualidad masculina .- Abundante pero sin relieve teórico.

Es en el 1800 cuando se produce un estudio de la sexualidad<sup>8</sup> humana y sus “variantes”. Se empieza a hablar de psicopatologías sexuales. Contiene dentro de sí una indicación muy fuerte:

---

<sup>7</sup> Org. Mundial de la Salud ha quitado la homosexualidad del catálogo de enfermedades, afirmando que es una variante del comportamiento sexual

<sup>8</sup> Sexualidad es una palabra inventada en 1800. Sexo = secare= dividere= lo que separa macho de la hembra. Hasta el 1800 es un dato y no un problema

- la sexualidad crea problemas psíquicos<sup>9</sup>, no se trata pues de una sexualidad genital sino antropológica que mete en juego todo nuestro ser.

- En el hombre la reproducción no es solo un hecho biológico. El hombre no solo se reproduce, sino que se hace padre y madre.

Los comportamientos patológicos en el campo sexual no se explican desde anomalías físicas → tienen una raíz psíquica.

Todavía hoy se buscan marcadores físicos de comportamientos patológicos. Ej distintos comportamientos neurológicos. Un único punto que podría justificar es que aparece en un % constante en todas las poblaciones. Estos estudios no son claros. Algunas anomalías en el cerebelo de homosexuales que no aparecen en heterosexuales (Estudios con cadáveres con AIDS). Estudios muy criticados.

La gran alternativa al fisicismo es **la alternativa psicoanalítica**. Tiene un espesor antropológico.

#### **Freud sostiene:**

- En el hombre la sexualidad es más que un instinto. ==> Pulsión. Es un deseo<sup>10</sup> que no puede ser interpretado en clave estrictamente biológica. Es un deseo que lo lleva de sí mismo.

- Las pulsiones se presentan inicialmente como genéricas o indiferenciadas. Tenemos deseos pero no sabemos como satisfacerlos.

- La identidad se construye orientando (dándole ordenes) las pulsiones<sup>11</sup>. Buscar el equilibrio en las pulsiones para encontrar el equilibrio consigo mismo.

- El equilibrio de las pulsiones se ajusta en las primeras fases de la vida, en la relación con la madre. El niño piensa que él y la madre son una sola cosa. Hay un momento en el que el niño tiene que tomar conciencia que el padre tiene una relación privilegiada con la madre y que se la “sustraer” al niño. El niño conquista así su propia identidad. Si es una relación equilibrada toda va bien. Si está desequilibrada → se pierde la identificación.

La homosexualidad (según Freud) se basa en una mala relación (desequilibrada) entre el hijo y la madre. La madre dice: ninguna mu-

---

<sup>9</sup> En el mundo animal no encontramos problemas psicopatológicos.

<sup>10</sup> El deseo muestra que no somos autosuficientes. El hombre necesita, siente una deficiencia.

<sup>11</sup> Templanza = Temperare = mezclar agua y vino. Ajustar la justa cantidad de agua al vino que se quería beber = equilibrio.



jer te amará nunca como yo. Esa fidelidad al amor de la madre le incapacitará para tener relaciones con mujeres.

En la homosexualidad hay un bloqueo de la pulsión heterosexual.

Biológicamente la pulsión hacia la reproducción  
Psicológicamente la pulsión bloqueada → desviada

Este es el paradigma que explica todas las demás psicopatologías. Algunas son relevantes y otras son irrelevantes.

Excursus  
sobre polémica desatada día 2 octubre contra Vaticano

Francia ha presentado una apelación a la ONU sobre la homosexualidad, contra la criminalización de la homosexualidad en el mundo, especialmente en los países árabes. La Santa Sede se ha desmarcado de esta iniciativa. Los periódicos hablan de homofobia de la Iglesia. Repres. De la Santa Sede ha justificado la medida ya que la petición incluía la alusión a los derechos humanos fundamentales en la práctica de la homosexualidad.

Se está produciendo una criminalización ideológica y penal contra aquellos que piensan que la homosexualidad no es algo natural. Es por esto que se impone el "género" con características culturales y por tanto a proteger por la política.

El sexo es un dato biológico → inalterable → no se puede defender un derecho al sexo. En sentido biológico no existe propiamente el hermafroditismo. Hay alteraciones de tipo XXY mujeres con algún carácter masculino y XYY hombres con algún carácter femenino.

Ahora se habla de vida sexual libremente elegida → género. Sexualidad libremente elegida de la persona. La sexualidad se hace depender de una elección personal.

**Transexualidad.** Es una psicopatología. Se tiende a pensar en una verdadera enfermedad; disforia de género (sentirse mal con su género). El individuo no se reconoce con su propia sexualidad biológica. Quiere cambiar su cuerpo. Aparecen operaciones de cambio de sexo y se interviene sobre órganos sexuales.

El discurso sobre la transexualidad es útil para entender que consecuencias tiene llevar al extremo la lógica del género. Aprobadas leyes para satisfacer el deseo de operarse. La operación da la nueva identidad legal. Leyes europeas años 80's no han resuelto nada el problema. Tras la operación descubren que a nivel sexual no son mujeres. Además son estériles. Se crean disforias más graves. En España el

cambio de sexo no está ligado a una operación. Sólo un certificado psicológico y se cambia el DNI.

Es el triunfo de la ideología del género.- Es el sujeto quien decide si ser hombre o ser mujer. Este es el corazón del problema. Por eso se busca aislar el discurso de la sexualidad del ámbito de la antropología para situarlo en el ámbito político. Ej se coloca al mismo nivel que la elección de una profesión (abogado, enfermero, futbolista...)

Cierra excursus

## 2.2 ¿Por qué no el matrimonio entre homosexuales?

Las razones deben ser estrictamente jurídicas. ¿Cuáles son las razones sociales relevantes para legalizar el matrimonio homosexual?

El derecho tutela pretensiones jurídicas justificadas. Ej todos querrían tener una licencia, pero hay que demostrar una razón objetiva = competencia. Esto no significa que a nivel privado pueda tomar decisiones médicas (ej. dar pastilla a su mujer).

El gran problema para el jurista no es validar el comportamiento privado de las personas. El problema es validar comportamientos que tengan un fundamento y que requieran que se debe garantizar objetivamente esa pretensión.

Todas las culturas de todos los tiempos han reconocido la fundamentación jurídica del matrimonio heterosexual porque es la base de la familia. Es decir el espacio de la generación de los hijos. No es reconocible como matrimonio aquel que no contempla la posibilidad de relación sexual y por tanto la procreación.

Si quitamos la procreación → no hay motivación para juridizar la relación hombre-mujer. El matrimonio homosexual no funda una familia y no procrea. Siendo estéril se queda en una relación privada y por tanto no tiene la finalidad que garantiza a los heterosexuales la juridización del matrimonio.

La razón fundamental que esgrimen los homosexuales es el reconocimiento social de su relación = imagen, pero esta imagen tiene que tener una sustancia. Está muy bien decir que soy graduado en medicina pero no se da la licencia si no se tiene competencia.

## Capítulo 3. El divorcio

Es un tema en el que la cultura católica es muy sensible. Hoy solo la cultura católica permanece contraria a negar el derecho al divorcio.

La condena de la guerra es universal. Pero existe la violencia y la guerra. Es un fenómeno ideológicamente descalificado y presente sociológicamente. El divorcio ha estado presente siempre en la historia de la civilización. A veces ha estado ideológicamente descalificado. De hecho es una libre elección de los conyuges. El derecho no tiene límites para evitarlo. Solo hay límites económicos.

La tradición católica dice NO al divorcio. Esto es un escándalo para la sociedad de hoy. Es difícil comunicar las razones cristianas del no al divorcio porque las razones que se dan no son de tipo confesional sino antropológicas (derecho natural). El no al divorcio de tradición católica está fundamentado sobre el derecho natural. Aquí está la dificultad. Todos somos muy respetuosos con las actitudes confesionales pero como es un argumento con pretensión de universalidad → Es un problema.

El no de Jesús al derecho de divorcio está en la base de la negación del catolicismo al no al divorcio.

La teología cristiana católica ha insistido en encontrar un fundamento antropológico a esta negativa. Todo aquello que Dios pide al hombre es para el Bien del hombre. Es por esto que tiene una fundamentación antropológica. Jesús indica al hombre aquello que para el hombre es el Bien. El bien para el hombre es no disolver el matrimonio. Partiendo del matrimonio natural como algo que quiere el Bien del hombre tendremos que preguntarnos ¿Se puede romper el matrimonio natural? → No.

¿No sería más fácil fundarlo sobre razones de fe? La teoría católica de la licitud del divorcio no viene respetada porque no se funda sobre la fe. Lutero:

- Quitó el carácter sacramental al matrimonio
- Quitó el fundamento sobre la ley natural

Hasta el siglo XIX el divorcio en el ámbito protestante era una excepción. Hoy se ha vanalizado.

Queda solo el catolicismo en la defensa de la indisolubilidad.

### 3.1 ¿Qué argumentos son los que dan base al No del catolicismo al divorcio?

Límites de la argumentación:

- haremos referencia a la tradición matrimonial mediterránea.

1º El divorcio pertenece a todas las tradiciones matrimoniales. El NO al divorcio es la novedad, introducida por el cristianismo. Este no con la pretensión de corregir la experiencia histórica de práctica del divorcio (Es el mismo caso que el tema de la pena de muerte)

¿En qué sentido antes del catolicismo se podía uno divorciar?

\* Uno semejante al de nuestra mentalidad. Activable por el marido o por la mujer en perfecta simetría.

\* En la antigüedad cuando se habla de divorcio se habla fundamentalmente de repudio. Abandono unilateral del marido a la mujer. El divorcio es en realidad un repudio legal. Solo en épocas recientes las mujeres han conquistado una autonomía social que le ha permitido conquistar un derecho de divorcio.

\* El machismo de la cultura romana da miedo. Los romanos no daban un nombre verdadero a la mujer sino que llevaba el nombre de la familia. Ej familia Julia, familia de Agripa = Agripina. En una lógica de marginación de la mujer, el divorcio era un derecho machista. Augusto tuvo que regular leyes en defensa de la familia.

**El cristianismo por primera vez en la historia introduce la idea de que una relación jurídica en la que se da una igualdad total entre el hombre y la mujer.** Este tema en el mundo pre-cristiano era impensable. Los canonistas han elaborado todo un derecho sobre la nulidad por vicio de consentimiento que miran al hombre y a la mujer en total igualdad. → Revolucionario → la igualdad nace a través de la idea de matrimonio como relación conyugal en igualdad.

Esto se fundamenta en el derecho natural. Esto conlleva que el matrimonio cristiano da a la “conyugalidad”, la base de compartir totalmente la vida en función del orden de las generaciones. Los vínculos familiares no son dispensables, ni se rompen ni se niegan. No se rompe la relación padre-hijo.

El cristianismo quería corregir el matrimonio pagano y orientarlo hacia la indisolubilidad. La sustancia de la cuestión es esta: si el matrimonio pone a los cónyuges en una posición asimétrica → es posible el divorcio porque el cónyuge fuerte (hombre) repudia al cónyuge débil (mujer). Es interesante la respuesta de Jesús a los fariseos. En el origen no era así.

El repudio humilla a la mujer; es un aval de la asimetría de la relación conyugal. Este es el corazón del problema del derecho natural. Todavía hay muchas formas de divorcio que son formas de repudio enmascarado. Detrás de cada divorcio está la voluntad de una parte de rom-

per el matrimonio. A veces en contra del otro o a veces por orgullo se asume (se produce una adecuación a la voluntad del otro).

El divorcio corresponde a un **“acto potestativo”**. Es el acto en el que la voluntad de una persona se puede afirmar sin ningún límite ni condicionamiento.

En el derecho se habla de **potestad en términos de “propiedad sobre las cosas”** (no sobre todas las cosas ej sobre las obras de arte). En la lógica de personas el derecho pone límites a la “potestad”. Cuando la ley tematiza el divorcio pone y tutela el derecho de la parte más débil. En las elecciones parciales hay una posibilidad de cambio, en la elección total de vida no hay posibilidad de cambio.

**El divorcio es una técnica para permitir una poligamia no sincrónica sino diacrónica.** Cuando uno se divorcia no vuelve a ser soltero sino que su estado es divorciado. No se ha cerrado – anulado el matrimonio, sino que ahora configura su identidad: soy divorciado. Me permite casarme en 2ª ocasión.

Todo esto nos hace comprender que la experiencia del matrimonio es una experiencia límite. El hombre eleva la relación sexual generativa a una relación de compartir toda la vida.

**La tradición cristiana.** Reconocer el divorcio es no conocer lo que significa un compartir totalmente la vida. Si no se comprende es fácil vanalizar el divorcio. Es por esta razón que el matrimonio natural ha de ser indisoluble.

**Kant** llega a la misma conclusión haciendo un discurso diverso:

- implica el uso de la facultad sexual del hombre y de la mujer (semejante a la de los animales) pero no es así. La atracción humana recíproca (no solo el desfogar la sexualidad) supone dar dignidad = matrimonio.

La razón propia del matrimonio es proyectar la lógica de la relación tiene un carácter absoluto. La indisolubilidad del matrimonio guarda la sexualidad de lo humano de la sexualidad animal (igual que la alimentación se diferencia en la cocina, compartir comida).

En el hombre la animalidad consigue una transformación simbólica. Solo los hombres se pueden prometer uno al otro. Los animales no se hacen promesas.

La indisolubilidad supone tomarse en serio el matrimonio. No me puedo casar:

- a tiempo
- no se puede condicionar

No se ponen condiciones.  
Si se ponen condiciones el matrimonio es nulo.

Es posible en contrato ej de trabajo.  
No es posible en relaciones padre-hijo  
Está fuera del tiempo = metafísico

La convivencia para probar no tiene nada que ver con el matrimonio. Precisamente porque se ponen condiciones: estaremos juntos mientras nos vaya bien.

Sociedad sólida es aquella en la que el hombre toma cuenta de su dignidad y asume sus compromisos absolutos.  
Ej jurar = es tomar posición sólida. Garantiza la credibilidad.

La crisis del juramento es un ejemplo de cómo la sociedad se está convirtiendo en una sociedad líquida<sup>12</sup>.

## Capítulo 4. Parejas de hecho

Reconocimiento jurídico a las parejas de hecho (En Francia PACS)  
Pacto Civil de Solidaridad

Se presenta como alternativa real a la unión matrimonial. Es un desafío notable para el jurista = dar derecho a una pareja que rehúsa el matrimonio.

Nos encontramos de frente a **un fenómeno nuevo**. No tenemos término. La palabra convivencia es muy genérica:  
- pueda hacer referencia a la familia fundada en torno al matrimonio  
- militares, religiosos, estudiantes

Es muy genérica. Nuestro lenguaje no tiene términos adecuados en materia. Sustancia de la cosa es ambiguo. Nos encontramos ante un fenómeno totalmente nuevo y el lenguaje no ha creado todavía el término. Esto no es cierto. Ej informática.

Si hiciésemos un cuadro de las leyes europeas. No coinciden las instituciones ni las palabras. Si falta la palabra falta la cosa. En la lengua latina no faltaban palabras para nombrar esta situación:

Matrimonio  
Concubinato  
Contubernium

<sup>12</sup> Sociedad líquida = no quiere dar solidez a las relaciones interpersonales.

### Matrimonio

Activar la relación con una mujer para hacerla madre en su sentido más profundo. La madre en sentido propio es la mujer que se esposa. Se une a ella un hombre con un vínculo público monogámico.

### Concubinato

Relación hombre-mujer fuera del derecho (dormir juntos). Desde el punto de vista jurídico no entraba porque la relación permanecía en el ámbito privado y no público. Era un hecho.

Al exterior el concubinato parece matrimonio pero al interno no lo es. Considerando que en general la posición de la mujer estaba bajo el hombre = el concubinato era una relación del hombre impuesta a la mujer.

Para el jurista la relación de concubinato es simétrica:

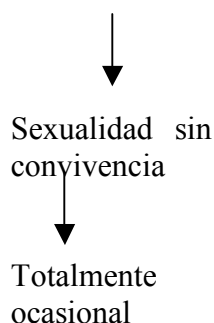
- cualquier mujer puede rechazar el concubinato
- relación libre y simétrica. Está fuera del derecho.

Muchas veces alargándose en el tiempo el concubinato se convierte en matrimonio.

La palabra concubinato parece una palabra muy ofensiva en un ambiente secularizado. Se ha considerado una relación dañina (sobre todo para la mujer que era fácilmente abandonada).

De hecho el reforzamiento del papel de la mujer deja el concubinato mucho menos dañino para la mujer. Desde aquí puede parecer ofensivo. La desaparición del término concubinato ha dejado un hueco que no se ha rellenado. Concubinato era una convivencia sexual. La palabra convivencia no tiene ese sentido de sexual.

### Contubernio.



Relación ocasional con una mujer a la que se le pagaba en una taberna. Es una relación exclusivamente sexual no de convivencia.

La sexualidad por la sexualidad:

- relaciones con prostitutas
- relaciones con mujeres no prostitutas pero relación ocasional.

Es un término desaparecido.

Lingüísticamente no tenemos palabras. Tanto el concubinato como por el contubernio no tienen cualificación en lo jurídico. Están fuera del derecho.

Los franceses han estado geniales inventando el PACS. Es un Pacto Civil de Solidaridad → esto no significa nada porque todo contrato de asociación es un pacto de solidaridad. En el contenido de la Ley se explicita la incompatibilidad del Pacs con el matrimonio. Se prohíbe el Pacs a las relaciones incestuosas. Se entiende y se explicita que es un pacto civil de solidaridad sexuada.

Este truco lingüístico demuestra que algo no funciona. Lo que se quiere hacer es esconder el problema.

Ahora nos interesa profundizar en **el problema del concubinato**.

**El concubinato = relación de convivencia.** Es una relación asimilable al matrimonio:

- viven en la misma casa
- pueden tener hijos

Es la que hoy se busca definir como una convivencia de hecho. Hay una fuerte presión ideológica y social para el reconocimiento jurídico de la convivencia de hecho. ¿Cuáles son las razones jurídicas y sociales que se traen para pedir el reconocimiento de las parejas de hecho, convivencias de hecho?

No es fácil.

- no todos los que conviven quieren que su relación sea jurídicamente reconocida
- sólo algunas parejas quieren

Sería fácil decir: el simple hecho de vivir en convivencia supone la regulación y el reconocimiento jurídico. Solo se tendría que dar cuenta de la convivencia. Esto no va bien porque algunos no quieren que su convivencia sea jurídicamente reconocida.

La razón que aportan de fondo es que esa convivencia de hecho debe ser reconocida no porque se reconozcan todas las convivencia sino ese tipo de convivencia. Al final **se trata de una motivación y fundamentación de tipo económico**.

Detrás de la petición de legalizar la convivencia está la intención de un reconocimiento económico. Quieren ventajas pero no deberes.

En Francia los análisis sociológicos están mostrando que los PACS tienen una motivación exclusivamente económica. Los ricos no hacen PACS. El PACS cuesta un montón de dinero y no da la misma estabilidad que da el matrimonio. No hay simetría entre el reconocimiento público del PACS y el empeño público del mismo.



**¿Por qué no hay simetría entre el reconocimiento público del PACS y el empeño público del mismo?**

En parte por el interés económico. En parte por entrar a formar parte de la dinámica de la secularización. El matrimonio en cuanto incluye una promesa de totalidad (toda la vida), promesa que coge su fuerza simbólica frente a Dios. Encuentra la hostilidad de una sociedad secularizada. Se plantean alternativas legales al matrimonio. Supervivencia del PACS dependerá del proceso de secularización.

El **PACS es una relación débil**. Es raro que los jóvenes se casen. Los jóvenes conviven libres pero cuando quieren estabilizar su situación no hacen el PACS sino que se casan.

En la ley francesa no se habla de diferencia de sexos. **La han usado los homosexuales como reconocimiento público de su situación**. Este ha sido un uso accidental.

## Capítulo 5. Consecuencias jurídicas de las nuevas prácticas de fecundación artificial

Un tema de frontera sobre el que se ha hablado mucho pero se ha reflexionado poco. Consecuencias jurídicas de las nuevas prácticas de fecundación artificial. Es un tema muy estudiado. Lo centraremos **desde el punto de vista biojurídico**. No hablaremos de la justificación o valoración moral de la fecundación in Vitro sino el aspecto jurídico.

Hace + de 25 años que se produjeron embriones humanos. 1er nacimiento es el de Louis Brown<sup>13</sup>. Es controvertida desde el punto de vista médico (estadísticamente mayor nº de problemas enfermedad en niños probeta que en naturales)

¿Cómo debe valorar y cualificar el derecho de familia esta nueva realidad de un niño que nace de fecundación artificial?  
Son muchos los problemas que afectan al campo jurídico mucho más allá de lo específico en el campo de la familia: ej mala praxis médica, falta de consentimiento informado...

Nos interesa centrar el tema en el estatuto jurídico de un niño que nace artificialmente. ¿Cuál su identidad familiar? ¿Cuál es el estatuto jurídico de un embrión congelado en una probeta y condenado a estar congelado? ¿De quién son propiedad?

Las prácticas de Fecundación Artificial son distintas y diversas técnicas. El derecho tiene que tenerlas en consideración en cuanto que son técnicas diversas que pueden activar problemas diversos.

**El discurso moral del Magisterio de la Iglesia** al hablar de la dignidad de la persona **exige que no se separe el acto conyugal de su acto procreativo**. La fecundación artificial es una excisión entre sexualidad y procreación. Esto provoca la negativa del Magisterio. La fecundación artificial tiende a entender relación sexual sin procreación y procreación sin sexualidad. Es un problema moral pero no es un problema jurídico.

El jurista está llamado a valorar una práctica social no bajo las categorías bueno o malo sino bajo la categoría justo e injusto. **La pregunta será ¿hasta que punto la fecundación artificial crea problemas de justicia?**

Desde la perspectiva de los niños que nacen de la fecundación artificial:

---

<sup>13</sup> Buscar fecha nacimiento de Louis Brown

Separamos la cuestión simple de las cuestiones complicadas.

## 5.1 Modo simple

- imaginamos todas las prácticas de **fecundación artificial homóloga**<sup>14</sup> (tanto inseminación artificial como fecundación in vitro). Jurídicamente es una hipótesis simple. El niño que nace es genéticamente hijo de la pareja. Ha sido procreado de manera artificial pero desde el punto de vista biológico y psicológico, es hijo de aquella pareja (biológico y afectivo).

Para el jurista este niño es hijo de la pareja. Si la pareja está espousada es hijo legítimo y si no están casados el padre deberá reconocer el hijo.

En las leyes de fecundación artificial:

- La ley italiana<sup>15</sup> admite a la fecundación artificial parejas también a parejas no casadas (problema moral y jurídico). La ley considera que el padre es el padre sin necesidad de que se reconozca la paternidad.<sup>16</sup>

## 5.2 Modo complejo

Las cosas se complican cuando se pasa a técnicas complejas de fecundación artificial. Técnicas complejas = no se usan gametos de los esposos o pareja (usándose ovulos o espermatozoides de otras personas donantes) = **Fecundación heteróloga**<sup>17</sup>. Se usan gametos de una tercera persona (usualmente espermetazoides).

Se habla de donación de células germinales pero en realidad es una hipocresía porque se compran y se pagan los gametos. Es una hipocresía. Interesa esta hipocresía (principio de indisponibilidad del cuerpo humano) porque es necesario para mantener las técnicas.

¿Cuál es el problema jurídico? ¿Qué sucede si en Italia un centro hace la fecundación heteróloga? ¿Cuál es el estatuto jurídico del niño que nace de fecundación heteróloga? El problema que se plantea es que desde el punto de vista biológico es que el niño no es hijo biológico de los dos miembros de la pareja. Solo uno es padre biológico el otro es padre social. El problema es que, considerando la hipótesis más frecuente en la que una pareja quiere la fecundación artificial

---

<sup>14</sup> Se utilizan las células germinales de la pareja (hombre y mujer casados o emparejados)

<sup>15</sup> La mayoría de las leyes europeas excepto Noruega.

<sup>16</sup> En los nacimientos naturales de una pareja no casada debe haber un reconocimiento del padre porque no hay seguridad de quién es el padre.

<sup>17</sup> Está prohibido la fecundación heterologa. Pero van a España donde se produce la "donación a pago".

heteróloga (el hombre estéril que acepta que se produzca un “adulterio biológico”, la quiere, la desea, la acepta formalmente) pero en la parte psicológica el hombre la acepta bajo presión psicológica (el hombre es culpable por esterilidad y por eso debe aceptar). Para el hombre estéril tener un hijo adoptivo o heterólogo es tener un hijo que biológicamente procede de otro hombre. Pero en la adopción la mujer debe renunciar a una maternidad biológica.

**¿Quién es el padre del niño?** El padre biológico es el que ha donado el semen. Está interesado en donar (porque está pagado) pero no está interesado en ser reconocido como padre de todos aquellos hijos que van a nacer con su semen. Sin embargo hay un hombre que no puede tener hijos pero que socialmente quiere ser padre. **En el interés del niño, se opta por el padre social que es el que está interesado en ser padre: el padre social se convierte en padre legal.** Desde ese momento el padre no puede renunciar al hijo bajo el pretexto que no es su hijo biológico. Esta solución garantiza el estatuto biológico del embrión.

Puede pasar, y pasa, que el niño nacido pueda saber que su padre legal no es el padre biológico. ¿qué sucede si un niño nacido de fecundación artificial sabe que el marido de su madre no es su padre?<sup>18</sup>

Nos interesa el caso de una pareja que va a un centro para tener un hijo con fecundación heteróloga, si el hijo en el futuro el niño mayor de 18 años **¿puede pedir que se invalide el reconocimiento paterno de su padre social y puede pedir que lo reconozca su padre biológico? ¿Si el niño quiere conocer el nombre donador de semen?**

Dos posibles respuestas:

- la que privilegia el conocimiento de la verdad de las cosas. Es justo que el nacido por fecundación artificial conozca su origen
- la que privilegia la verdad jurídica sobre la verdad biológica. Si el derecho ha dado la paternidad al padre social debe mantenerse la verdad jurídica.

La legislación de los diversos países del mundo se dividen. Algunas dan un primado a la verdad biológica o a la verdad jurídica.

Suiza es el primer país que ha reconocido que cualquier ser humano tiene derecho a conocer su origen (ya sea nacido de manera natural o de manera artificial). Esto comporta que el donador de semen debe saber que en el futuro su nombre puede ser revelado a sus hijos biológicos. La ley suiza no quita la paternidad al padre social ni la transfiere al padre biológico. Ha desaparecido la fecundación hete-

---

<sup>18</sup> Desde el punto de vista de un hijo natural el problema es fácil porque lo único que tiene que activar (el padre o el hijo) un recurso jurídico para no-reconocimiento de la paternidad. (Anteriormente era muy difícil demostrar que no era uno hijo de su padre ahora sí a través de los test genéticos).

róloga por falta de semen de donantes (se ha quitado el anonimato en la donación de semen). Es una solución razonable pero que no quita los problemas.

En los últimos años ha aparecido otro problema al multiplicarse los tests genéticos. Tenemos muchas patologías de origen genética y que pueden ser tratadas con terapias experimentales de tipo genético. El genoma humano tiene un carácter familiar porque el genoma de cada uno de nosotros deriva la mitad del padre y de la madre. Para hacer un buen análisis genético debe hacerse análisis al resto de la familia. Hablamos de enfermedades muy graves y lo que se pone en juego es mucho. Con la fecundación heteróloga si un niño tiene una enfermedad grave es necesario analizar el genoma de la madre y del donante de semen. Aparece un problema de cuál es el derecho mayor: el anonimato del donante o el derecho de la salud del niño. Desde el punto de vista jurídico es mayor el derecho a la salud que el derecho al anonimato. Es muy probable que en el futuro la fecundación heteróloga tenga menos futuro si se mantiene jurídicamente la fortaleza del derecho a la salud del niño y sobre todo porque los científicos se esfuerzan por llevar a cabo fecundación homóloga. Estadísticamente el problema se está reduciendo.<sup>19</sup>

Problemas jurídicos diversos nacen si la mujer es estéril. Puede ser estéril por dos motivos diversos:

- a) **No produce ovocitos**
  - i. Pero tiene un útero normal (se utilizarían oocitos de otra mujer, se fecundarán con semen de su marido y se implantarán en su útero. Se produce una escisión entre madre genética y madre uterina).
- b) **Si produce ovocitos pero no tiene útero**
  - i. Se fecunda en probeta sus ovocitos con semen del marido y alquilar el útero de otra mujer. Ella será la madre genética y la otra será la madre uterina.
- c) **Una mujer sin ovocitos y sin útero.** Se obtienen oocitos de una mujer, se alquila el útero de otra mujer. Tendrá tres madres: la madre social que paga, la madre genética, la madre uterina. Incluso si el marido es estéril habrá también un padre genético y un padre social.

Es fácil garantizar el anonimato de la donación de semen, pero el alquiler de úteros y la donación de ovocitos supone un espacio de tiempo de muy grande. Supone intervención médica después de tratamiento con hiperestimulación. Está tan cargada de cargas que hace muy difícil el anonimato.

---

<sup>19</sup> Esto se debe a que la esterilidad masculina es por baja producción de espermatozoides. Pero las nuevas técnicas se basan en activar las espermatidas como espermatozoides.

Jurídicamente es casi imposible salir bien de esta complicación. Entre la madre que ha dado el ovocito y la madre que ha dado el útero ¿Cuál es la verdadera madre? El biólogo dirá que la que ha dado el ovocito y el psicólogo que dice que la madre uterina es la verdadera madre porque se da una relación especial madre-hijo. Estos casos se han dado sobre todo en EEUU y tiene una casuística estatal diversa. Las leyes en general intentan eliminar la maternidad subrogada y en el caso en el que se dé se usa de la legislación del derecho romano que asigna la maternidad a la mujer que da a luz, es decir el derecho asigna al hijo