

## EL CONCEPTO DE PERSONA EN EL DERECHO CIVIL ANTE UNA ANTROPOLOGÍA DUAL.

María de Aránzazu Novales Alquézar. Universidad de Zaragoza.

**Resumen.** En el marco general de la Ilustración, el proceso codificador asumió, como presupuesto metodológico, la existencia de un individuo genérico como titular de derechos civiles, dejando al margen otras consideraciones, tales como la sexualidad, la nacionalidad, etc. Esta premisa, exigía ignorar las diferencias entre las personas. En esta disertación, trataré de poner en tela de juicio este presupuesto. Con carácter general, no deben desconocerse las contribuciones de otras Ciencias Humanas al Derecho Civil debido, entre otras cosas, a que el diálogo interdisciplinar no puede ser aplazado más tiempo, detrás de la excusa del rigor exigido por la especialización científica. Dentro de las Ciencias Jurídicas, y especialmente, en el Derecho de Familia, tan íntimamente conectado con el concepto de "persona", la existencia de dos personas diferentes que necesitan ser tratadas por el Derecho de modo diferente para obtener la efectiva igualdad de trato, queda con mucha frecuencia escondida tras el principio de generalidad en la aplicación de las normas. En verdad, no hay una sola naturaleza humana, solamente hay hombres y mujeres caminando a lo largo de las calles, y la cuestión relativa a las diferencias entre sexos debe ser pensada ontológicamente. Por otra parte, las soluciones jurídicas concretas dirigidas a proyectar esas diferencias ontológicas entre hombres y mujeres sobre el principio de justicia, están empezando a alcanzar al tema de la igualdad en las leyes, pero continúa subsistiendo la exigencia de elaboración de una aproximación general a esta materia.

**Abstract.** Inside the enlightenment process, Codification assumed, as a methodological presupposition, the existence of a generic individual entitling civil rights, without any other considerations: sexuality, nationality,... This premise, demanded the ignorance of personal differences. In this dissertation, I will try to dispute that presupposition. Generally, the contributions of other Human Sciences to Civil Law mustn't be unknown, because interdisciplinary dialogue can't be delayed any longer, behind the excuse of scientific specialization. Inside Juridical Sciences, and specially, in Family Law, so closely connected to the concept of "person", the existence of two different persons that need to be treated by Law in a different way in order to obtain the equality treatment, are very often concealed under the principle of universality in norms application. Actually, there isn't only one human nature, there are just men and women walking along the streets, and the question about differences between sexes must be thought ontologically. On the other part, concrete juridical solutions, in order to project such ontological dissimilarities between men and women on the principle of justice are beginning to achieve law equality, but remains the exigency of a general approach to this subject.

### Introducción

En las Ciencias Jurídicas y, en concreto, en el Derecho Civil de Familia, sector al que toca directamente el concepto de persona, bajo la excusa del principio de generalidad de las normas, se oculta a menudo la existencia de dos personas diferentes que deben ser tratadas por el Derecho de modo diferente para conseguir la igualdad de trato jurídico pues, como dice Camps: "adherirse al discurso de la diferencia no debería significar dejar de proclamar la igualdad de derechos; y adherirse al discurso de la igualdad, no debería implicar una propuesta de simple imitación y repetición de lo masculino"<sup>1</sup>.

Hay base en algunas orientaciones actuales de la fenomenología para mostrar que no hay una sola naturaleza humana sino dos, la naturaleza masculina y la naturaleza femenina. ¿Qué pasaría entonces si esta idea se aplicase al Derecho Civil, igual que vienen recayendo sobre él las demás corrientes y tendencias filosóficas? En rigor, como explica Alonso Pérez, al repasar la ingente labor de Federico De Castro en torno al concepto de persona, el Derecho valora íntegramente a la persona y "se limita a recibir, como una entidad preexistente la valoración integral de la persona. Estamos, pues, ante una categoría dada y no creada por las normas

---

<sup>1</sup> Camps Cervera, Victoria, "El genio de las mujeres" en *Virtudes públicas*, Madrid, Espasa-Calpe, 1990, pp. 142-243.

jurídicas”<sup>2</sup>, debiendo prestarse atención a la noción jurídica de la naturaleza de las cosas que, como recuerda De los Mozos: “se extiende, no sólo a las de naturaleza física (seres humanos, hombre, mujer, cosas, bienes muebles e inmuebles, etc.), sino también a las propias categorías jurídicas, tanto de Derecho público (especialmente las que configuran la organización estatal o supraestatal), como de forma más natural a las de Derecho privado (tales como persona, contrato, matrimonio, propiedad, etc.), encontrando su verdadero paradigma en la relación tridimensional entre Derecho, justicia y libertad”<sup>3</sup>. De ahí que el enriquecimiento de la idea de persona proveniente de otros saberes como la Antropología o la Filosofía recaerá necesariamente sobre el Derecho y, por lo que respecta al Derecho español, no podemos despreciar los avances de los discípulos de Ortega en cuanto a lo que es persona.

En general, las aportaciones de otras Ciencias Humanas al Derecho Civil no deben ser desconocidas. Como ejemplo de esta necesidad de relacionar inexcusablemente el rendimiento filosófico con el jurídico, Richard ha estudiado el interés de algunos conceptos construidos por Wittgenstein para un mejor conocimiento del Derecho Comparado. El análisis del “giro lingüístico”, el “giro antropológico” y el “giro gramatical” es requerido para obtener ideas útiles para la práctica jurídica, y el “giro antropológico” demuestra que los “juegos del lenguaje” de Wittgenstein encajan en el lenguaje jurídico entendido como “lenguaje especial”, se basa en una concepción cultural de las formas de vida traspasadas al derecho a través del concepto de institución<sup>4</sup>.

### 1. Perspectivas fenomenológica y ontológica sobre la persona

Dejando a un lado éste y otros intentos sobre la relación entre el Derecho y la Filosofía, y en conexión con la interdisciplinariedad necesaria que debe haber, en concreto, entre el Derecho Civil y la Filosofía, aparece una cuestión a plantear, que podría tener consecuencias de gran relevancia. Ante un Derecho Civil elaborado en torno al concepto de “persona”, surge una pregunta para la reflexión: ¿Hay una persona o dos en el Derecho Civil? Lo que sucede es que, con la excusa del principio de generalidad de las normas, la ciencia jurídica civil, como la mayoría de las demás, se construye en función de una única naturaleza humana que no es tal, porque lo que hay son hombres y mujeres. Y el problema es que, por defecto, la elaboración termina siendo aplicable no a una “naturaleza humana neutral” que, como tal, no existe, como se ha dicho, sino al “patrón-tipo”, que se identifica, por defecto, con el ser humano varón, europeo o norteamericano, de mediana edad y de raza blanca. Quienes no se incluyan dentro de este patrón tienen muchas dificultades para ser reconocidos por el discurso elaborado por la disciplina correspondiente.

La admisión de una dual naturaleza humana tiene importantes consecuencias en el ámbito jurídico, sobre la base de que estamos obligados a intentar el diálogo interdisciplinar, pues las ciencias no son compartimentos estancos con la excusa de la delimitación del objeto de estudio para un mejor análisis. La especialización de las ciencias tiene su razón de ser en la delimitación del objeto y métodos de estudio para así hacer posible una más perfecta sistematización y una mayor profundidad en los análisis científicos. Sin embargo, la incomunicación entre las ciencias trae como consecuencia un empobrecimiento de los resultados obtenidos y un enquistamiento de posiciones retóricas o solipsistas.

Tal como escribe Viladrich: “Encontrar nuevos métodos del diálogo y de la común construcción interdisciplinar serán –ya lo son– un reto esencial e inmediato. En este escenario, recuperar nuevos caminos para que la fe y la razón se sienten a reconsiderar juntos la sexualidad humana, sin confusión y desde el respeto exquisi-

<sup>2</sup> Alonso Pérez, Mariano, “Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona en el *Derecho civil de España*”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, n° 4, 1983, p. 1.123.

<sup>3</sup> De los Mozos y de los Mozos, José Luis, “Reflexiones sobre derecho, justicia y libertad en el II centenario de la muerte de Kant”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tercera época, año CLII, abril-junio, n° 2, Madrid, 2005, pp. 195-196.

<sup>4</sup> Richard, Pascal, “Les apports de Wittgenstein à la réflexion comparatiste”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, n° 4, 2005, pp. 899-920.

to a sus ámbitos, será un horizonte extraordinariamente sugestivo y necesario. Nos urge explorar los nuevos caminos que conducen a la eterna cuestión del encuentro entre los dos modos diversos de ser igualmente naturaleza y humana persona: la mujer y el varón. La mujer, al cuestionarse tan intensamente en este último siglo, ha convocado también la cuestión del varón<sup>5</sup>.

Desde otra perspectiva de análisis centrada en el personalismo, Castilla de Cortázar ha puesto de manifiesto el carácter alentador de algunos planteamientos actuales de la antropología filosófica, que sería de interés proseguir, tales como lo que se ha llamado la hermenéutica del don “donde los términos opuestos de la relación son dar y recibir, y al recibir se le atribuye la misma categoría activa del dar”<sup>6</sup>. Lo anterior sucede porque la persona es capaz de darse y, como apunta POLO: “una persona única sería una desgracia absoluta”<sup>7</sup> y agrega que “el problema fundamental del amor es la correspondencia, ya que hablando en absoluto, sin correspondencia el amor no existe”<sup>8</sup>. Juan Pablo II, al hablar de la hermenéutica del don de la persona ha dicho: “el donar y el aceptar el don se compenetran, de tal manera que el mismo donar se convierte en aceptar, y el aceptar se transforma en donar”<sup>9</sup>. Juan Pablo II describe el intercambio recíproco en el que consiste la comunión de personas en la relación conyugal describiendo el modo en el que tal intercambio enriquece a ambos<sup>10</sup>.

En una línea semejante pero partiendo de una única naturaleza humana, Viladrich pone de manifiesto en sus estudios de Derecho Matrimonial que las acciones de darse y aceptarse en el orden conyugal contienen, en su misma naturaleza, una íntima relación de correspondencia por complementariedad: “Es un grado superior de la correspondencia, cual es la relación de complementariedad natural entre el ser masculino y el femenino. Esta es una muy específica relación de unidad entre el varón y la mujer que se actualiza con el pacto conyugal. [...]. La complementariedad entre el varón y la mujer es, por lo tanto, un orden de correspondencia muy profundo, en cuya virtud el don de uno es perfeccionado en y por la acogida del otro, conformando entre sí un conjunto que es una categoría de unión y de comunicación vital ‘de naturaleza y en la naturaleza humana’ (una institución natural en sentido estricto). Es decir, la perfección del don masculino está dentro de un movimiento distinto, el de acogida, en tanto hecho por un sujeto diverso, la mujer acogiendo en cuanto mujer. Ésta es una correspondencia donde lo diverso es complemento. Y ese complementarse es conformar la unidad en la naturaleza o una caró”<sup>11</sup>.

Por lo demás, conviene recordar que tanto la Ciencia Jurídica como la Filosofía

<sup>5</sup> Viladrich Bataller, P. J., *La palabra de la mujer*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Ediciones Rialp, Pamplona, 2000, p. 32.

<sup>6</sup> Castilla de Cortázar, B., *Persona femenina, persona masculina*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Rialp, Madrid, 1996, p. 97.

<sup>7</sup> Polo, Leonardo, *La coexistencia del hombre*, en *Actas de las XXV Reuniones Filosóficas de la Facultad de Filosofía de la Universidad de Navarra*, t. I, Pamplona, 1991, pp. 33-48. El término “coexistencia” en este autor es equivalente al “ser-con” de Heidegger, M., *Sein und Zeit*, Neomarius Verlag Tübingen, 1949, (1ª ed. 1927), pp. 114-129, trad. cast. por José Gaos, *Ser y Tiempo*, FCE, Buenos Aires, 1987, 6ª reimp. pp. 129-147.

<sup>8</sup> POLO, L., *Tener y dar*, en *Estudios sobre la Enc. Laborem exercens*, BAC, Madrid, 1987, p. 228.

<sup>9</sup> Juan Pablo II, Audiencia general, 6.II.80, n. 4, en *Varón y mujer. Teología del cuerpo*, Palabra, Madrid, 1995, p. 121.

<sup>10</sup> *Ibidem*: “Si la mujer es aquella que ha sido ‘dada’ al varón, éste, por su parte, al recibirla como don en la plena realidad de su persona y femineidad, por eso mismo la enriquece, y al mismo tiempo también él mismo se enriquece no sólo mediante ella, que le dona su propia persona y femineidad, sino también mediante la donación de sí mismo. La donación por parte del varón, en respuesta a la de la mujer, es un enriquecimiento para él mismo; en efecto, así se manifiesta como la esencia específica de su masculinidad que, a través de la realidad del cuerpo y del sexo, alcanza la íntima profundidad de la ‘posesión de sí’, gracias a la cual es capaz tanto de darse a sí mismo como de recibir el don del otro. El varón, pues, no sólo acepta el don, sino que a la vez es acogido como don por la mujer, en la revelación de la interior esencia espiritual de su masculinidad, juntamente con toda la verdad de su cuerpo y de su sexo. Al ser aceptado así, se enriquece por esta aceptación y acogida del don de la propia masculinidad. A continuación, esta aceptación, en la que el varón se encuentra a sí mismo a través del ‘don sincero de sí’, se convierte para él en fuente de un nuevo y más profundo enriquecimiento de la mujer con él. *El intercambio es recíproco*, y en él se revelan y crecen los efectos mutuos del ‘don sincero’ y del ‘encuentro de sí’.”

<sup>11</sup> Viladrich Bataller, Pedro-Juan, *El ser conyugal*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, Rialp, Madrid, 2001, pp. 43-44.

son deudoras del concepto de persona como fin y no como medio que encontramos en Kant. También el Derecho Civil: Castán explica todo el sistema jurídico en torno a la idea de persona humana, y el concepto de persona ocupa un puesto central en el sistema jurídico privado español gracias a la labor creador del profesor Federico De Castro, quien al analizar la eficacia constitutiva del derecho, incluye entre sus efectos primordiales el de “invertir al hombre con el valor de persona”<sup>12</sup>. Así, como recoge Recaséns Siches: “La idea de la dignidad humana consiste en reconocer que el hombre es un ser que tiene fines propios suyos que cumplir por sí mismo... el hombre no debe ser jamás degradado a un mero medio para la realización de fines extraños... el ser humano es fin en sí mismo, es un autofin”<sup>13</sup>. La importancia de una razón que no instrumentalice al otro resalta desde una concepción de la filosofía como “visión responsable”, con palabras de Julián Marías<sup>14</sup>.

El descubrimiento por parte de la filosofía de que la naturaleza no era la estructura más profunda del ser humano, sino que ésta se encontraba en la persona, se hizo en los primeros siglos de nuestra era gracias al Cristianismo y en la reflexión sobre problemas teológicos<sup>15</sup>. Aunque no es el lugar para rastrear el concepto de persona en la historia de la filosofía, debe decirse que después de Kant, muchos personalismos han dado importancia a la apertura de la persona, es decir, a su carácter relacional si bien, más desde el punto de vista de una descripción fenomenológica que desde una perspectiva ontológica<sup>16</sup>. Sobre estas reflexiones, Castilla de Cortázar hace constar que “se han hecho esfuerzos para situar la relación en un plano superior al categorial. En efecto, considerada desde la ontología de la persona la relación es algo más que accidente”<sup>17</sup>. Zubiri ha profundizado en la realidad personal; su obra filosófica se articula en torno al concepto de persona y tiene de ella una “honda concepción metafísica”<sup>18</sup> y la describe como “realidad en propiedad”<sup>19</sup>. Así, la persona tiene su realidad trascendental en propiedad<sup>20</sup>.

Explica Juan Manuel Burgos, que la actitud más habitual de la filosofía tradicional con respecto al problema de la diferenciación hombre-mujer ha consistido en estudiar al hombre de una manera totalmente genérica y sexualmente indiferenciada, prescindiendo del dato de experiencia que señala que existen varones y mujeres. Lo más frecuente ha sido que la cuestión acerca de la influencia del sexo en la formulación de la antropología ni siquiera haya llegado a plantearse<sup>21</sup>.

Los planteamientos antropológicos que den razón del estatuto ontológico de la condición sexuada son incipientes, según explica Castilla de Cortázar<sup>22</sup>. No existe “la persona humana in abstracto” sino mujeres y varones. Tal como señala Julián Marías en su Antropología filosófica, la dualidad sexual constituye a la persona

<sup>12</sup> De Castro, Federico, *Derecho Civil de España*, t. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, p. 615.

<sup>13</sup> Recaséns Siches, *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1970, p. 331.

<sup>14</sup> “Epilogo”, entrevista televisiva realizada a Julián Marías para hacerse pública a su muerte, en Canal Plus, día 16 de diciembre de 2005. Vid. MARIÁS, Julián, *Antropología metafísica. La estructura empírica de la vida humana*, ed. Revista de Occidente, Madrid, 1970, pp. 19-23.

<sup>15</sup> Castilla de Cortázar (n. 6), p. 29. Vid. Ratzinger, Joseph, *Sobre el concepto de persona en la Teología, en Palabra en la Iglesia*, Salamanca, 1975, p. 165 y ss.; Ratzinger, Joseph, Milano, Andrea, *Persona in Teologia. Alle origini del significato di persona nel cristianesimo antico*, Dehoniane, Nápoles, 1984.

<sup>16</sup> Castilla de Cortázar (n. 6), p. 33.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>19</sup> Zubiri Apalategui, Xavier, “La persona como forma de realidad: personeidad”, en *Sobre el hombre*, Alianza editorial, Madrid, 1986, p. 111; Zubiri Apalategui, Xavier, “El hombre, realidad personal”, *Revista de Occidente*, 2ª época, n. 1, Madrid, 1963, pp. 5-29; Zubiri Apalategui, Xavier, *Sobre la esencia*, Alianza editorial, Madrid, 1985, (1ª ed., 1962 en Moneda y Crédito); Zubiri Apalategui, *Sobre la realidad*, (1966), Fundación Xavier Zubiri, Alianza, Madrid, 2001; Zubiri Apalategui, Xavier, *Sobre el hombre*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

<sup>20</sup> Vid. Zubiri Apalategui, Xavier, *En torno al problema de Dios*, en *Naturaleza, Historia y Dios*, Alianza editorial, Madrid, 1987, pp. 425-426; Frutos Cortés, Eugenio, *Antropología Filosófica*, ed. Montaner Frutos, Alberto, Prensas universitarias, Universidad de Zaragoza, 1991, pp. 211-264, respectivamente; Castilla de Cortázar, Blanca, *Noción de persona en Xavier Zubiri: una aproximación al género*, Tesis Doctoral dirigida por Alfonso López Quintás y defendida en 1994 en la UCM.

<sup>21</sup> Burgos, Juan Manuel, manuscrito no publicado y preparado para un master de familia que, gentilmente, me ha facilitado el autor.

<sup>22</sup> Castilla de Cortázar (n. 6), p. 116.

configurando una persona masculina y otra persona femenina, diferente de la anterior.

Según Burgos, la primera propuesta del personalismo es una antropología dual que tiene entre sus fundamentos la proposición que él explica de que “los hombres y las mujeres son radicalmente iguales y estructuralmente distintos”<sup>23</sup>, personalismo entendido como filosofía que toma como punto de partida todas las dimensiones del ser humano que van desde la corporalidad a la espiritualidad, y que considera que una visión correcta de la naturaleza humana debe incluir necesariamente la dimensión espiritual y, por tanto, la libertad y la inteligencia. Es así como dice: “La antropología verdadera no puede ser una antropología abstracta que hable de un hombre o persona en general; sin abandonar este tipo de reflexión que tiene su valor porque señala lo común a ambos, hay que tener en cuenta que existen dos tipos de personas: los hombres y las mujeres, las personas masculinas y las personas femeninas. A esta perspectiva se le da, en ocasiones, el nombre de antropología dual”<sup>24</sup>.

Según Castilla de Cortázar, el discurso de género, entendido como las implicaciones de género que tiene el ser varón o ser mujer “está planteado hoy en todas las ciencias experimentales desde la Genética<sup>25</sup>, la Fisiología, la Endocrinología, la Psicología y en todas las ciencias humanas, desde la Sociología hasta la Historia. Con los datos de las ciencias está pendiente de estructurar el engarce de la igualdad y de la diferencia entre el varón y la mujer”<sup>26</sup>. En relación con lo anterior, es importante mostrar las palabras con las que Castilla de Cortázar termina su libro: “Afirmar que la diferencia varón-mujer es una diferencia en la persona supone, por otra parte, haber anclado la diferencia definitivamente en la igualdad. Varón y mujer, cada uno es persona. Tienen la misma categoría; la diferencia entre ellos posee el mismo rango ontológico. La diferencia no rompe la igualdad”<sup>27</sup>. Y agrega que faltaría por elaborar lo que llama el estatuto ontológico de la condición sexuada

<sup>23</sup> Burgos, Juan Manuel, manuscrito (n. 21).

<sup>24</sup> Burgos, Juan Manuel, manuscrito (n. 21), en el que también escribe que: “Durante mucho tiempo la filosofía y, en particular, la antropología, han hablado de ‘el’ hombre y de ‘la’ persona humana, pero esta expresión es una abstracción en un doble sentido. Es una abstracción en el sentido habitual, porque no existe ‘el’ hombre, sino innumerables seres humanos individuales y muy distintos entre sí. Esta primera abstracción, sin embargo, es inevitable en la filosofía puesto que el pensamiento sólo puede avanzar a través de categorías abstractas. Hay, sin embargo, una segunda abstracción más imperdonable –aunque se haya mantenido vigente en la filosofía durante siglos– que consiste en no darse cuenta de que existen dos tipos de hombres (en el sentido genérico del término) o de personas: los hombres o varones y las mujeres: el resultado es la abstracción de incluir esa doble realidad en un concepto único”.

<sup>25</sup> Bly, Robert, *Iron John (Juan de Hierro)*, trad. Daniel Loks, ed. Plaza Janés, Barcelona, 1992, p. 228, en Castilla de Cortázar, Blanca, *La complementariedad varón-mujer. Nuevas hipótesis*, 2ª ed., Instituto de Ciencias para la Familia. Universidad de Navarra, Rialp, Madrid, 1996, p. 38.

<sup>26</sup> Castilla de Cortázar (n. 6), pp. 12-13. Vid. Alder, Harry, *The right Brain Manager*, Piatkus Books, Londres, 1998, trad. cast. Elías Sarphan, *Pensar para la excelencia con el lado derecho de su cerebro*, EDAF, 1995; Badinter, Elisabeth, *L'amour en plus. Histoire de l'amour maternel (XVIIe-XXe siècle)*, ed. Flammarion, París, 1980; Badinter, Elisabeth, *¿Existe el instinto maternal? Historia del amor maternal. Siglos XVII al XX*, Barcelona, Paidós-Pomare, 1981; Badinter, Elisabeth, *L'un est l'autre. Des relations entre hommes et femmes*, ed. Odile Jacob, 1986; Trad. cast. Marga Latorre, ed. Planeta, Barcelona, 1987; Becker, Jill B., Breedlove, S. Marc y Crews, David (eds.), *Behavioral Endocrinology*, The MIT Press/Bradford Books, 1992; Buxo, M<sup>o</sup> Jesús, *Antropología de la mujer*, Anthropos, Barcelona, 1988; Blaquiére, Georgette, *La grâce d'être femme*, Seuil, París, 1987. Trad. cast. *La gracia de ser mujer*, Palabra, Madrid, 1987; De Vries, Geert J. (et al., eds.), *Sex differences in the brain: the relation between structure and function*, en *Progress in Brain Research*, vol. 61, Elsevier, Amsterdam, 1984; Fernández, Juan (ed.), *La doble realidad del sexo y del género: perspectivas actuales*, Universidad Complutense, en *Investigaciones psicológicas*, n<sup>o</sup> 9, 1991, número monográfico, especialmente Mateo, Miguel A., y Fernández, Juan, *La dimensionalidad de los conceptos de masculinidad y feminidad*, en el que se recogen variantes tales como intolerancia a la ambigüedad, autoestima, satisfacción marital, profesión, salud mental, ajuste psicológico, aislamiento, motivación, competencia social, etc.; Fisher, Helen, *El Primer Sexo: Las capacidades innatas de las mujeres y cómo están cambiando el mundo*, Taurus, México, 1999; Irigaray, Luce, *Amo a ti*, Icaria, Barcelona, 1994; Lloyd's Genevieve, *Man of Reason*, 2ª ed., University of Minnesota Press, 1993 y Bordo, Susan, *The Flight to Objectivity*, New York, 1987; Reinisch, June M., Rosenblum, Leonard A., y Sanders, Stephanie A. (dirs.), *Masculinity/Femininity*, Oxford University Press, 1987; Van Den Wijngaard, Marianne, *Reinventing the Sexes. Feminism an Biomedical Construction of Femininity and Masculinity*, 1991, I, Women's Studies Biology, University of Amsterdam; Moir, Anne y Jessel, David, *Brain Sex. The real difference between men and women*, ed. Michael Joseph by Penguin Group, Londres, 1989.

<sup>27</sup> Castilla de Cortázar (n. 6), p. 124.

ya que en la metafísica tradicional el sexo ha sido considerado como un accidente<sup>28</sup>: “Es evidente que faltan todavía conceptos adecuados para expresar la realidad de la condición sexuada. En efecto, las diez categorías aristotélicas se quedan cortas para conceptualizarla. Sin embargo, si se considera que masculinidad y feminidad inciden en lo más hondo del ser humano, en la persona, para llegar a precisar dicha distinción, será necesario atender a aquello en lo que consiste radicalmente ser persona, para poder engarzarla en alguna de sus dimensiones constitutivas”<sup>29</sup>. También Ortega y Gasset reconoce que alma masculina y femenina son distintas, lo que no debe olvidarse si se quiere comprender el alma de una nación<sup>30</sup>.

Es así como “La Filosofía tiene pendiente el elaborar una teoría antropológica que engarce tanto la igualdad como la diferencia y que supere simultáneamente la subordinación y el igualitarismo, que son los dos extremos en los que han ido a parar las tendencias que se han fijado bien en la diferencia o bien en la igualdad. A la vista de que entre varón y mujer hay una igualdad fundamental, el problema está en dilucidar la diferencia ensamblándola con la igualdad, de modo que una no lesione la otra”<sup>31</sup>. A propósito de ello, Scola insiste en que: “la cuestión de la diferencia no es reducible a un simple problema de roles, sino que debe ser pensada ontológicamente”<sup>32</sup>. En definitiva, como señala Viladrich se puede hablar de dos personalidades, una masculina y otra femenina, sin que por ello varón y mujer sean

<sup>28</sup> Castilla de Cortázar (n. 6), p. 27 y (n. 25), p. 39. Vid. Gómez Pérez, Rafael, *Introducción a la Metafísica*, Rialp, Madrid, 1978, p. 57.

<sup>29</sup> Castilla de Cortázar (n. 6), p. 27.

<sup>30</sup> Ortega y Gasset, José, “Intimididades”, ensayo publicado en *El Espectador*, VII, 1930, en septiembre de 1929 (O.C.J.O.G., A.E., t. II), y en *Para la cultura del amor*, Ediciones El Arquero, Madrid, 1988, p. 350: “Es preciso que comencemos a corregir un inveterado error que se comete cuando se habla de la psicología de una nación. Se dice: ‘El francés, o el alemán, o el español, es así o de este otro modo’. Pero ¿de quién se habla? ¿Del varón o de la mujer? ¿Por qué cerrarse a la evidencia de que en cada país los dos sexos se diferencian mucho más de lo que corresponde a su diferencia sexual? Quiero decir, que un francés no es sólo distinto de una francesa, como un hombre en general lo es de una mujer en general, sino como pudieran diferenciarse entre sí dos hombres o dos mujeres. Es muy frecuente inclusive la contraposición entre el carácter masculino y el femenino, dentro de una nación, en las zonas del alma relativamente epicenas. Si se olvida esto, no se puede llegar a comprender el alma de un pueblo, que resulta de la colaboración de dos almas distintas. [...] Contra lo que pudiera creerse, no es muy frecuente en la Historia que hombres y mujeres de una misma nación se entiendan bien. Lo general es que sufran unos de otros, por cierta fatal incongruencia que tiene causas profundas, a veces enigmáticas, otras veces clarísimas”.

<sup>31</sup> Castilla de Cortázar (n. 25), pp. 37-38. Vid. sobre el pensamiento de la diferencia en relación con la igualdad, Bochetti, Alexandra, *Cosa vuole una donna. Storia politica, teoria. Scritti (1981-1985)*, Milano, La Tartaruga, 1995. Hay 1ª edición en castellano de Maite Larrauri, *Lo que quiere una mujer*, Valencia, Cátedra, 1996 y 2ª en Madrid, Cátedra, 1999; Greer, Germaine, *La femme eunuque*, Robert Lafont, París, 1970; Fraisse, Geneviève, *Muse de la raison, la démocratie exclusive et la différence des sexes*, Alinéa, Aix-en Provence, 1989. Traducción castellana, *Musa de la razón*, Madrid, Cátedra, 1991; Fraisse, Geneviève, *La raison des femmes*, Plon, París, 1992; Fraisse, Geneviève, “Sur l’incompatibilité supposée de l’amour et du féminisme”, *Esprit*, París, mayo de 1993; Fraisse, Geneviève, *La différence des sexes*, PUF, París, 1996; Fraisse, Geneviève, *La controverse des sexes*, Puf, París, 2001; Irigaray, Luce, *Yo, tu, nosotras*, Cátedra, Madrid, 1992; Jauch, Ursula Pia, *Filosofía de damas y moral masculina*, Alianza Editorial, Madrid, 1995; Lonzi, Carla, *Escupamos sobre Hegel*, Anagrama, Barcelona, 1981; López de la Vieja De La Torre, “Interés y límites de la ‘otra voz’: ¿Justicia o ética del cuidado?”, *Actas de las XII Jornadas de Filosofía de la Universidad de Valladolid: Igualdad y Género. Reflexiones desde la Ética y la Filosofía Política*, Valladolid, octubre, 2003; Morant Deusa, Isabel, “¿Qué es una mujer? O la condición sentimental de la mujer”, en Rosa María Rodríguez Magda (ed.), *Mujeres en la Historia del Pensamiento*, Anthropos, Barcelona, 1997; Muraro, Luisa, *Il pensiero della differenza sessuale*, La Tartaruga, Milán, 1987; Nicola, Giulia Paola, *Uguaglianza e differenza. La reciprocità uomo-donna*, ed. Città Nuova, Roma, 1988; Posada Kubissa, Luisa, *Sexo y esencia*, Horas y horas, Madrid, 1998; Posada Kubissa, Luisa, “De discursos estéticos, sustituciones categoriales y otras operaciones simbólicas: en torno al feminismo de la diferencia en Italia”, en Celia Amorós (coord.), *Feminismo y Filosofía*, Síntesis, Madrid, 2001; Spinsanti, Sandro (a cura di), *Maschio-femmina: dall’uguaglianza alla reciprocità*, ed. Paoline, Milán, 1990 (recoge 17 artículos de diversos autores); Tettamanzi, Dionigi, *La reciprocità uomo-donna: uguaglianza e differenza*, en Maggiolini Sandro, (ed.), *Profezia della donna*, ed. Città Nuova, Roma, 1989 (recoge 14 artículos); Violi, Patricia, *L’infinito singolare*, Essedue, Verona, 1986. Traducción castellana de Mónica Tusell, *El infinito singular*, Cátedra, Madrid, 1991.

<sup>32</sup> Scola, Angelo, *Identidad y diferencia. La relación hombre-mujer*, trad. Javier Prades, ed. Encuentro, Madrid, 1989, p. 54.

más o menos persona humana<sup>33</sup>. Este redescubrimiento del ser personal de la mujer, de redefinición de su persona, más que redefinición de su función, es también el planteamiento más realista de la definición posconciliar de la mujer en la Iglesia Católica, vía de proposición de una antropología cristiana que se materializa a partir de los discursos de Pablo VI, como explica Durán Lalaguna, que agrega que: “Esta ha sido la trayectoria de Juan Pablo II, en la línea del denominado personalismo, que es la línea del respeto a la realidad, y que le llevó a afirmar que la mujer es otro yo en la Humanidad común (Mulieris dignitatem). Probablemente sólo desde esa dinámica se concibe la justicia con la mujer, que es darle lo suyo, es decir, respetar su propia realidad, y desentrañar su significación como dimensión del ser personal. Cuando esto es así, la legislación no es sino una manifestación más de ese respeto a lo real”<sup>34</sup>.

Creo, con Blanca Castilla que queda mucha tarea por hacer en el descubrimiento de lo que es ser persona y en las dimensiones relacionales de la persona, que parecen tener una estructura familiar<sup>35</sup>, y esta tarea pendiente lo es también de la Ciencia Jurídica. Según ha puesto de manifiesto la Etología, hay que diferenciar entre reproducción, intercambio genético y comunicación<sup>36</sup>: “la sexualidad como comunicación, como forma de amor y entrega personal, sólo se da propiamente en el ser humano”<sup>37</sup>. Y agrega que “incluso el ejercicio de la sexualidad genital humana tiene su sentido más profundo en ser una forma de amor y de donación corporal, aunque muchas veces no sea así debido a la fragilidad humana”<sup>38</sup>.

Julián Marías diferencia entre persona masculina y persona femenina<sup>39</sup> lo que sugiere, como hace notar Castilla de Cortázar, que la diferencia entre el varón y la mujer se encuentra en lo más íntimo del ser humano, en la persona, hasta llegar a configurar el propio “yo”. Sin embargo, agrega que ello “resulta novedoso para la Antropología Metafísica realizada hasta ahora, que ha considerado a la persona asexual y se ha centrado en una consideración abstracta de la naturaleza humana, tratando siempre del ‘hombre’ en general, sin considerar que en la realidad solamente existen varones o mujeres”<sup>40</sup>. Castilla de Cortázar recuerda que ya Ortega y Gasset advirtió a Husserl que su “teoría del otro” era asexual, por lo que no servía para el conocimiento concreto de las personas, “y menos, cuando el Otro era una mujer”<sup>41</sup> y que Derrida hizo la misma observación respecto a Heidegger<sup>42</sup>. Según Castilla de Cortázar, un estudio de la naturaleza humana en términos asexuados “fundamenta la igualdad esencial que se da entre varón y mujer, pero no dice nada acerca de su distinción”<sup>43</sup>. Esta “igualdad esencial” es la excusa que a veces alimenta confusiones entre la igual dignidad que existe entre todos los seres humanos, que debe fundamentar el igual trato jurídico entre ellos y la idea, diferente de la ante-

<sup>33</sup> Viladrich Bataller, Pedro-Juan, “Matrimonio y sistema matrimonial de la Iglesia. Reflexiones sobre la misión del Derecho matrimonial canónico en la sociedad actual”, *Ius Canonicum*, n° 54, 1987, pp. 519-520.

<sup>34</sup> Durán y Lalaguna, Paloma, *Los límites del Derecho*, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, (Director de Publicaciones: Miguel Ángel del Arco Torres), Editorial Comares, Granada, 1996, p. 89.

<sup>35</sup> Castilla de Cortázar (n. 6), pp. 13-14: “La antropología de nuestro tiempo está embarcada en profundizar en qué consiste ser persona, sin descuidar los aspectos que pusieron de relieve los clásicos, como son la autoposición y la irrepitibilidad, que ellos denominaban ‘incomunicabilidad’, con otros aspectos también fundamentales como son la comunicabilidad y apertura propias de la persona humana. Las dimensiones relacionales de la persona, que parecen tener una estructura familiar están pendientes de un estudio riguroso”.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 17.

<sup>37</sup> *Ibidem*. Vid. Wilhelmsen, Frederick D., *La metafísica del amor*, Rialp, Madrid, 1964; Vicente Arregui, Jorge y Choza Armenta, Jacinto, *Filosofía del hombre. Una antropología de la intimidad*, 3ª ed., Rialp, Madrid, 1993.

<sup>38</sup> Castilla de Cortázar (n. 6), p. 17, en nota.

<sup>39</sup> Marías, Julián, *Mapa del mundo personal*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, pp. 27-36. Vid. Marías, Julián, *Antropología metafísica. La estructura empírica de la vida humana*, ed. Revista de Occidente, Madrid, 1970; también Choza, Jacinto, *Antropología de la sexualidad*, Rialp, Madrid, 1991, pp. 130-135.

<sup>40</sup> Castilla de Cortázar (n. 6), p. 21.

<sup>41</sup> *Idem*, pp. 21-22.

<sup>42</sup> *Idem*, p. 22. Vid. Ortega y Gasset, José, *El hombre y la gente*, Alianza editorial, 1ª ed., 1957, Madrid, 1980, p. 133 y ss.; Derrida, Jacques, *Geschlecht. Différence sexuelle, différence ontologique*, en *Psyché. Invention de l'autre*, ed. Galilée, París, 1987, pp. 395-414.

<sup>43</sup> Castilla de Cortázar (n. 6), p. 21.

rior de que debe tratarse de modo diferente a lo que es diferente, idea que ya estaba presente en Aristóteles. En cualquier caso, no cabe duda de que el concepto de igualdad de todas las personas ante Dios fue obra del Cristianismo<sup>44</sup>.

Según Marías, hasta su libro de Antropología Metafísica, no encontró otro tratamiento de la condición sexuada dentro de un contexto sistemático<sup>45</sup> y también se refiere a la importante intuición de la Antropología de situar el sexo en el centro del objeto de estudio que, según él, fue enturbiada por el psicoanálisis<sup>46</sup>.

Sin embargo, Blanca Castilla recuerda algunas afirmaciones acerca de la diferencia radical varón y mujer que, aunque sin un tratamiento sistemático, pueden encontrarse en la historia de la filosofía, tal como lo es la afirmación de Feuerbach: “Donde no hay un tú no hay yo. Pero la diferencia de yo a tú (la condición fundamental de toda personalidad y de toda conciencia) es una diferencia tan real y vital como lo es la diferencia de hombre y mujer. El tú entre hombre y mujer tiene un eco muy distinto que el monótono tú entre amigos<sup>47</sup>. Castilla califica de “cierta” y “sorprendente” esta afirmación “en un autor y en una obra, que tienen una gran diferencia con la concepción cristiana de la vida, de la antropología y del amor”<sup>48</sup>.

### 3. Persona y Personalidad en el Derecho Civil

En el campo del Derecho, es sabido que toda relación jurídica supone la existencia de un sujeto, de un objeto y de una causa. Respecto al primer elemento, debe recordarse que la palabra persona tiene su origen en las lenguas clásicas. Era la máscara o careta que usaban los actores y que servía al mismo tiempo para caracterizarse y para ahucar y lanzar la voz. Por una serie de trasposiciones se aplicó la palabra persona al actor y luego a los actores de la vida social y jurídica, considerados como sujetos de Derecho. Desde el punto de vista jurídico, las definiciones de la persona suelen centrarse en su consideración de “sujetos de derechos y obligaciones”, pero incurren en un círculo vicioso, como hace notar De Castro, y a la pregunta ¿quién es capaz de derechos y obligaciones? responden la persona, y a la inversa.

Castán Tobeñas enumera entre los rasgos constantes del pensamiento jurídico español reflejados en el régimen jurídico “la exaltación de la persona humana, como consecuencia de un humanismo o personalismo cristiano, no reñido con el ideal universalista y muy distinto del individualismo atómico, hijo de la Reforma”<sup>49</sup>.

En cuanto a la personalidad, aunque a veces se utiliza este término como sinónimo de persona y sean consecuencia uno del otro, no deben confundirse. Si persona es todo ser capaz de derechos y obligaciones, por personalidad ha de entenderse la aptitud para ser sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas. Se es

<sup>44</sup> MacIntyre, Alasdair, *A Short History of Ethics*, Nueva York, 1966, trad. cast. Roberto Juan Walton, *Historia de la ética*, Paidós, 5ª reimp. 1994 de la 1ª ed. castellana de 1971, Barcelona, p. 116. Harkness, Georgia, *Women in Church and society*, Nashville Abingdon Press, Nueva York, 1972, pp. 26-27: “Por una curiosa paradoja, la Iglesia ha declarado siempre la igualdad de todas las personas ante Dios, y su evangelio ha sido una de las primeras banderas democratizadoras del mundo occidental”.

<sup>45</sup> Marías, Julián, *La mujer y su sombra*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, p. 50. Cfr. Marías, *Antropología...* (n. 39), pp. 159-221. En p. 160 diferencia entre “sexual” y “sexuado” que implicaría a toda la estructura humana y no sólo a su dimensión corporal: “La actividad sexual es una limitada provincia de nuestra vida, muy importante pero limitada, que no comienza con nuestro nacimiento y suele terminar antes de nuestra muerte, fundada en la condición sexuada de la vida humana en general, que afecta a la integridad de ella, en todo tiempo y en todas sus dimensiones”.

<sup>46</sup> Marías, *Antropología...* (n. 39), pp. 165-166: “Cuando, a fines del siglo XIX, y por obra principal de Freud, el sexo adquirió carta de ciudadanía en la comprensión del hombre, el naturalismo de la Filosofía que servía de supuesto a la interpretación freudiana del hombre y a la teoría del psicoanálisis enturbió el descomunal acierto, absolutamente genial, de poner el sexo en el centro de la Antropología [...] el error concomitante fue lo que podríamos llamar la interpretación ‘sexual’ (y no *sexuada*) del sexo, el tomar la parte por el todo... pues hasta las determinaciones propiamente sexuales del hombre no son inteligibles sino desde esa previa condición sexuada envolvente”.

<sup>47</sup> Feuerbach, Ludwig, *La esencia del Cristianismo*, ed. de W. Bodin und Fr. Jodl, *Gesammelte Werke*, VIII, Stuttgart-Bat, p. 110, en Castilla de Cortázar (n. 6), p. 86.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> Castán Tobeñas, José, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Ed. Reus, Madrid, 1956, reeditada en Castán Tobeñas, José, Castán Vázquez, José María y López Cabana, Roberto M., *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, pp. 59-60.

persona y se tiene personalidad. Este último vocablo, en sentido jurídico, es lo que técnicamente se denomina capacidad jurídica o de Derecho, que no puede confundirse con la capacidad de obrar, que es la facultad para concluir negocios jurídicos, que siendo dependiente de la inteligencia y de la voluntad, es contingente y variable. Según De Castro, los derechos de la personalidad “son los derechos que conceden un poder a las personas para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades”.

Los derechos de la personalidad tienen escaso desenvolvimiento en la legislación codificada. El Código de Napoleón, a pesar del clima en el que surgió, carece de una expresa disciplina de los mismos, y esto ocurre en todos los Códigos Civiles que se modelaron a imitación del francés. Algunos autores, como Kohler y Gierke, han visto el germen del moderno derecho de la personalidad en el parágrafo 16 del Código Civil austriaco de 1811, que reconoce en todo hombre la existencia de derechos innatos<sup>50</sup>, principio de gran significación y alcance que refleja la doctrina del derecho natural<sup>51</sup>. En el Código Civil español no se contiene una expresa regulación de estos derechos, y es solo por la vía de la protección penal o por la civil amparada en el artículo 1.902 donde puede obtenerse una protección de estos derechos, aunque desde hace unos años, se ha desarrollado bastante la disciplina de los mismos por la vía de la constitucionalización de estos derechos, en particular está obteniendo gran desenvolvimiento la responsabilidad civil por atentado a los derechos de la personalidad.

Del mismo modo que las ausencias flagrantes en el Code tales como la preocupación social se han ido subsanando con el paso del tiempo en ese texto y en aquellos de la órbita occidental en los que influyó, ya por la vía de modificaciones al Código o mediante leyes especiales producto del fenómeno descodificador, se hizo necesario revisar la enumeración y el parco régimen jurídico de los derechos de la personalidad.

En Francia, los tribunales franceses habían hablado ocasionalmente de los derechos de la personalidad como “derechos” que había que proteger, pero fue mucho más tarde cuando se emprendió una concepción teórica y una sistematización de los derechos de la personalidad, cuya protección ha aceptado actualmente la ciencia jurídica francesa<sup>52</sup>. El primer intento en ese sentido parece que se debe a Perreau, que utiliza a ese respecto la clasificación entre “droits de l’individu comme tel – droits de l’individu comme membre d’une famille – droits de l’individu comme membre de la société”<sup>53</sup>. El artículo de E. H. Perreau “Des droits de la personnalité”, *Revue trimestrielle de droit civil* 1909, p. 502 parece que fue el primer intento en este sentido<sup>54</sup>.

Fue la pandectística la que elaboró, fundamentalmente, la teoría del derecho subjetivo. Como es sabido, la teoría del derecho subjetivo como dominio de la voluntad desarrollada por Savigny excluía la posibilidad de derechos sobre la persona o sobre la personalidad<sup>55</sup> aunque acogiera en su Sistema el pensamiento de Kant, de que todo derecho existía por la libertad inherente a cada uno de los hombres<sup>56</sup>. Según Savigny, un derecho primigenio sobre el cuerpo conduciría al suicidio pero por lo que se refiere a la libertad de pensamiento no puede presentar ningún derecho, ya que un ataque aquí por parte de otro, un impedimento al pensamiento, sería inconcebible<sup>57</sup>. Según Savigny, y también sus discípulos Puchta y Hugo, “el

<sup>50</sup> Arminjon, Pierre, Nolde, Baron Boris, Wolff, Martin, *Traité de Droit Comparé*, 3 tomos, t. II, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950, p. 206.

<sup>51</sup> Castán Tobeñas (n. 49), p. 47.

<sup>52</sup> Coing, Helmut, *Derecho privado europeo*, (traducción y apostillas de Antonio Pérez Martín, título original *Europäisches Privatrecht*), 2 tomos, I. *Derecho Común más antiguo, 1500-1800*, (I. *Älteres Gemeines Recht*, Munich, 1985), II. *El Siglo XIX*, (II. *19-Jahrhundert*, Munich, 1989), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, t. II, p. 368. Vid. Nerson, Roger, *Les droits extra-patrimoniaux*, Tesis Université de Lyon, Faculté de Droit, Bosc, Lyon, 1939.

<sup>53</sup> *Idem*, II, p. 369.

<sup>54</sup> *Idem*, II, p. 368.

<sup>55</sup> *Idem*, II, pp. 337, 340 y 371.

<sup>56</sup> *Idem*, II, p. 371.

<sup>57</sup> Savigny, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts*, I-VIII, Berlin, 1840-1849, Register, 1851, tomo I, pp. 335-336, en Coing (n. 52), II, p. 338.

reconocimiento de la libertad moral y de la dignidad del hombre tiene ciertamente la consecuencia de la capacidad jurídica, de la cualidad de persona de los hombres, pero no el reconocimiento de los derechos de la personalidad<sup>58</sup>. Frente a la teoría anterior, se alzan posteriormente las de Thon y Ihering. Según Thon, “sobre la existencia de una demanda debe concluirse la existencia de un derecho<sup>59</sup>”. Pero la crítica más importante a la concepción antigua partió de Ihering que definió los derechos subjetivos como “intereses jurídicamente protegidos<sup>60</sup>”, entendiéndolos por intereses “condiciones de vida en un sentido amplio” o “lo que pertenece al vivir bien o estar bien”, con lo que todos los bienes de la vida pueden ser objeto de derechos, lo que facilitó en la teoría alemana el desarrollo de nuevos tipos de derechos subjetivos, tales como los derechos de la personalidad<sup>61</sup>.

Como recuerda Coing, Windscheid “reconoce ciertamente derechos sobre la propia persona, sobre la vida, sobre la integridad corporal y sobre la disposición libre del propio cuerpo (libertad), pero opina que no necesitan una exposición más detallada en el Derecho Privado, ya que su contenido está determinado claramente; pero su lesión, aunque tiene consecuencias plenas de Derecho Privado suscita, sin embargo, derechos de créditos autónomos<sup>62</sup>”. Ante lo que concluye Coing: “No se puede lesionar un derecho a la afirmación del pensamiento y de la sensibilidad, ya que no opera sobre otra persona. Con ello el problema de los derechos de la personalidad queda muy reducido -juno compara esta opinión con la comprensión de los tribunales franceses!- y se remite a la esfera de cada uno de los supuestos de hecho de las actuaciones ilícitas<sup>63</sup>”.

Alguna doctrina civilista, representada por los profesores Mazeaud, señala como derechos de la personalidad: a) los derechos a la integridad física; b) los derechos a la integridad moral; y c) el derecho al trabajo. Y entre los derechos a la integridad moral estudia, concretamente, el derecho a la imagen, el derecho a la libertad individual, la libertad de matrimonio, el derecho al honor, los sentimientos de afecto, el derecho al secreto y el derecho al nombre, y dentro del derecho al secreto sitúan en particular el secreto de la correspondencia<sup>64</sup>.

#### 4. El Derecho Civil de la Persona ante una Antropología Dual

En los últimos años, algo se viene haciendo en orden a atender a la diferencia ontológica o, al menos fenomenológica, entre hombres y mujeres, aunque más bien lo que se viene haciendo es actuar en dos sentidos:

a) en el sentido de promulgarse normas que tratan de ordenar y disciplinar intereses antes reservados a uno de los géneros. Lo que parece haber son “intuiciones” acerca de que los intereses del sexo femenino han quedado postergados de varios modos. Los “intereses jurídicamente protegidos” parecen ser diversos en uno y en otro sexo y, por otra parte, aunque se define la persona como “titular de derechos y obligaciones” esta titularidad resulta ser meramente formal en ocasiones.

V.gr.: La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, por la que se instaura la separación y el divorcio “express” que podrán solicitarse, según lo que establece el nuevo artículo 81 y 86, “una vez transcurridos tres meses desde la celebración

<sup>58</sup> Coing (n. 52), II, p. 371.

<sup>59</sup> Thon, August, *Rechtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar, 1878, p. 154, n. 13, citado por Coing (n. 52), II, p. 339, y en nota.

<sup>60</sup> Ihering, Rudolf von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I-III/1, 4ª edición, Leipzig, 1880 y ss., citado por Coing (n. 52), II, p. 339, y en nota.

<sup>61</sup> Ihering en: *Jherings Jb.* 18 (1880) p. 96, citado por Coing (n. 52), II, p. 339.

<sup>62</sup> Windscheid, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6. Auflage, I-III, Frankfurt/Main, 1887, tomo I, § 40. (Citado por Coing).

<sup>63</sup> Coing (n. 52), II, p. 371.

<sup>64</sup> Mazeaud, Henry, Leon y Jean, *Leçons de Droit civil*, t. I, Ed. Montchrestein, París, 1955, pp. 630-636.

del matrimonio”<sup>65</sup> da nueva redacción al artículo 68 del Código Civil que queda redactado del siguiente modo: “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.

Otro ejemplo que puede aportarse es la Ley española 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Sin embargo, a pesar de haber tratado de equilibrar los permisos por paternidad con los de maternidad, es un hecho que los padres no han ejercido su derecho de solicitar una excedencia en este sentido en tanto casos como las madres<sup>66</sup>.

Desde luego, no es fácil respetar el principio de generalidad de las normas y establecer tratamientos jurídicos diferenciados para algunos colectivos pero, así como se admite como justa la proposición de medidas para favorecer a determinados colectivos, no sólo por ser especialmente vulnerables, sino por ser diferentes, lo mismo debiera hacerse con el sexo femenino que, además, constituye la mitad de la población porque, evidentemente, como explica CAMPS, el problema feminista habrá desaparecido cuando ya no necesitemos construir una identidad de género y se haya dado paso a las identidades individuales de todas las personas. De este modo, el paso por las identidades colectivas debería ser transitorio. El objetivo final del feminismo es su propia desaparición a través de la construcción de una identidad propia fuerte<sup>67</sup>.

b) en el sentido de eliminar discriminaciones flagrantes que se colaron dentro del ordenamiento, ya por motivos históricos o de mero uso social, tal como ha sucedido con la atribución como primer apellido al hijo del apellido del padre y no de la madre, hasta la Ley 40/1999 de nombres y apellidos y alteración del orden de los mismos.

Pero en rigor, la cuestión de elaborar una disciplina jurídica diferenciada según las peculiaridades del sujeto de derecho, no se ha abordado con carácter general. Para ello sería necesario una revisión general de la teoría del acto jurídico.

María de Aránzazu Novales Alquézar  
Universidad de Zaragoza  
aranzunovales@yahoo.es

---

<sup>65</sup> En su integridad, el artículo 81 queda redactado de la siguiente forma: “Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1. A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código. 2. A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación”. Según el nuevo artículo 86: “Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”.

<sup>66</sup> Garrido Medina, Luis, Gil Calvo, Enrique, (eds.), *Estrategias familiares*, ed. Alianza Universidad, Madrid, 1993.

<sup>67</sup> Camps, Victoria, “¿El siglo XXI será el siglo de las mujeres”, Actas de las XII Jornadas de Filosofía de la Universidad de Valladolid: *Igualdad y Género. Reflexiones desde la Ética y la Filosofía Política*, Valladolid, Octubre, 2003.