

FAMILIA Y ESTADO

JORGE H. SARMIENTO GARCIA
Profesor Titular de Derecho Público I
en la Facultad de Ciencias Económicas
de la Universidad Nacional de Cuyo.

S U M A R I O

INTRODUCCION

CAPITULO I

- I – El orden natural y la familia.
 - 1) La familia, sociedad natural.
 - 2) Fines y propiedades de la familia.
 - 3) Objeciones a la familia como sociedad natural, monogámica y estable.
- II – Cambio histórico y familia.
- III – Juicio crítico.

CAPITULO II

- I – Sociedad familiar y sociedad política.
- II – Principios de regulación del matrimonio.
 - Argumentos divorcistas.
 - Argumentos antidivorcistas.
 - Regulación jurídico-positiva de la forma y fondo del contrato matrimonial.
- III – Principios de regulación de la patria potestad.
- IV – Familia y moral pública.
- V – Procreación y educación.
- VI – Otros aspectos de la política familiar.

BIBLIOGRAFIA

Introducción

En tres sentidos es la familia la célula fundamental de la comunidad política:

- a) **Biológico**, porque por y en ella la sociedad subsiste, crece y se renueva.
- b) **Moral**, ya que es en la familia donde el hombre puede y debe aprender las virtudes sociales más importantes, que son el amor al prójimo, la justicia, el justo mando y la justa obediencia.
- c) **Cultural**, en tanto puede y debe constituir un reducto de las fuerzas espirituales imprescindibles para la elevación de las culturas.

Por ello escribe Messner que: “El que la familia sea la célula vital de la sociedad, ofrece la explicación sociológica de la antigua experiencia de que el estado de una sociedad, sus íntimas fuerzas vitales y de renovación, se pueden leer en el estado de sus familias. El que quiera encontrar el diagnóstico exacto del estado de una sociedad tiene que atender a la familia, como el médico tiene que tomar en primer lugar el pulso del enfermo. Cuando la familia se encuentra desatendida por la sociedad y despreciada por el estado, cuando su comunidad está relajada y su base económica existencial es insuficiente, cuando su crecimiento no la repara continuamente y las separaciones sociales van en aumento, entonces estamos ante un síntoma inequívoco de que el cuerpo social se encuentra inmerso en una grave crisis. La historia demuestra suficientemente que la decadencia de la vida familiar es la causa más profunda de la decadencia de los pueblos”.

Dos son los motivos que nos han impulsado a ocuparnos del tema elegido:

En primer lugar, la decisiva importancia política de la familia. La familia es el jardín en donde brota la nueva vida y la primera escuela en que se forja el futuro ciudadano; además, aunque tiene —como veremos— sus linderos propios e intransferibles, es en la comunidad política donde puede lograr su perfección temporal, debiendo el Estado crear las condiciones que le permitan cumplimentar debidamente sus fines. Se advierte, entonces, la estrecha relación que existe entre el Estado y la familia.

En segundo término, la situación de la generalidad de nuestros alumnos, más o menos próximos a la vida matrimonial y familiar, ávidos de una información que debe estar orientada por tres conceptos fundamentales: amor, felicidad y responsabilidad, y que en alguna medida este modesto trabajo puede brindarles, destacándoles los valores familiares primordiales y originales que deben ser desarrollados de un modo consciente.

Por otra parte, en reiteradas ocasiones hemos advertido que en materia política y jurídica hay tres órdenes que, aunque diferenciables, se encuentran indisolublemente unidos en relación de esencial implicación: el del derecho natural, el de las normas jurídico-positivas y el de la realidad existencial. Por ello, al considerar la cuestión propuesta estimamos que una visión ética determinada no nos debe impedir observar la situación o dinámica sociológica, pero también que no se debe renunciar al imperativo ético para colocar en su lugar los resultados de la observación positiva, rindiéndonos ante ésta como ante un Dios.

Consecuentemente, analizaremos —siempre sintéticamente— en primer término, los principios del orden natural sobre el punto, luego la transformación de la familia en el transcurso de los dos últimos siglos, para finalizar con un juicio crítico sobre los cambios ocurridos, distinguiendo los legítimos de los que no lo son, pues: “Ni todo era luz en la familia antigua, ni todo es sombra en la familia contemporánea”. Posteriormente, en el Capítulo II, nos referiremos al problema de las relaciones entre la familia y la comunidad política.

CAPITULO I

I – El orden natural y la familia

“Prima facie”, la familia está constituida por la unión de hombre y mujer y, de modo normal, se extiende y complementa con el nacimiento de los hijos. Recordemos a Max Piccard: “No hay en el matrimonio más que un hombre, una mujer, hijos, algunos utensilios para comer, otros para dormir y acaso un par de animales... Se fundan imperios y perecen, una inmensa multitud de seres humanos puebla la superficie de la tierra y desaparece debajo de ella, el diluvio universal anega la tierra y luego reaparece ésta como nueva, pero siempre un hombre, una mujer y sus hijos y alrededor las cosas de la casa en que se alberga la familia han estado unos al lado de los otros del mismo modo... Todo lo que dimana de este fenómeno y trasciende a la sociedad, al Estado, a la cultura e incluso a la vida personal del hombre y de la mujer, todo eso es poca cosa frente al fenómeno en sí, frente al hecho de que así ha sido desde el comienzo de la creación hasta hoy día. Es la inmutabilidad misma lo que en este fenómeno ha cobrado presencia visible”.

Así las cosas, lo primero que debemos analizar es el **porqué** y el **para qué** de la familia, lo que necesariamente implica la consideración

del cómo; en otras palabras, cuál es su origen, cuál su fin y cómo debe estructurarse para poder alcanzar debidamente este último.

Tal indagación sólo encuentra adecuadas respuestas a la luz del orden natural. Sabido es que la razón humana, de la consideración de la naturaleza del hombre, conoce sus fines y el camino que debe seguir para alcanzarlos conscientemente, descubriendo de tal forma la ley o el derecho natural, y formulando sus normas, no en nombre propio, sino en nombre del Legislador Supremo. El derecho natural se integra así por principios que los hombres conocen aplicando su razón natural al conocimiento de su propio ser y de los bienes que le son connaturales y necesarios, siendo por tanto aquéllos, factores o agentes en el cumplimiento de esos bienes o fines, capaces de conocerlos y alcanzarlos y con la obligación y la responsabilidad de lograrlos.

1) La familia, sociedad natural

La familia, obviamente, está compuesta por hombres, y halla su primer y permanente impulso en tendencias inscriptas en la misma naturaleza humana. Por ello es una **sociedad natural**, aunque no un producto ciego de la naturaleza, pues aunque resulta de aquellas tendencias naturales del hombre, no brota sin mediación alguna de la inteligencia y de la voluntad: parafraseando a Sampay, podemos decir que surge "de la naturaleza que estimula y de la razón que perfecciona".

Ya Santo Tomás enseñaba que algo puede ser natural no sólo cuando está determinado por la naturaleza según las leyes de causalidad necesaria, sino también cuando la naturaleza nos inclina a ello, pero confiando a nuestra libertad su realización; en el primer sentido la familia no sería natural, pero en el segundo sí, pues nuestra naturaleza racional nos inclina a ella.

Las primeras tendencias que nos inclinan a la familia son:

- a) A la conservación de la existencia.
- b) A la unión sexual.
- c) A la nutrición y educación de la prole.
- d) A la ayuda mutua para la satisfacción de las necesidades cotidianas.

Pero estas tendencias, también infrahumanas, en el hombre están humanizadas, es decir, teñidas de racionalidad, pues en ésta estriba nuestra naturaleza específica. Y es aquí donde aparece el **amor**, que consiste esencialmente en un impulso espiritual y que, por tanto, sólo puede darse entre dos seres espirituales: entre los animales no hay posibilidad de amor, entre ellos sólo existe una afinidad biológica, instintiva, gregaria.

"El amor sexual es —escribe Beltrao —, conjuntamente, deseo de mutua entrega sexual, amistad profunda, afecto íntimo entre dos corazo-

nes jóvenes, afecto que asume inmediatamente un carácter de exclusividad y de totalidad, en una absorbente comunicación entre todo el ser masculino y todo el ser femenino. Dos corazones que se encuentran en la raíz misma del ser, desde ese instante sueñan con vivir perpetuamente este momento mágico: es decir, sueñan con establecer una comunidad de vida más allá de las categorías de espacio y tiempo... Este primer grado, raíz del amor conyugal, más espiritual que carnal, constituye su quinta-esencia, su garantía. «El matrimonio nace del amor y vive de la amistad». Entre tanto, la maduración misma del amor despierta necesariamente en los jóvenes enamorados un deseo recíproco de unión sexual, de intimidad conyugal... Entre dos seres humanos, es decir, entre dos espíritus sustancialmente encarnados en la materia, este impulso de intercomunicación y hasta de transparencia y fusión exige naturalmente, como símbolo, la mediación de la materia, de la carne... diferentes y complementarios psicológica y fisiológicamente, el joven y la joven tenderán a realizar esa comunidad de vida hasta la misma fusión corporal en una sola carne-, «serán dos en una sola carne» (Gén., 2,24). Este deseo sexual será consumado un día en la «donación» de! abrazo sexual, expresión profunda e íntima de ese «quererse mucho» que les acercó el uno al otro y que les mantiene sólidamente unidos. La espontaneidad del amor sigue creciendo y madurando hasta concretarse en el deseo del hijo. La comunidad de vida llevada hasta la más íntima raíz del ser, se convierte en la más profunda comunidad de acción, se vuelve creadora. El amor mutuo entre un hombre y una mujer se difunde, encontrando su «explicación» ontológica en este deseo de acción vital común, mediante la cual la vida humana irá perpetuándose. Los dos, que forman ya una sola carne, se superan a sí mismos, logran alcanzar una especie de trascendencia mutua mediante el tercer ser humano, el cual va a perpetuar su unión más allá del tiempo y del espacio. De este modo, en la plenitud del amor, los dos jóvenes alcanzan el fin institucional del matrimonio, deseando asumir los dos juntos la responsabilidad parental. El amor, así entendido, es realmente sinónimo de felicidad. Contrariamente a lo que mucha gente piensa, la felicidad no consiste en un encerrarse en sí mismo, buscando de una forma egoísta la propia comodidad, sino en la línea opuesta: en saber abrirse a los demás, en vivir para los otros, en buscar la felicidad ajena. «Mejor es dar que recibir», dijo el Señor Jesús, según nos refiere San Pablo (Hech., 20,35). Por eso los enamorados se sienten tan felices ya desde su primera experiencia de amor: ellos se abren el uno a la otra. Este dinamismo debe persistir durante todo el período de vida en común. La pareja de enamorados que se encierra en sí misma en una actitud egoísta común, no puede ser feliz. El secreto de la felicidad consiste, pues, en superarse mutuamente, asumiendo la responsabilidad parental; esta responsabilidad hará que se olviden siempre de ellos mismos y que piensen en los demás, los hijos. Quererse mucho significa, además, y

sobre todo, que cada uno quiera el «bien» del otro. Entre personas humanas el bien tiene, ciertamente, un contenido material, pero sobre todo, espiritual. El auténtico amor, por lo tanto, entraña también una serie de renunciaciones por la persona amada. Una visión materialista de la vida es posiblemente el peor enemigo del amor". Escribe Messner que "La fuerza impulsiva principal para la unión de los hombres en el matrimonio es el amor fundado en la diversidad de los sexos. Sin embargo, ya que varón y mujer tienen una naturaleza de personas espirituales, su amor es espiritual y corporal en íntima compenetración. Es creador en un doble sentido: por la prolongación de los amantes en los hijos, así como por el desarrollo y desenvolvimiento de su personalidad, más allá de lo que les sería posible a cada uno por sí mismo", y agrega: "Es un deber moral de aquéllos que están unidos en él (el amor) el proteger y el alimentar siempre con una nueva fuerza este fuego sagrado. Y es su obligación el comprobar antes del enlace matrimonial, si los impulsa realmente este fuego sagrado, que es el único que puede fundir en una unidad su más íntima esencia, o si se trata más bien del fuego de la pasión, que nunca puede unir verdaderamente, puesto que su esencia es el egoísmo".

Nos parece, entonces, indudable que ese impulso espiritual que es el amor, constituye otra raíz y fundamento de la familia. Como hemos visto, del amor entre hombre y mujer surge el paternal y de éste el familiar en general; al respecto, escribía Aristóteles que "La amistad por parentesco, aunque ostenta multitud de formas, depende toda ella, como de su principio, de la afección paterna, porque los padres quieren a sus hijos como partes de sí mismos, y los hijos a los padres como a las fuentes de su ser... Por haber nacido de los mismos padres se aman entre sí los hermanos, porque su identidad con respecto a aquéllos los hace idénticos unos con otros...".

2) Fines y propiedades de la familia

Constituida la familia por la unión del hombre y la mujer, o matrimonio (principio y fundamento de la sociedad familiar), o sea naciendo la familia del matrimonio, los fines de aquélla presuponen los de éste y en gran parte se identifican con ellos.

Los fines de la familia constituyen bienes a lograr por y en ella, y se integran en lo que legítimamente podemos denominar **bien común familiar, doméstico o económico** (de "oíkos", casa).

Estos bienes o fines son: **la procreación, la educación de los hijos y la mutua ayuda para el perfeccionamiento personal de sus miembros.**

Y estos bienes o fines son comunes como señala Casaubon, "No hay un bien del marido, otro de la mujer, otro de los hijos: allí los bienes

son de todos, son bienes de la familia «ut sic»; pero al mismo tiempo de sus integrantes”.

Y por cierto que **el amor** –matrimonial, parental, filial, fraternal, etc. – **debe estar presente en aquellos fines, asumiéndolos.**

Se advierte, entonces, la íntima relación existente entre el **porqué** y el **para qué** de la familia, entre su causa eficiente y su causa final.

Por otra parte, de esos fines familiares resultan las **propiedades** que la familia debe reunir para poder cumplir acabadamente aquéllos. Estas propiedades son la **unidad** y la **estabilidad**. Y aquí estamos ante el **cómo**.

La unidad de la familia nace del **matrimonio monogámico**, exigido por sus fines, por la paz doméstica y social, por la dignidad humana de los cónyuges y la misma exclusividad afectiva, valores todos estos que faltan en la poligamia, la poliandria y el libertismo sexual.

La estabilidad de la familia resulta de la **fijeza** y la **perdurabilidad** de la unión matrimonial. Según Santo Tomás, cuanto más estrecha es la amistad, tanto más firme y duradera ha de ser; hombre y mujer se juntan, no sólo en una carne –unión que hasta en las bestias determina cierta suave amistad –, sino también en los demás menesteres de la vida, y el amor mutuo será tanto más fiel cuanto más estables los lazos, y los cónyuges vivirán más solícitos de! bien doméstico cuanto más perpetuamente ligados se hallen a ese bien.

3) Objeciones a la familia como sociedad natural, monogámica y estable

Varias son las razones que se han expuesto para negar la naturalidad de la familia y sus propiedades o exigencias; brevemente las expondremos, con la pertinente réplica,

- a) En otros animales se da la unión sexual sin exclusividad ni perdurabilidad.

Pero, así como en muchas especies su multiplicación no exige que el macho y la hembra permanezcan unidos después de engendrar, y otras, en cambio, requieren la permanencia de cierta unión, así es manifiesto que la especie humana precisa la colaboración subsiguiente del hombre y la mujer, tanto más necesaria cuanto más consideremos el desvalimiento y los imperativos de perfección que afectan a la humanidad.

En este sentido anota Capestany que, en la especie humana, la reproducción no es un producto acabado, sino que necesita de la asistencia prolongada y continua de los padres para vigilar y dirigir el crecimiento y la educación; añade que hay que recordar que el infante humano es el más indefenso de los animales, casi el más

inútil: "Los cachorros corren y se divierten por su cuenta a los pocos días de su nacimiento mientras que el bebé espera largos meses para dar pasos indecisos y siete años para empezar una educación que podríamos llamar racional. De ahí que la familia debe ser algo más estable de lo que vemos en la zoología".

Por otra parte, el "procrear y educar" a los hijos adecuadamente, requiere, también en la especie humana y en atención al desarrollo y promoción que requiere la prole, certeza y determinación de los padres, lo que obviamente exige la exclusividad de la unión entre éstos.

Se advierte, por tanto, que la remisión que en la objeción se hace a lo que ocurre en "otros animales", deja impropriadamente de lado lo específico de la naturaleza humana, o sea, la racionalidad, la que, aprehendiendo la **necesidad** de una prolongada educación de los hijos, advierte el imperativo de una mayor exclusividad y perdurabilidad en la unión entre hombre y mujer, que pueden no ser necesarias en otras especies.

- b) Han habido estados de evolución familiar sin monogamia y estabilidad.

Según las teorías de Bachofen, Tylor, Morgan, Giraud-Teulon, en los orígenes de la humanidad habría existido una **promiscuidad sexual**, más o menos como la que se da entre otros animales, seguida del **matrimonio de grupo**: dentro de determinada tribu, todos los hombres de cierto grupo pedían sostener comercio sexual libre con todas las mujeres de otro grupo; después habría surgido la **familia matriarcal** y la **poliandria**: la descendencia matriarcal determinó en lo sucesivo, en aquellos tiempos prehistóricos, la forma de la sociedad; luego la **familia patriarcal** y la **poliginia**; y finalmente la **familia monogámica**.

Pero en las primeras décadas de este siglo, las investigaciones de Westermarck, Lowie, Malinowski (antes, Rousseau, Condorcet, Herder y Comte, creyeron que el matrimonio monógamo se hallaba en el origen de la ordenación sexual humana), plantearon serias dudas sobre la validez de estos estados de evolución familiar; Schmidt los considera como "un ejemplo de evolucionismo apriorístico", y se ha sostenido con fundamento que los hechos no demuestran la hipótesis, ya que parece bastante probable que la forma monogámica prevaleciese ya en el matrimonio más primitivo y que la poligamia apareció sólo más tarde, aunque sin llegar nunca a convertirse en un fenómeno universal.

Lo cierto es que estos conceptos nunca han recibido el espaldarazo científico (aparte que ya en muchos animales se dan uniones

muy estables entre macho y hembra) y que el origen prehistórico del matrimonio escapa a nuestra percepción en la misma medida en que se nos desvanece la fase inicial del propio género humano en la oscuridad de los tiempos.

Por otra parte, no nos interesa tanto **lo que fue, sino lo que debe ser** para el bien del hombre, lo que nos exige ocuparnos de distinguir entre **derecho natural primario y secundario**.

El **derecho natural primario** comprende todo aquello sin lo cual es imposible mantener la vida de la especie humana y la existencia de la sociedad. El gobierno o la autoridad, por ejemplo, son instituciones de derecho natural primario, pues sin ellas la comunidad política no puede existir.

El **derecho natural secundario** abarca lo que es necesario o conveniente para que dicha especie humana no sólo viva, sino que viva bien, desde el punto de vista material, intelectual y espiritual. Así, v. gr., la persecución del bien común por parte de la autoridad en ejercicio del poder político.

Con los ejemplos propuestos puede advertirse con claridad la diferencia: sin autoridad no puede existir el Estado, pero habiendo autoridad habrá comunidad política aunque aquélla no busque la promoción del bien común público.

Pues bien, la familia monogámica y estable es una exigencia del derecho natural secundario, por lo que puede no haber tenido su debida vigencia en ciertas épocas. Es más, sin matrimonio y sin familia podría haber reproducción e inclusive una cierta educación si, por ejemplo, el Estado se hiciese cargo de ella (Platón defendió la idea de una sustitución de la familia por la promiscuidad de hombres y mujeres, con la educación de los hijos a cargo del Estado, pero en "Las Leyes", obra posterior, ya no defiende tal pensamiento); mas estas supresiones (al margen de las implicancias totalitarias que connotan) no serían las más viables para que el hombre pudiese alcanzar su perfección, su bien, su fin. La familia monogámica y estable es exigida por el "bien, tanto de los esposos y de la prole como de la sociedad" y "es de suma importancia para la continuación del género humano, para el provecho personal de cada miembro de la familia y su suerte eterna, para la dignidad, estabilidad, paz y prosperidad de la misma familia y de toda la sociedad humana", utilizando expresiones del Concilio Vaticano II en la Constitución "Gaudium et Spes".

II – Cambio histórico y familia

No nos interesa la prehistoria del sexo, del matrimonio y de la familia, sobre la cual –reiteramos– existen encontradas teorías etnológicas y paleontológicas.

Tampoco es nuestra intención desarrollar el punto de vista histórico según el cual el matrimonio y la familia medievales resultaron de la fusión –paulatina durante unos mil años– de las tradiciones romanogálica, germana y cristiana, incubándose a partir de los módulos medievales los tipos de familia más o menos actuales.

Hemos de circunscribirnos aquí a un pasado mucho más próximo, dirigiendo nuestra mirada a la transformación de la familia en los dos últimos siglos, en los que se han producido evidentes e indiscutibles cambios macrosociológicos que han influido sobre la estructura y funciones de la familia, cambios que, si en otras épocas eran lentos procesos a través de generaciones y siglos, hoy, por el contrario, surgen impetuosos dentro de los límites de una misma generación.

Veamos los principales aspectos de este proceso de cambio que se inició hace unos doscientos años, que va sufriendo toda sociedad que pasa de ser de tipo agrario a de tipo urbano e industrial y que se está llevando a cabo en todo el mundo, aunque por cierto no de modo uniforme (de ahí la tan mentada clasificación de países "subdesarrollados", "en vías de desarrollo" y "desarrollados").

A partir de la segunda mitad del siglo XVIII, y especialmente en Inglaterra, comienza el reemplazo, en forma sistemática y progresiva, de la potencia muscular –humana y animal– por la de las máquinas en el proceso productivo, fenómeno conocido como **industrialización**.

Esta industrialización, ofreciendo mayores y mejores oportunidades de trabajo, influye grandemente sobre la **movilidad funcional**, por el paso de la población activa desde las actividades primarias (agricultura y ganadería, caza y pesca, extracción de minerales, etc.) a las secundarias (industrias para la transformación de las materias primas) y, sobre todo, a las terciarias (transportes y comunicaciones, comercio y finanzas) y cuaternarias (los servicios en general, públicos y privados).

Por lo mismo, en razón de ser el campo el lugar propio de las actividades primarias y la ciudad el de las otras, se produce una mayor concentración de la población en las ciudades o **urbanización**.

Pero también la industrialización crea un nuevo sistema de valores dentro del cual se reconoce mayor mérito al éxito personal que al origen familiar: se adquiere y se asciende de "status" por el desempeño que se tiene, por la capacidad de realización; hay, por un lado, un acortamiento de la distancia social y, por otro, un aumento en la velocidad de las relaciones sociales. En suma, cobra impulso y se acelera la **movilidad social**, o sea, la movilidad entre las diferentes clases.

Por otra parte, la industrialización y la urbanización son factores del tránsito de la mujer de la vida doméstica a la profesional, al trabajo

femenino fuera del hogar, que exigiendo una mayor capacitación, coadyuva al fenómeno de la **emancipación de la mujer**, que entraña la "liberación" de antiguas constricciones y limitaciones.

A lo expuesto debemos agregar el **rápido desarrollo demográfico** y **la reacción** —frecuentemente desmedida— **contra la moral artificiosa y antinatural** de otras épocas.

Analicemos ahora la influencia que las situaciones preapuntadas han ejercido, en términos generales, en la familia, aunque desde ya se impone la siguiente aclaración.

Suele considerarse equivocadamente que hay una relación directa de causa a efecto entre las transformaciones en el medio en que la familia vive y la estructura y funciones de ésta. No podemos negar que aquellas transformaciones tienen profundas repercusiones en la institución familiar, pero tampoco que, en muchos casos, ésta no sólo se resiste con éxito sino que influye en el proceso macrosociológico con sus tendencias, hábitos y modos de vida. De manera que, pensamos, más que relación de causa a efecto hay una influencia mutua, aunque probablemente mayor del medio sobre la familia. Un ejemplo evidente de interacción lo tenemos en la profunda influencia que la familia de origen europeo tuvo en el proceso de transformación argentina.

Con la aclaración que antecede, destacamos en lo que se refiere a la estructura familiar:

- a) El moderno tipo denominado de estructura conyugal, en el que se concede la máxima importancia a la unidad nuclear integrada por el marido y la mujer con su respectiva prole, apreciándose un debilitamiento de los lazos de unión con la parentela, pues la familia incluye más débilmente a abuelos y nietos y, más aún, a primos, tíos y parientes más lejanos.
- b) La reducción en el número de hijos.
- c) El debilitamiento de la autoridad paterna y la reducción de su intervención en la concertación de los matrimonios.
- d) El aumento del número de divorcios: en "Occidente", un matrimonio de cada cinco acaba con la separación.
- e) La proliferación del "amor libre".

En lo que hace a las funciones de la familia, señalamos:

- a) Función creadora: con ella se relacionan la moderna divulgación de los métodos anticonceptivos, las tendencias a la legalización del aborto, a la aceptación social de las relaciones sexuales y de la progenitora fuera de la familia.
- b) Función cultural educativa: es evidente que en el curso del último siglo, la familia ha perdido en este dominio —que abarca lo religioso y cultural, así como también el recreo y el solaz— una medida importante de su significado.

- c) Función económica: ha dejado de existir la familia como unidad productiva. La actividad económica de producción ha sido absorbida totalmente por la sociedad industrial y la familia ya no es una empresa, salvo casos muy particulares; pero la función económica de consumo se reactiva en el seno de la familia y toma cada vez una importancia mayor, dirigiéndose el gran aparato de la publicidad sobre todo a la familia, con miras a elevar los deseos y necesidades de consumo de sus miembros.
- d) Función afectiva: en la actualidad la familia sigue siendo el "hogar", al que muchos acuden en busca de solicitud, albergue, refugio y amor.

Las condiciones de trabajo y de habitación determinadas por la industrialización y la urbanización, las múltiples exigencias que van aumentando en el campo económico y en el de la educación a los efectos de la movilidad social, el cambio en la consideración de la personalidad de la mujer y de su puesto en la sociedad, son factores de tales cambios familiares, pero también lo son el egoísmo —que se repliega en sí mismo y es antítesis con el amor donativo—, el hedonismo y, en definitiva, el debilitamiento en las fuerzas espirituales y morales imprescindibles para el crecimiento de la comunidad familiar.

III – Juicio crítico

¿Cuáles son los principios a la luz de los cuales deben ser juzgados los cambios estructurales y funcionales familiares, en cuanto sean susceptibles de valoración?

Una vez más debemos aquí acudir al análisis de la naturaleza humana, que nos revela la existencia en el hombre de un aspecto espiritual, otro sensible y otro físico, que se sostienen, se comunican, reaccionan unos en otros, pero que guardan entre sí una jerarquía: lo espiritual está arriba —es lo más bello—, mientras lo físico está abajo.

Todo aquello que contribuya o al menos no se oponga a ese orden, o es positivamente valioso o no negativo, señalando muy especialmente que la sensibilidad y el cuerpo no deben ser despreciados —pues ambos son bellos y útiles—, pero deben ser dominados y dirigidos por el espíritu.

Pues bien, siguiendo a Casaubon, "Aplicamos esto a la familia. Toda ley o costumbre que sobreponga las pasiones y sus exigencias a la perennidad y unidad de la familia será retroceso y no progreso, aunque se decore de modernidad. Porque inclinarán al hombre hacia lo que hay en él de animal o por lo menos hacia esa zona media, de confluencia entre lo racional y lo sensitivo, que es la zona de los «sentimientos». Estos deben existir, pero no guiar la vida humana. Si lo hacen, caemos en ese mal que es llamado «romanticismo»".

En consecuencia, se impone, por ejemplo, la condena de las leyes que desincriminan el aborto, la admisión del "amor libre", el control de la natalidad por egoísmo, y de todo aquello que deje librada la familia a la pasión o al capricho y que en definitiva hace al hombre esclavo de su cuerpo o de su sensibilidad.

La familia nuclear, más acorde con las condiciones macrosociológicas modernas, en manera alguna es condenable en tanto y en cuanto su menor extensión sea compensada por una mayor apertura a los otros, al bien común, a diversas comunidades y a la comunidad política, en equilibrio entre la necesaria intimidad o aislamiento y la participación en la vida social, superando la "visión individualista de la persona, de la familia y de la sociedad (que) aparece reflejada muchas veces en esos inmuebles burgueses, que se levantan en las aglomeraciones urbanas, donde las familias viven como atrincheradas detrás de un estricto formalismo protocolario, donde las familias que allí habitan, no obstante la proximidad física, se sienten tan lejanas las unas de las otras que apenas si se conocen de vista o de haberse saludado alguna vez con calculada y fría cortesía" (Beltrao).

La reducción voluntaria del número de hijos se justifica cuando la pertinente decisión es "tomada por graves motivos y en el respeto de la ley moral" (así se expresa S.S. Paulo VI en "Humanae Vitae", donde sólo admite el método de la continencia periódica; no obstante, se ha señalado que, en la oportunidad, el Pontífice se expidió como **legista** y no como **jurista** y que —según Martelet— en el contexto del pensamiento del Papa la expresión "el uso de los medios anticonceptivos es intrínsecamente deshonesto" no significa que sea "ilícito en cualquier circunstancia").

Es por cierto positivo el actual carácter más personal de la elección matrimonial y la identificación de amor y matrimonio; también la mayor camaradería entre padres e hijos, en tanto no perjudique la necesaria y legítima autoridad, pues la naturaleza no deja ningún lugar a duda sobre que el poder de orden, la autoridad, que es esencial a toda comunidad, corresponde conjuntamente a los padres y, en caso de desacuerdo, en principio al padre, como consecuencia de la responsabilidad que le corresponde en el mantenimiento de la familia.

Es, en cambio, negativa, la proliferación del divorcio, a la que en buena medida contribuyen el gran auge del erotismo y de la sexualidad, al que el ser humano individualizado de hoy se ve poco menos, que empujado. El divorcio está en pugna con la estabilidad del matrimonio y, por ende, de la familia, la cual reviste una importancia capital para todo el sistema social, como lo han demostrado de manera inequívoca las vicisitudes por las que ha pasado el derecho matrimonial en

algunas sociedades, sobre todo en la soviética. (En Rusia, al mismo tiempo que se abolían los estamentos, la propiedad territorial, la desigualdad nacional y el sistema judicial, se dictaron los decretos de Diciembre de 1917 y Otoño de 1918, que establecieron —con los ajustes efectuados en 1926— la eliminación de restricciones para la formalización del matrimonio, el matrimonio de hecho y el divorcio libre; pero en 1936 se inicia una reacción con una definida orientación de defensa y desarrollo del núcleo familiar y del matrimonio legítimo, lo que demuestra el vigor natural y moral de las instituciones del matrimonio y la familia y la necesidad de su preservación y fortalecimiento en ordenamientos político-económicos totalmente opuestos, ya que aquella reacción surgió como consecuencia de los nefastos excesos a que condujo tanta "libertad").

En cuanto a la situación de la mujer en el mundo actual, consecuencia de la denominada "emancipación" femenina, es positiva en tanto en cuanto no contraría los principios del orden natural, los cuales —extraídos del análisis de la humana naturaleza, de sus potencias y tendencias— destacan que hombre y mujer tienen distintas y específicas disposiciones y funciones. Sin perjuicio, por tanto, de la igualdad esencial entre los miembros de los distintos sexos, deben respetarse las desigualdades accidentales y armonizarse aquellas distintas disposiciones y funciones. Los que pretenden la absoluta equiparación entre hombre y mujer, parten del error de medir a la mujer a través del varón, cuando —por sus especiales disposiciones y funciones— ni el hombre puede ser medida de la mujer, ni la mujer del hombre; además, por cierto que es repudiable la idea —con raigambre dialéctico-marxista— de enfrentar a los sexos en abierta pugna.

Lo precedente nos lleva a apuntar dos consecuencias sobre la mujer en el orden matrimonial y familiar:

- a) El puesto primero y más importante de la actividad social de la mujer es en la familia, siendo necesario salvaguardar su presencia y su solicitud en el hogar doméstico: "... debe asegurarse el cuidado de la madre en el hogar, que necesitan principalmente los niños menores, sin dejar por eso a un lado la legítima promoción social de la mujer" ("Gaudium et Spes", N° 52).
- b) La autoridad en la familia debe ser ejercida de consuno por los padres, en un clima de benévola comunicación, unión de propósitos y cuidadosa cooperación, pero —en última instancia y en definitiva, como ya expresáramos— la jefatura del hogar corresponde, en principio, al hombre. A esto no se opone la plena capacidad civil de la mujer y la igualdad de derechos entre los cónyuges, compatibles con la necesidad de que medie en la institución familiar unidad de dirección y decisión para su mantenimiento como célula social. No se trata, por tanto, del marido como "señor de la mujer", pero sí "cabeza de la familia".

Debe, en definitiva, respetarse la diferencia de status y de rol, proveniente de la diferencia-complemento entre varón y mujer; la emancipación de ésta, en el seno del matrimonio y la familia, debe fundamentalmente traducirse en una mayor naturalidad, espontaneidad, sinceridad, capacidad de amistad con el hombre y, a veces, en un mayor espíritu de trabajo y sacrificio ante los mil inconvenientes y urgencias de la vida moderna.

Y para concluir con este tópico, cierto es que funciones que antes cumplía la familia hoy han sido recogidas por otras instituciones sociales. Sin perjuicio de lo que más adelante diremos al considerar específicamente las relaciones entre la familia y el Estado, tal fenómeno no es negativo en tanto y en cuanto:

- a) No resulte de ideologías y apetencias que tiendan a la disolución de la familia y sí de situaciones sociológicas, económicas y tecnológicas.
- b) No perjudique las posibilidades que crea la familia de llegar a ser una persona digna y su carácter de escuela de virtudes desinteresadas que luego florezcan incluso en virtudes políticas, recordando que "La grandeza auténtica de un país depende de la grandeza de sus familias, de su estabilidad y virtudes" (Casaubon).

Pese a los grandes cambios macrosociológicos, la familia no ha desaparecido ni desaparecerá, pues no es una mera "superestructura" sino una institución exigida por la naturaleza humana: "Un hecho muestra bien el vigor y la solidez de la institución matrimonial y familiar: las profundas transformaciones de la sociedad contemporánea, a pesar de las dificultades a que han dado origen, con muchísima frecuencia manifiestan, de varios modos, la verdadera naturaleza de tal institución". ("Gaudium et Spes", N° 47). Pero se requiere la acción conjunta de los miembros de la familia y de los varios componentes y elementos de la sociedad que desde el exterior favorezcan, protejan, estimulen y complementen la labor realizada en el interior del hogar, y al análisis de la misión que a quienes ejercen el poder político incumbe en esta tarea dedicamos el próximo capítulo.

CAPITULO II

I – Sociedad familiar y sociedad política

Tanto la familia como el Estado son sociedades naturales: ambos son una unión estable de varios o muchos hombres que concurren con sus actos a la obtención de un fin común, y surgen "de la naturaleza que estimula y de la razón que perfecciona".

Ahora bien, por una parte, la sociedad familiar tiene preeminencia sobre la política, porque constituye el grupo natural e irreductible que tiene por especial misión la de asegurar la reproducción e integración de la humanidad a través de las generaciones y de los siglos, siendo por intermedio de ella que los hombres se incorporan a la comunidad política.

Pero, por otra parte, es la familia sociedad imperfecta, en el sentido que no posee en sí misma todos los medios necesarios para el logro de sus fines, por lo que está ordenada al Estado, desde que en éste puede encontrar el complemento necesario para la realización de sus cometidos: sólo dentro del Estado puede la familia alcanzar su perfección temporal.

Si a lo expuesto precedentemente se agrega que cuando la familia está constituida sobre la rectitud y el orden, siendo ella fuente y escuela de vida donde se prepara en gran parte el porvenir de los Estados, es en la familia donde encuentra la comunidad política la raíz natural y fecunda de su grandeza, se explica y justifica que deba el Estado proteger y ayudar a la comunidad doméstica, regulándola —en la medida de su competencia— de conformidad con los principios del orden natural que le son propios, y a la luz del de subsidiariedad, de más vasto alcance, pues juega también respecto del individuo y de las otras asociaciones intermedias.

Con respecto a lo afirmado en el párrafo anterior, nos interesa:

- a) Destacar que, como dice Josserand — e insistimos sobre el punto — , la historia enseña que los pueblos más fuertes han sido siempre aquellos en que la familia estaba más fuertemente constituida, y denuncia también el relajamiento de los vínculos familiares durante los períodos de decadencia.
- b) Recordar que la intervención estatal en la vida comunitaria debe desenvolverse conforme al **principio de subsidiariedad**, el cual contiene implícitamente otros tres principios o afirmaciones básicas:
 - 1) **Autonomía**, por cuya virtud el individuo o asociación menor goza de independencia suficiente para realizar por sí mismo todo lo que puede, sin recurrir a sociedad superior.
 - 2) **Ayuda**, según la cual toda comunidad de hombres está llamada a auxiliar la iniciativa particular de cuantos se desenvuelven bajo su autoridad, sin destruirlos ni absorberlos.
 - 3) **Suplencia**, en cuyo nombre la sociedad superior y, por tanto, el gobernante, debe suplir las deficiencias de las personas y sociedades menores, a partir de aquel punto en que su capacidad resulte insuficiente para promover el bien común y mientras esa insuficiencia perdure.

El principio de subsidiariedad es un principio político de división de competencias, como bien destaca Sánchez Agesta, por lo que —agrega — , entre otras cosas, tiene el significado de revelarse como límite frente al

Estado pero, también, como límite a la acción de los individuos y grupos; además, la decisión de ayudar y suplir se justifica cuando, en circunstancias concretas, la conminan motivos de manifiesta y verdadera necesidad de bien común.

II – Principios de regulación del matrimonio

El matrimonio es un contrato, pero no uno más de aquellos que dependen en definitiva en todos sus aspectos de la voluntad de las partes contratantes, pues lleva consigo consecuencias jurídicas para los cónyuges, para los hijos y para la comunidad política.

El matrimonio nace del libre consentimiento de ambos esposos, pero la libertad se refiere únicamente al consentimiento de contraer matrimonio y con una persona determinada; esto requiere las siguientes aclaraciones:

- a) Como se expresa en el número 93 del "Code de Morale Politique" de Malinas, "Ninguna ley humana, bajo ningún pretexto, puede privar al hombre del derecho natural y primordial al matrimonio. Por el contrario, a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer sin ninguna limitación por la raza, la nacionalidad o la religión, tienen el derecho de casarse y de fundar una familia. El respeto a la personalidad humana exige que el hombre y la mujer conserven intacta tanto la libertad de casarse como la de no casarse...". Insoslayable es aquí ocuparse de la cuestión relativa a si el celibato es o no antinatural, para lo cual basta señalar que la naturaleza puede inclinarnos a aquello que es necesario para la conservación y perfección del individuo —lo que obliga a todos los hombres—, y a aquello que es necesario para la conservación y perfección de la especie, y el precepto de la multiplicación es colectivo, no individual, por lo que sólo en el caso que impidiera la propagación de la especie humana sería antinatural el celibato.

Por lo mismo, **puede y debe** aconsejarse a los defectuosos que no contraigan matrimonio; pero nadie —tampoco la autoridad pública— puede prohibir a aquéllos el matrimonio por los llamados fines eugenésicos: "En este caso, como en el de la mezcla colonial de razas, es evidentemente un grave deber moral de aquellos que piensan en un matrimonio semejante la comprobación detallada de todas las consecuencias para el futuro. El Estado puede intervenir de una manera apropiada en esa comprobación ya iniciada por los futuros esposos. Puede ser útil un «certificado de estar libres de todo impedimento eugenésico», y ser éste obligatorio, a base de tal examen llevado a cabo por un médico competente. Pero no está en el poder jurídico del Estado el hacer depender la permisión de un matrimonio de un certificado semejante ..." (Messner).

- b) El matrimonio, pese a su naturaleza contractual, recibe fuertes limitaciones a la voluntad libre de las partes, en la medida en que están

comprometidos los principios del orden natural que deben ser explicitados y desarrollados por el derecho positivo, y por las regulaciones de éste en el marco que le habilitan la generalidad o el silencio del natural.

Es por ello que los derechos y obligaciones en las relaciones personales y patrimoniales emergentes de la unión, están al margen de la libertad de los cónyuges, la que se limita en principio —como ya dijéramos— a casarse o no, y en el primer caso a elegir con quién.

A continuación, analizaremos los mentados principios del orden natural.

Va dijimos que el orden natural exige el matrimonio **monógamo** y **estable**, de donde resulta:

- a) Que el derecho positivo no puede admitir en manera alguna la poligamia ni la poliandria.
- b) Que debe, a nuestro juicio, consagrar la **indisolubilidad** del vínculo matrimonial, como **medio imprescindible** para asegurar la estabilidad, afirmación ésta que requiere mayores desarrollos.

La estabilidad matrimonial —exigida por el orden natural y que redundará en beneficio de la comunidad política, desde que apuntala su célula básica— requiere la concurrencia de diversos factores que coadyuvan a su efectiva vigencia; entre éstos podemos mencionar la debida preparación para el matrimonio, el establecimiento de condiciones económicas que permitan la satisfacción adecuada de las necesidades domésticas, el cuidado de la moral pública, etc.

Por lo general no se discute que el matrimonio deba ser estable, pero sí la consagración legal de la insolubilidad. Siguiendo a Pedro León Feit, procuraremos sintetizar los argumentos divorcistas y antidivorcistas.

Argumentos divorcistas;

- 1) El divorcio tiene la virtud de separar definitivamente a los cónyuges cuando se muestran irreconciliables en sus actitudes, lo que permite a ambos a la vez ir en busca de un reencuentro con la vida. En este caso no tendría que recurrirse a procedimientos que comúnmente se practican donde quienes están en esas condiciones, tratan de sortear el escollo de la legislación existente, y recurren a otras naciones extranjeras que admiten el sistema y nuevas uniones, con el agravante de que a su vez conspira contra la natalidad del país, ya que los pudientes tratan de dar a luz a los nuevos hijos en el lugar donde se reconoce la nueva relación. Se agrega el derecho a la paz, a la felicidad.
- 2) El derecho a la libertad, que el hombre no puede enajenar por su compromiso perpetuo.

- 3) El divorcio sólo podrá ser declarado en función de las causales enumeradas en la ley; y si por el contrario, la legislación de que se trate admite como causa disolutiva del vínculo el mutuo consentimiento o la declaración unilateral de uno de los cónyuges, no habrá por qué temer, pues esa declaración no es sino el reflejo de la realidad, de esa realidad que nos revela que el matrimonio ya no es escuela de perfeccionamiento moral e intelectual, como tantas veces se ha dicho. Por consiguiente, no hay peligro de que el divorcio engendre el divorcio.
- 4) Los juristas para quienes el matrimonio es un simple contrato civil susceptible, como todos los contratos civiles, de ser disuelto por la voluntad de las partes, sostienen que el divorcio es jurídicamente necesario, porque el derecho se propone en sustancia lograr un estado de paz, que comienza en lo más íntimo del hombre y en la sociedad doméstica y que trasciende a todas las expresiones de la vida colectiva.
- 5) Los psicólogos defienden la libertad del amor; con el divorcio quieren solucionar la situación de las parejas en que ese amor se ha trocado en indiferencia o en odio. El eje de su argumentación está representado por la condición intolerable de las parejas desavenidas. Reiteradamente se escucha el argumento "en nombre de la felicidad, en nombre de la justicia, en nombre de los hijos".
- 6) Los sociólogos consideran el divorcio vincular como remedio de la criminalidad, de la disminución de la natalidad, de los hijos ilegítimos, etc. Lo propician incluso como correctivo de la relajación de las costumbres, pues la difícil austeridad que se impone a los que viven simplemente unidos en apariencia, aunque separados de cuerpo y espíritu, trae como consecuencia las uniones ilícitas y, con ellas, el hijo adulterino. El interés social exige que un matrimonio, íntimamente inexistente, pueda ser legalmente disuelto.
- 7) Los hijos que sufren lo mismo con el divorcio absoluto que con el divorcio relativo, pues es peor para los menores la convivencia en un hogar desquiciado o donde impere el resentimiento o la indiferencia, que la habitación con uno solo de sus padres o con el nuevo cónyuge de éste. Así también puede argumentarse que lo mismo padecen los hijos del primer matrimonio del viudo bínubo y, sin embargo, no se le prohíbe al supèrstitute contraer nuevo matrimonio, a pesar de los posibles enfrentamientos de los hijos con el padrastro o la madrastra, por lo que para ser consecuentes, no se debería permitir el casamiento de los viudos que tuviesen hijos.

No obstante, nos convencen los argumentos antidivorcistas, que pasamos a exponer (siempre siguiendo a Feit) sin aducir la tesis del **sacramento indisoluble** (que, como católicos, compartimos).

Argumentos antidivorcistas:

- 1) El derecho a la felicidad no es la única norma de la vida; la felicidad social que la indisolubilidad asegura, está por encima de la situación de algunas parejas desavenidas.
- 2) Si con el matrimonio indisoluble se piensa que se enajena definitivamente la libertad, con el mismo criterio todo contrato que tenga por objeto una actividad personal, debe considerarse enajenación de la libertad.
- 3) El divorcio engendra el divorcio, porque su sola idea conspira a que los cónyuges, en esa unión que debe ser "consortium omnis vitae", no luchan contra las dificultades inevitables, hasta el fin, sobreponiéndose. Una vez admitido el divorcio, es fatal que vaya en aumento, como un mal social y afectivo, que se engendra a sí mismo. Así lo demuestran las estadísticas en todos los países donde existe el divorcio vincular, empezando por Francia, por más que se intente retacear el valor de aquéllas.
- 4) El matrimonio no es un contrato sino una institución social, que afecta no sólo a los cónyuges sino a los hijos, a la familia y a la sociedad toda. En cuanto a esta última es de hacer notar que el problema no puede dejar de ser considerado en su faz general y en su trascendencia social. Por otra parte, a diferencia del simple contrato, el matrimonio tiene un fin preciso e insustituible, que emerge de la naturaleza.
- 5) La ruptura del vínculo y la posibilidad de contraer nuevas uniones de ninguna manera asegura que llegue a un feliz resultado la libertad del amor, porque podrán producirse nuevos fracasos y nuevas tentativas, lo que responde a una ley psicológica sencilla. El divorcio vincular consagra oficialmente un retraso evolutivo del instinto.
- 6) Las leyes son dictadas en orden al interés social, por lo que no es recomendable la solución bajo el ángulo de los intereses privados. El matrimonio es una unión de dos seres que si bien fundada en el afecto, tiene un fin eminentemente social, puesto que la familia es el primer núcleo de la sociedad, que sin ella no podría subsistir. La tesis divorcista significa una reacción hacia el individualismo, ya que se funda especialmente en la necesidad de liberar a los cónyuges desgraciados, que de otro modo permanecerían unidos hasta la muerte. En cambio, el derecho se orienta cada vez más en un sentido social, según lo exige su naturaleza. Los grandes juriconsultos, como los mismos códigos, se inspiran en esa corriente y día a día van dejando de lado, en la doctrina y en las leyes, los preceptos derivados del individualismo. Por eso, no se comprende cómo en esta época en que se atiende a una mayor socialización de la riqueza, p. ej., se inviertan los términos respecto de la familia, para llevarla a un mayor

individualismo. Mientras se pretende seguir en el orden de los bienes de un máximo a un mínimo de libertad, en el orden de la familia se postula partir de un mínimo a un máximo de libertad, hasta de licencia.

Existe una relación directa entre el divorcio y la disminución de la natalidad, siendo evidente que la disolución del vínculo no es propicia a la prole. El divorcio, en lugar de un remedio, fomenta el adulterio, sobre todo en cuanto debilita el freno de la familia y excitan las pasiones. No debe perderse de vista que las parejas se casan con miras al divorcio, o sea, preparando su otro matrimonio. Incluso deriva en la unión libre.

En resumen, el problema que plantea el divorcio vincular es única y exclusivamente social, cuyos factores de solución deben revestir idéntico carácter, con prescindencia de situaciones puramente individuales, que no se resuelven en generalizaciones que interesan principalmente a la sociedad.

- 7) El divorcio, en caso de haber hijos, redundará en su perjuicio, pues quedan librados a una nueva suerte, que indudablemente influirá en su formación ulterior. La prole, lejos de constituir uno de los fines buscados, se convierte en estorbo. En cuanto a la comparación con el matrimonio de los viudos, a nadie se le ha ocurrido prohibir su casamiento porque para ellos no existe vínculo natural o positivo que lo impida, por una parte. Y por la otra, aun admitiendo una semejanza muy genérica, si el padrastro o madrastra no suele tener gran afecto hacia sus hijastros, tampoco lo tiene el nuevo marido hacia los hijos que la madre divorciada aporta al matrimonio, pudiendo ocurrir lo mismo con el hijastro respecto del padrastro. Esto indica que no es común o normal para los padres cambiar de hijos ni viceversa, pues el curso natural exige una continuidad con la menor solución posible, continuidad que de alguna manera se verifica siquiera con los hijos de los viudos, mientras que los de divorciados pueden quedar o no con la madre o con el padre, según reparta el juez, dispersión que disgrega el afecto, con el consiguiente daño de los hijos.

Aunque se admitiera que los hijos de los viudos realmente se perjudican con las segundas nupcias, el daño social será siempre menor, pues numéricamente aquéllas son menos que las contraídas por divorciados.

En otro orden de ideas, porque en todas las cuestiones matrimoniales entran en juego también principios morales y convicciones religiosas, el matrimonio se encuentra íntimamente vinculado con dos derechos o libertades naturales: la libertad de conciencia y de religión. Y esta vinculación reviste trascendencia en cuanto a la regulación jurídico-positiva de la **forma** y **fondo** del contrato matrimonial.

El debido respeto a las mencionadas libertades exige que el Estado reconozca el derecho de casarse según la **forma** —religiosa o civil— que los contrayentes escogen. Según esto, por ejemplo, un matrimonio celebrado conforme a la **forma** establecida por el derecho canónico, produciría todos sus efectos jurídicos personales y patrimoniales con el solo requisito de registrar oficialmente la unión contraída.

En este sentido, nuestro derecho positivo no ha sido ni es conforme al natural; en efecto, y como comenta Bidart Campos:

- a) Con anterioridad a la ley de matrimonio civil (N° 2.393, de 1884), el sistema del Código Civil —preparado por Vélez Sársfield— respetaba el derecho de casarse conforme al culto, pero no el de quienes no tenían o profesaban culto alguno, no existiendo **forma civil** a disposición de contrayentes que querían evadir las nupcias religiosas.
- b) Luego de la citada Ley N° 2.393, incorporada al premencionado Código, nuestro derecho no reconoce más que un tipo único de matrimonio, cuya celebración es obligatoria dentro del territorio argentino para quien pretende emplazar el estado de familia con efectos jurídicos; se trata del acto civil que debe llevarse a cabo ante el oficial público de registro para que el matrimonio exista en el derecho positivo. Todo otro matrimonio es en éste irrelevante, sin perjuicio de los contraídos en el extranjero y reconocidos en nuestro país a tenor de las condiciones que surgen de nuestras normas de derecho internacional privado.

Por otra parte, y en cuanto al **fondo** del matrimonio, lo más ajustado es —habida cuenta de las comprometidas libertades de conciencia y religión— que el Estado deje librado al derecho de la comunidad religiosa con cuya forma se celebra el acto, la regulación de la unión, con las siguientes salvedades:

- a) Los principios del orden natural.
- b) Una legislación civil de fondo para quienes no desean celebrar matrimonio religioso de acuerdo a culto alguno (debiendo aquélla, en todo caso, ser conforme al orden natural).

En nuestro país, la legislación civil única también abarca el fondo del acto, con exclusión de todo otro régimen.

Las falencias apuntadas de nuestro derecho positivo lo son no sólo respecto del natural, sino también desde el punto de vista constitucional, ya que atenían —en lo que respecta al culto católico— contra el artículo 2 de la Constitución Nacional, y contra las libertades de conciencia y de religión que reconoce la Ley Suprema.

III – Principios de regulación de la patria potestad

En tanto que sociedad natural, se dan en la familia una serie de conexiones jurídicas previas y superiores a todo derecho positivo; por tanto no puede aceptarse que sea la familia una institución meramente civil, regulada sólo por la normación positiva, pues ésta debe, en esta materia, respetar los principios “dados” en el orden natural.

Como recordaba S. S. Pío XI en “Divini Illius Magistri”, “Los padres tienen la gravísima obligación de procurar, en la medida de sus posibilidades, la educación de sus hijos, tanto la religiosa y la moral como la física y la cívica, y de proveer también a su bienestar temporal”. De estas obligaciones se derivan los medios espirituales necesarios y convenientes para satisfacerlas, o derechos de **dirección, protección y corrección**, tanto en lo material como en lo moral.

Este complejo de deberes y derechos —o de atribuciones— constituye la **patria potestad**, titularizada en los padres y, en última instancia y en principio, en el padre, y fundada en la procreación —que determina una dependencia de los hijos— y en la necesidad de autoridad en toda comunidad.

El Estado puede regular la patria potestad, desarrollando y fijando las conclusiones que resultan de los principios del orden natural, sin poder suprimirla ni absorberla por sistema. Es errónea, por tanto cualquier concepción del Estado que entregue a éste la autoridad sobre los hijos de familia, pretextando que las generaciones jóvenes le pertenecen, ya que son los hijos como algo del padre, una extensión, en cierto modo, de su persona, y no entran a formar parte del Estado por sí mismos, sino a través de la familia en cuyo seno han nacido. Es también falsa la tesis que, aun respetando las atribuciones paternas, no las reconoce como naturales, haciéndolas derivar y depender de la legislación positiva.

En suma, “la patria potestad no puede ni declinarse por los padres ni sustituirse con la intervención estatal, que sólo se justifica en caso de abuso de aquéllos o de conducta desordenada de los mismos, que constituya motivo de abandono, peligro moral o corrupción de los hijos” (Casiello).

IV – Familia y moral pública

El Estado, como gestor del bien común, debe apoyar y fortalecer la familia, donde cada miembro puede satisfacer la magna empresa de su realización personal; para ello —entre otras acciones— debe defender la moralidad pública, cohibiendo las manifestaciones que ofenden al pudor y a las buenas costumbres. Esto es de orden natural.

Como es este un tema que merece mayores desarrollos, así lo haremos, siguiendo en mayor o menor medida las enseñanzas de distinguidos au-

tores nacionales como Valiente Noailles, Molinario, Casiello, Bidart Campos, etc.

Ante todo, cabe destacar que no sólo daña a la moral pública la erotomanía: hay tendencia, es cierto, a confundir moral pública con moral sexual, porque en este terreno se centran casi todas las ofensas a la moral pública, como consecuencia de la **industria del erotismo**. Pero el daño a la moral pública puede verse en otros terrenos, como en la apología de la violencia (que influye negativamente en la minoridad, violencia que no se debe confundir con el espíritu de fortaleza ni con el noble sentimiento del valor militar en defensa de la patria y del orden por la justicia), en el mal ejemplo de los gobernantes, en la inflación (destructora de los hábitos de ahorro y fuente de enriquecimientos sin trabajo), en la promoción del juego (cuya influencia afecta a la familia, el bienestar de terceros y los intereses de la Nación), etc.

No obstante, el mayor problema que se presenta en el ámbito de la normatividad positiva y en los regímenes constitucionales que, como el nuestro, garantizan la libertad de expresión, es el de determinar si puede el Estado suprimir una expresión por razones de moralidad, por lo que a él nos avocaremos preferentemente.

Sobre el punto, se han expuesto cuatro opiniones:

- 1) La autoridad estatal no puede suprimir ninguna expresión por razones morales: la obscenidad, la pornografía y la inmoralidad están amparadas por la libertad de expresión.
- 2) Puede restringirse sólo la pornografía gruesa, que viene a ser como un concentrado de obscenidad.
- 3) Como sólo la obscenidad está penalmente incriminada, lo que daña la moral pública sin ser obsceno —esto es, penalmente incriminable— no es pasible de restricciones.
- 4) Puede restringirse cualquier expresión que atente contra la moral pública, aunque no sea pornográfica ni obscena.

Para ver la solución que corresponde en nuestro sistema institucional, se impone ante todo hacer presente que poco o ningún valor tienen los precedentes extranjeros, sobre todo los norteamericanos, cuya Constitución — a diferencia de la nuestra— carece de una norma que institucionalice la moral pública y guarda una deliberada neutralidad en materia espiritual.

En nuestro país el Estado (latu sensu) tiene la atribución (término comprensivo de facultad y deber) de proteger la moral pública en virtud de lo establecido en el artículo 19 constitucional. La finalidad primaria de este artículo es proteger la vida privada de los hombres, lo que se ha llamado el "derecho a la intimidad"; pero no se limita a esto: al poner la moral pública como límite de la libertad, la Constitución la consagra como un valor de contenido público que el Estado puede y debe proteger. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la

Nación. En consecuencia, la libertad de expresión que reconoce y garantiza la Ley Suprema debe compatibilizarse con el poder-deber del Estado de proteger la moralidad pública. Así las cosas, debe concluirse en que todo lo que ofenda la moral pública es ilegal; siendo ilegal, es una valla para la libertad de expresión, considerada, como las demás libertades o derechos constitucionales, no absoluta. Estimamos que esta conclusión es ortodoxa en nuestro derecho positivo y ajustada al natural.

Agrega Valiente Noailles que al deber estatal de proteger la moralidad pública corresponde el **derecho constitucional de los individuos a no tener que soportar ofensas a la moral pública**, derecho que reconoce también como fundamentos el de **a la intimidad** (que supone el no recibir el asalto de pornografía no solicitada), el principio —del artículo 14 bis— de política social de **protección integral da la familia** (protección que se extiende a la vida espiritual del grupo protegido) y el **derecho a la dignidad de la persona humana**, dignidad que es insultada por las ofensas públicas a la moral. Por ello propugna la creación de una acción popular, para que cualquiera pueda reclamar administrativamente, con apelación judicial, la cesación de ésta o aquella expresión indiscutiblemente ofensiva de la moral pública, afirmando por último que, en ausencia de ese remedio, es procedente la **acción de amparo** para la tutela del derecho antes mencionado.

En otro orden de ideas, muchos se preguntan si hay un sistema objetivo de moral para confrontar, para determinar si hay ofensa en una expresión determinada. La respuesta a esta pregunta la da nuestra Constitución, en el sistema institucional argentino.

En efecto, según Molinario, si bien la Constitución no es católica pues a su juicio para que una Constitución sea católica debe adoptar como religión del Estado la Católica, Apostólica Romana, no puede consagrar el "pase regio" ni contener disposiciones referentes al "Patronato nacional" — , no por ello deja de profesar como moral la predicada por la Iglesia Católica en virtud del texto del artículo 67, inciso 15.

Casiello, por su parte, escribe que "Nuestra Nación, de raigambre profundamente cristiana, debe definir su moral pública, como **moral católica**, y es a esta moral a la única que puede referirse el precepto constitucional".

Valiente Noailles expresa sobre el punto: "...la Constitución acepta los principios de la moral cristiana... como los más valiosos para la comunidad. Esto se ve claramente desde el Preámbulo, que invoca al Dios de la teología cristiana. El sostén del culto católico del artículo segundo, es aceptación de los principios de la religión sostenida. El fomento de la inmigración europea, es el de la inmigración cristiana, lo que se advierte en Alberdi. El mandato al Congreso de convertir los indios al catolicismo inc. 15 del art. 67— tiene especial significación. Finalmente, el requi-

sito de que presidente y vicepresidente sean católicos y su juramento por Dios y los Santos Evangelios, terminan por configurar la aceptación de un tipo de espiritualidad como el más deseable para la Nación argentina". Y Borda — "the last but not the least"— dice que la adecuación de nuestro derecho positivo a los principios de la moral cristiana —en la que está inspirado todo el derecho de la civilización europea— es evidente.

En suma, la Constitución remite a la moral cristiana católica y sólo en subsidio puede acudirse en materia de moralidad a criterios sociológicos, que atienden a los usos sociales del momento.

Pero el Estado sólo puede intervenir cuando esté en juego la moral pública, pues aquél no debe penetrar en lo que es estrictamente privado a tenor del citado artículo 19 de la Ley Suprema, que señala un área de intimidad donde la libertad inofensiva o neutra para el grupo o para terceros, queda inmunizada y sustraída a toda interferencia arbitraria del Estado, principio que "confirma la tesis de que sólo el fin de bien común provoca el ejercicio válido del poder estatal, de modo que cuando ese fin no está comprometido, el poder debe detenerse ante la órbita de la libertad personal" (Bidart Campos).

Se justifica, entonces, la actuación estatal preventiva o represiva únicamente cuando está comprometido el auténtico **interés público**, asunto sobre el cual son los jueces quienes en última instancia deben resolver en los casos concretos llevados a su conocimiento y decisión, aplicando el principio constitucional de la **razonabilidad** (art. 28, C. N.) y habida cuenta de la regla fundamental —que destaca Valiente Noailles— según la cual "a mayor difusión hay mayor posibilidad de reglamentación".

Por último —y sin perjuicio de la competencia, en caso de comisión de ilícito penal en la materia, de la justicia— advertimos que, en nuestro sistema, la protección de la moralidad pública corresponde a la Administración, sin perjuicio de la posibilidad —que responde a un imperativo constitucional— de impugnación ante los órganos del Poder Judicial.

Pero por cierto que la mejor forma de protección por parte del Estado de la moralidad pública, está dada por el fortalecimiento y apoyo de aquellas expresiones auténticamente culturales —sobre todo a través de los medios masivos de comunicación social— que, en vez de animalizar con la primacía del instinto, humanizan con la primacía del espíritu y de la conciencia.

V — Procreación y educación

Debe el Estado "salvaguardar el derecho de los padres a procrear y a educar en el seno de la familia a sus hijos" ("Gaudium et Spes", nº 62).

Con respecto a estos dos derechos naturales, nos limitamos en este trabajo —en razón de su índole— a recordar los siguientes principios fundamentales:

- a) Es absolutamente inadmisibles —por vulnerar el sector más personal y reservado de la intimidad conyugal— que los gobernantes puedan imponer, directa o indirectamente, a sus pueblos, el método anticonceptivo que juzgaren necesario y más eficaz.
- b) Que el derecho de enseñar —en el orden natural y en nuestra dogmática constitucional— es, primordialmente, de los padres, siendo la función docente del Estado coadyuvante y supletoria. Ciertamente es que el Estado debe promover la educación, e incluso exigir que todos los hombres reciban un mínimo de enseñanza; pero el monopolio público de la enseñanza atenta contra el derecho que nos ocupa, el que puede en principio ejercerse en el seno de la familia o en centros docentes de la elección de los padres, sin que el ejercicio de este derecho imponga el soportar sacrificios económicos especiales.

VI — Otros aspectos de la política familiar

La política que debe encarar el Estado para cumplimentar su fin con respecto a la familia, se concreta —al margen de lo precedentemente expuesto— en actividades que aseguren:

- a) La estructura y el desenvolvimiento de la familia legítima, con la consiguiente reprobación de las formas incompatibles con ella.
- b) La protección del incapaz que carece de familia.
- c) La adaptación de los recursos familiares a la dimensión de la familia.
- d) La posibilidad de acceso a la vivienda familiar.
- e) Las estructuras jurisdiccionales destinadas a la aplicación de las normas sobre la familia y al control de los derechos subjetivos familiares y del cumplimiento de los deberes anexos.

En nuestro derecho constitucional, es escueta la Constitución Nacional en normas sobre la familia, ya que sólo encontramos en ella el artículo 14 bis que —incorporado en la reforma de 1957— dice: "la ley establecerá... la protección integral de la familia; la defensa del bien de la familia; la compensación económica familiar, y el acceso a una vivienda digna". Recordamos que fue la Constitución alemana de 1919 la que inició la serie de disposiciones protectoras de la familia, siendo seguida por las de Cuba en 1940, Brasil de 1946, Ecuador de 1946, Italia de 1948, etc. Disposiciones similares encontramos en nuestro derecho público provincial: Constituciones de Misiones (1958), Formosa (1957), Chaco (1957), Santa Cruz (1957), Neuquén (1957), Chubut (1957), etc. Incluso se encuentran normas protectoras en la Constitución de San Juan, de 1927.

Lo que ponemos de manifiesto en el párrafo precedente, y la existencia incluso de normas internacionales al respecto, evidencia el reconocimiento de que el bienestar de la persona y de la sociedad está estrecha-

mente ligado a la prosperidad conyugal y familiar; por eso debe el Estado, entre otros, fomentar esa comunidad de amor y ayudar a los esposos y padres en el cumplimiento de su elevada misión.

En definitiva, bien ha señalado Dabin que el Estado tiene un doble deber con respecto a la familia:

- a) En la medida en que tiene competencia para legislar sobre la materia, conformarse a las leyes naturales de la institución, como reiteradamente lo hemos destacado.
- b) Practicar en toda instancia una política favorable a la familia, sin que pueda reducirse la tan mentada "protección" de la familia a declaraciones constitucionales vagas, imprecisas e inoperantes, sino que debe concretarse en medidas de efecto tangible en la realidad existencial.

Además —y como indica Legón —, no debe perderse de vista que si el núcleo familiar tiene prerrogativas sagradas e inviolables, también carga con deberes irrecusables:

- a) Con respecto a la persona, a cuyo servicio debe estar sin destruirla ni absorberla.
- b) Con respecto al Estado y al bien común, pues no debe caer en la tentación de plegarse sobre sí mismo, sin preocuparse del bienestar de las demás familias y de la sociedad política, del bien común en suma, al que debe por su parte contribuir con todas sus fuerzas.
- c) Con respecto a la sociedad religiosa, en los términos peculiares de su competencia.

Ha dicho un Obispo argentino, Monseñor Zazpe, con palabras que compartimos: "La familia es la gran meta, el gran secreto, la encrucijada, la fuente. Ella vive de lo que recibe, pero transforma lo recibido y lo entrega sin medida ni reservas. La anemia o vitalidad de la familia será profecía de la anemia o vitalidad de la Patria... A una familia vigorosa corresponderá una Nación vigorosa. A una familia debilitada, una Nación empobrecida. Apuntalar la familia, asegurar la Patria, la infancia, la juventud es la responsabilidad del futuro... Hay que apuntalarla desde la niñez, la juventud y el noviazgo. Desde la educación escolar y universitaria, desde el cine y la televisión, desde la radio y la prensa escrita, desde la legislación y la economía, desde la salud y la vivienda, desde un proyecto político nacional... Hay que integrar la familia marginada y comprometer las integradas... La Argentina debe preocuparse por sus universidades, empresas, fábricas, deportes; de la infraestructura, el comercio exterior y la balanza de pagos, pero debe angustiarse y hasta obsesionarse por su familia y poner a su servicio la ley, la vivienda, la economía, los medios de comunicación social, la educación, hasta la Constitución Nacional".

BIBLIOGRAFÍA

- MESSNER, Johanes: *Ética Social, Política y Económica a la Luz del Derecho natural*, Rialp, Madrid, 1937.
- CANCE, Adriano y DE ARQUER, Miguel: *El Código de Derecho Canónico*, Ed. Litúrgica Española, Barcelona, 1934.
- BELTRAO, Pedro: *Sociología de la Familia Contemporánea*, Ed. Sígueme, Salamanca, 1975.
- CAPESTANY, Edward J.: *Filosofía Política*, Ed. Depalma, Bs. As., 1975.
- AUTORES VARIOS: *Comentarios a la Constitución Gaudium et Spes sobre la Iglesia en el Mundo Actual*, Ed. B.A.C., Madrid, 1938.
- TRIMBOS, C. J. B. J.: *Convivencia en el matrimonio y la familia*, Ed. Carlos Lohlé, Bs. As., 1966.
- COMISION EPISCOPAL DE APOSTOLADO SOCIAL: *Doctrina Social de la Iglesia*, Ed. Sánchez Leal, Madrid, 1933.
- BORDA, Guillermo A.: *Tratado de Derecho Civil Argentino, Tomo I - Parte General*, Bs. As., 1935.
- GUTIERREZ GARCIA, José Luis y MARTIN ARTAJÓ, Alberto: *Doctrina Pontificia - Documentos Políticos*, Ed. B.A.C., Madrid, 1953.
- VALIENTE NOAILLES, Carlos: *La moral pública y las garantías constitucionales*, Ed. La Ley, Bs. As., 1966.
- HURTADO CRUCHAGA, Alberto: *El Orden Social Cristiano*, Club de Lectores, Santiago de Chile, 1918.
- BIDART CAMPOS, Germán J.: *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Bs. As., 1972.
- MOLINARIO, Alberto D.: *De la necesidad de formar profesionales expertos en cuestiones familiares*, *El Derecho*, Tomo 20, pp. 707 y ss.
- MENDEZ COSTA, María Josefa: *Sobre la intervención judicial en cuestiones de familia*, *Rev. La Ley*, Boletín del 4-V-76.
- DANA MONTANO, Salvador M.: *Las garantías de los derechos en el derecho público provincial argentino*, Imprenta de la U. N. Córdoba, Córdoba, 1933.
- CORTS GRAU, José: *Curso de Derecho Natural*, Ed. Nacional, Madrid, 1953.
- LEGON, Faustino J.: *Tratado de Derecho Político General, Tomo I*, Ediar, Bs. As., 1959.
- DABIN, Jean: *Doctrina General del Estado*, JUS, México, 1946.
- En la REVISTA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CORDOBA hemos consultado los siguientes trabajos:
- a) Marzo-Junio 1972, Año XIII - Nº 1-2:
- SOLER MIRALLES, Julio: *La Institución Familiar - Breve reseña histórica - Aportes de la investigación científica*.
- REVIDATTI, Gustavo A.: *Familia y Estado - Sus relaciones*.
- b) Julio-Diciembre, 1972, Año XIII, Nº 3-4-5:
- MARCENARO BOUTELL: *La familia rural y urbana*.
- EPPSTEIN, Alberto Boris: *La familia y el derecho de familia*.
- FEIT, Pedro León: *Las instituciones del derecho de familia*.
- CASAUBON, Juan Alfredo: *Filosofía de la familia*.