

DERECHO Y FAMILIA*

Mary Ann Glendon

Mary Ann Glendon analiza en estas páginas la evolución que ha tenido el derecho de familia en Occidente, y plantea la compleja relación entre las ideas, el derecho y el comportamiento. En el primer capítulo, la autora reseña las principales etapas del proceso mediante el cual el matrimonio y los asuntos familiares, antaño regidos por la costumbre, la ética, la moral o la religión, quedaron sujetos con el tiempo a una reglamentación oficial —primero en el derecho canónico y posteriormente en el derecho civil. En el capítulo siguiente, Glendon se refiere a los profundos cambios que ha experimentado el derecho de familia en las últimas décadas, con los cuales las regulaciones se han eliminado en algunas áreas e intensificado en otras.

MARY ANN GLENDON. Abogada. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Entre sus numerosas publicaciones pueden mencionarse *The New Family and the New Property* (1981); *Comparative Legal Traditions*, con Michael Gordon y Christopher Osakwe (1985); *Abortion and Divorce in Western Law* (1987).

* Capítulos 1 y 7 del libro de Mary Ann Glendon *The Transformation of Family Law* (The University of Chicago Press, 1989), reproducidos en castellano con la debida autorización. Traducción de *Estudios Públicos*.

EL DERECHO, LAS IDEAS Y EL COMPORTAMIENTO*

Introducción

A contar de los años sesenta hubo un remezón sin precedentes en los sistemas que conforman el derecho de familia en las sociedades industrializadas occidentales, y ciertas normas legales que habían permanecido relativamente intocadas por espacio de varios siglos fueron descartadas o bien modificadas de manera radical en las áreas del matrimonio, el divorcio, las obligaciones parentales, los derechos hereditarios, las relaciones paterno-filiales y el *status* de los hijos nacidos fuera del matrimonio. Al mismo tiempo, en otros campos del derecho que no se consideraban habitualmente parte del derecho de familia, como el de las prestaciones sociales, el laboral, la seguridad social y la tributación, las regulaciones oficiales han comenzado a influir cada vez más claramente en la vida familiar y cotidiana. Los nuevos cuerpos legales del derecho de familia surgidos de este proceso en los Estados Unidos y Europa Occidental recurren a una multiplicidad de técnicas legales y se han visto influidos por constelaciones de intereses políticos relativamente diferentes en uno u otro sitio. En varios países, su aparición fue precedida por estudios prolongados y muy cuidadosos; en otros, las reformas legales tuvieron lugar luego de escasas deliberaciones. En algunos casos no hubo bombos y platillos asociados al proceso; en otros, en cambio, hubo acalorados debates públicos y grandes controversias. Con todo, a pesar de los contrastes entre los contextos jurídicos y políticos de la reforma legal, las diferencias entre los sistemas de derecho de familia occidentales han disminuido en forma sostenida durante las últimas dos décadas. En efecto, en países culturalmente muy distintos se aprecia una notable coincidencia de desarrollos jurídicos similares, producidos casi en la misma época y en forma aparentemente independiente entre sí.

Cuando el antecedente directo de este libro, *State, Law and Family: Family Law in Transition in the United States and Western Europe* (Amsterdam: North-Holland), apareció en 1977, la mayor parte de estas nuevas disposiciones jurídicas habían entrado en vigor desde hacía menos de una década. Otras recién estaban comenzando a aparecer. Los indicadores demográficos fundamentales, como las tasas de matrimonios, de divorcio y de

* Capítulo 1, "Law, ideas and behavior". (N. del E.)

participación femenina en la fuerza laboral, no se estabilizarían sino hasta la década de los ochenta. Habiéndonos beneficiado a estas alturas de otros diez años de experiencia con innovaciones legales que transformaron el derecho de familia tradicional, parece un momento propicio para hacer marcha atrás una vez más e intentar discernir lo que ha venido ocurriendo en el proceso.

Como veremos, las principales tendencias convergentes se habían afianzado mucho antes de que el derecho comenzara a cambiar en los textos. De varias maneras, la intensa actividad legislativa desarrollada en años recientes sólo vino a formalizar y sistematizar tendencias transformadoras que ya estaban diseminadas y que se habían concretado parcialmente en el derecho de cada país. Tales tendencias no han alcanzado el mismo estadio en todas partes y han tomado distintas formas en muchos de los países afectados, pero el movimiento general revela una consistencia notable. Éste se caracteriza, en grados variables, por un repliegue progresivo de la reglamentación oficial relativa a la constitución del matrimonio, a su disolución y al manejo de la vida familiar, por una parte, y por una reglamentación creciente, por otra parte, de las consecuencias económicas, y sobre los hijos, de la cohabitación formal o informal. Simultáneamente, el surgimiento del Estado administrativo moderno ha traído consigo un aumento notorio en el grado de control burocrático, de diversos tipos, al que hoy están sujetos la familia y sus integrantes.

El derecho de familia contemporáneo refleja nuevas formas de pensamiento, no sólo acerca del matrimonio y la vida familiar, sino también acerca del derecho y el Estado. Han aparecido nuevas imágenes jurídicas, muy similares entre sí, de los roles y las relaciones familiares. Muchas normas tradicionales del derecho de familia han sido consideradas incoherentes con los valores incluidos en diferentes cartas constitucionales o con las convenciones internacionales. Ha habido un giro histórico en la relación del Estado con la familia y se ha eliminado la regulación en áreas donde alguna vez se la dio por sentada, intensificándosela, en cambio, allí donde, hasta fecha reciente, era desconocida.

En general, no parece que tales desarrollos hayan tenido lugar porque se quisiera fomentar deliberadamente alguna serie coherente de objetivos. Hay pocos indicios de que los países involucrados intentaran emularse entre sí o bien implementar alguna política familiar *sui generis*. Ocurre, más bien, que cada uno parece perseguir diferentes (y con frecuencia conflictivos) objetivos en sus leyes y programas que afectan a la familia. Así, vistos en forma aislada, los desarrollos en cada país adoptan a menudo un

carácter azaroso. En algunos de ellos, esta atmósfera de relativo desorden se debe en parte al hecho de que el campo del derecho de familia se ha transformado en una arena propicia a múltiples confrontaciones de índole política, religiosa y étnica¹. Por añadidura, el derecho de familia se ha convertido en todas partes en un campo de pruebas para nuevas formas de concebir las relaciones entre los sexos y las generaciones.

Con todo, detrás de esa apariencia de desorden, de la retórica y las consignas, y más allá de las particularidades locales y regionales, lo que se está contando es una misma historia acerca de roles y relaciones que son básicos en la vida de la mayoría de las personas. Exponer dicha historia, explorar las variaciones significativas en lo narrado y plantear interrogantes acerca de la compleja relación entre el cuento que nos relata el derecho y el comportamiento real de la familia y las nociones de la vida familiar, todo ello conforma los objetivos del presente volumen.

Obviamente, no es posible hacer aquí un recorrido exhaustivo de todos los cambios jurídicos que han afectado a la vida familiar en los últimos veinticinco años en un país cualquiera, no digamos en varios de ellos. Es preciso hacer una selección del material, tanto del tema por considerar como de sus alcances geográficos. En lo que hace a lo anterior, he escogido varios desarrollos legales de entre los que me parecen más impactantes y sugerentes, y que están suficientemente avanzados como para revelar patrones claramente discernibles. Muchos de ellos son el material estándar de los tratados del derecho de familia, pero también hago referencia aquí a esas tendencias verificables en cuerpos legales relacionados que influyen de manera importante en la vida familiar, y también a lo que los profesores de derecho civil denominan la *lex referenda*: el derecho que puede estar o no haciéndose en el momento. En esta última categoría incluyo no sólo las propuestas oficiales de reformas legales, sino a la vez las principales corrientes que emergen de la teorización académica. Además, he intentado no perder de vista el hecho de que, en tanto el centro de la escena era ocupado por procesos muy publicitados de reformas a la ley de divorcio e implementación de iguales derechos para la mujer, también han ocurrido cientos de cambios menores, menos conocidos, que atañen a las varias formas en que cada sistema legal interactúa con la familia. Puesto que tales movimientos moleculares generan a menudo cambios estructurales con consecuencias mucho más vastas, he querido prestar atención a

¹ Esto es particularmente efectivo en una sociedad tan heterogénea como la estadounidense. Véase Martha Minow, "We, the Family: Constitutional Rights and American Families" (1987), p. 959.

aquellos hechos legales en apariencia menores aunque potencialmente transformadores.

Como en el libro anterior*, me he concentrado aquí ante todo en el derecho de Inglaterra, Francia, los Estados Unidos y [la ex] Alemania Occidental, haciendo ocasionales referencias a desarrollos importantes en otros países, especialmente en Suecia. Las comparaciones entre esos países, al parecer, aún son de provecho, no sólo por la gran influencia que sus respectivos sistemas jurídicos ejercen en el mundo del derecho civil y del *common law*, sino también porque cada uno ha generado una enorme variedad de materiales jurídicos y sociales en los temas aquí considerados. Y, más importante aún, los desarrollos en el derecho de familia de estos países son ilustrativos de las tendencias transformadoras que también operan, con intensidad variable, en el derecho de lugares tan diversos como Irlanda, los países nórdicos y las naciones de la Europa meridional².

Naturalmente, siendo una estudiosa norteamericana del derecho comparado e interesada en particular en la vida familiar, abrigó la esperanza de que el presente recorrido entregue no sólo algunas luces acerca de la significación del actual período de cambios legales, sino que contribuya a la reforma legal en los Estados Unidos. El darnos mayor cuenta de las formas en que otras naciones han abordado los problemas a los que hoy se enfrenta nuestro sistema legal sólo puede ir en nuestro propio beneficio. Aun cuando pocas veces resulte aconsejable trasplantar directamente los mecanismos legales puestos en práctica en otros países, ellos a menudo sirven a la causa de revisar y reformar el derecho existente, al mostrarnos que nuestro rango de opciones puede ser más amplio que lo que habíamos supuesto, y al alertarnos respecto de los potenciales retrocesos y avances de procedimientos alternativos. El estudio de experiencias foráneas puede ser también una fuente muy fértil de inspiración e ideas. Y aun cuando no nos

* La autora se refiere a su libro, mencionado anteriormente, *State, Law and Family: Family Law in Transition in the United States and Western Europe* (1977). (N. del E.)

² Resulta esclarecedor de la extensión y profundidad del actual proceso de cambios en la vida familiar y en el derecho de familia el hecho de que, a partir de mediados de los setenta, Italia, Portugal y España revisaron las disposiciones de sus códigos civiles en relación con el matrimonio a la luz del principio de igualdad entre los sexos, hicieron posible el divorcio (o, en el caso de Portugal, lo ampliaron a los católicos) y legalizaron el aborto bajo determinadas circunstancias. Tales cambios en dichos países, en que la influencia del catolicismo ha sido fuerte, son en algún sentido más impactantes que los habidos en las naciones aquí examinadas, considerando la mayor distancia ideológica entre las nuevas leyes y las que vinieron a sustituir. Véase, en general, Mary Ann Glendon, *Abortion and Divorce in Western Law* (1987). En el caso de Irlanda, véase William Duncan, "The Divorce Referendum in the Republic of Ireland: Resisting the Tide" (1988), y Mary Ann Glendon, *Irish Family Law in Comparative Perspective* (1987).

conduzca de inmediato a un nuevo estadio del pensamiento, casi siempre nos ofrece una comprensión más profunda y una perspectiva más equilibrada de nuestro propio sistema legal.

Las instituciones legales y sociales

Los desarrollos legales que trata este libro, pese a lo muy impresionantes que nos parezcan, no son sino un aspecto del hecho más vasto de que la sociedad en sí es un flujo constante. La movilidad geográfica, los cambios en la importancia relativa de las distintas formas de riqueza, la influencia aparentemente en declive de la religión formal, los cambios en los roles económico y social de la mujer, la mayor expectativa de vida y el aumento en el control del proceso reproductivo son sólo algunos de los factores cuyos efectos se han hecho sentir en las instituciones familiares en apariencia inmutables, aunque siempre sujetas a lentas transformaciones, y en la institución habitualmente concomitante del matrimonio, más polimorfa y mutante. A través de siglos, el comportamiento familiar y las ideas acerca del matrimonio y la vida familiar han sufrido constantes fluctuaciones, pero lo que hace destacables los hechos del período actual, cuando se los confronta con el panorama de la historia, es la rapidez con que están cambiando los roles genéricos, las relaciones entre los distintos grupos de edad, las relaciones maritales y la estructura familiar.

Aun cuando aquí tratamos, ante todo, con los cuerpos de normas elaboradas por los poderes legislativos y los jueces y que son constitutivos del derecho de familia en cuatro países, es esencial no perder de vista el hecho evidente de que en tales naciones, como en cualquier otra sociedad, el comportamiento familiar no se corresponde nunca exactamente con el conjunto de normas oficiales existentes. Y las formas que adopta la vida familiar pueden asimilarse a veces más y otras menos, y en determinados lugares más que en otros, a los patrones consagrados en el derecho. Así, aparte de hacer el inventario, en forma separada, de la intensa agitación que ha habido en el derecho de familia y el comportamiento familiar, habremos de esforzarnos por hacer el itinerario de las relaciones cambiantes entre dos sistemas dinámicos: el conjunto de leyes que afectan a la familia y los patrones de conducta que constituyen la institución social de la familia. En íntima relación con tales cambios en el derecho y en el comportamiento hay incluso otros virajes que debemos tener en cuenta. Son los desarrollos en el dominio de las ideas: ideas ampliamente sustentadas acerca de las instituciones jurídicas y sociales del matrimonio y la familia, e ideas acerca del derecho en sí.

En los capítulos que siguen, será de utilidad diferenciar, con fines analíticos, entre lo que un sistema legal particular puede llegar a categorizar como ‘familias’ o ‘matrimonios’ y la conducta que un antropólogo o un sociólogo probablemente describiría como propia de una familia o un matrimonio. El legislador, enfrentado a fenómenos de naturaleza social, opera con una caracterización lingüística e imaginaria del comportamiento que es en buena medida inconsciente. Dicho proceso genera pautas legales que son algunas veces expresión de los valores o ideales de alguien en particular; otras veces son pura y simplemente ‘tipos ideales’ (en el sentido de abstracciones teóricas a partir de los datos sociales, o de intentos de sintetizar en forma sistemática los datos sociales); y otras veces (más a menudo de lo que se cree) una mezcla de ambas instancias. No es fácil ser precisos en la terminología jurídica asociada a la familia y el matrimonio, puesto que en el seno de un mismo sistema legal dichos términos son utilizados a menudo en forma diferente y con distintos fines. La tarea se vuelve aún más compleja cuando se trata de identificar aquello que constituye un comportamiento familiar o marital en el seno de la sociedad.

Podemos, con todo, formular ciertas apreciaciones generales. La familia y el matrimonio son instituciones pre-jurídicas. Aun cuando, basándonos intuitivamente en nuestras observaciones y nuestra experiencia individual, los hombres y mujeres contemporáneos tendemos a creer que el matrimonio es anterior a la familia, es esta última la institución primaria³. En todas las sociedades humanas, y en muchas sociedades animales, es posible encontrar algún tipo de familia como un grupo distinto dentro de la horda. El matrimonio, sin embargo, en el sentido de una relación heterosexual altamente individualizada, es, según se dice, apenas detectable en algunas de las sociedades humanas más simples y en otras es visto como irrelevante para la formación de la familia⁴. Es útil, especialmente en las culturas contemporáneas en que el matrimonio y la procreación están cada vez más diferenciados, distinguir entre la familia como grupo social que incluye más personas que los partícipes en un matrimonio (si lo hay), y el matrimonio, que puede coincidir o no con la existencia de una familia⁵. Decir que ‘la familia’ es la institución primaria puede ser, pese a todo,

³ Por ejemplo: “El inicio de la formación de la familia puede ser el matrimonio o la paternidad. No debe pensarse, a partir del hecho de que la relación sexual es un pre-requisito del embarazo, que toda la gente considera el matrimonio o el establecimiento de una relación hombre-mujer el primer paso en la formación de la familia (...) [En el] caso extremo, el matrimonio es percibido como irrelevante para la formación de la familia”. Robert F. Winch, “Marriage” (1968), p. 1.

⁴ René König, “Sociological Introduction” (1974), pp. 38, 40, 58-59.

⁵ *Ibidem*, p. 38.

engañoso a menos que especifiquemos que las familias existen en una multiplicidad de formas. Por cierto, pareciera que ninguna sociedad conocida ha tenido sólo un tipo de familia. Por otro lado, el rango de los varios tipos de familia, y en función de ello de las formas de matrimonio, nunca ha sido muy vasto⁶. Con todo, la amplitud limitada de ese espectro no ha conseguido evitar un proceso constante de cambio, que ha redundado en el continuo desarrollo y surgimiento de modalidades familiares cuando menos nuevas para las sociedades en que ellas emergen. Es, pese a todo, un proceso de cambio lento, y todavía más lento para los tipos de familia que para los patrones matrimoniales⁷.

Para hacer comparaciones significativas entre los sistemas del derecho de familia de cuatro países, es esencial estar atento a tales diferencias entre los fenómenos legales y sociales: entre las instituciones imaginadas, descritas y elaboradas en el derecho, y el comportamiento matrimonial y familiar, tal como es imaginado y como se lo vive en una sociedad determinada. Por ende, parece aconsejable una pausa previa para reflexionar brevemente en torno a dichos asuntos.

La boda del hojalatero

En *La boda del hojalatero*⁸, la obra de John Synge, los personajes principales, Michael Byrne y Sarah Casey, son dos hojalateros, vale decir, reparadores ambulantes de utensilios domésticos hechos de metal. Su relación se originó un día lejano en Rathvanna, cuando Michael le propinó a Sarah “una bofetada en la oreja”, tras lo cual ella se vino con él “muy calladita y dócil..., a contar de ese día y hasta hoy”. Por la época en que nos son presentados, Sarah lleva ya “un buen rato junto a él...” La obra se inicia con la exigencia repentina de Sarah, respaldada por su amenaza de marcharse, de que Michael se case con ella. Podemos inferir de sus comentarios apasionados y ardientes que su exigencia no es sintomática de ningún problema serio que haya surgido entre ella y Michael. Salvo por ese único punto en discordia, ella parece, en términos generales, muy feliz, “floreciente, y con buena salud, por obra y gracia del Señor Todopoderoso”. Al iniciarse la obra, Michael acaba de acceder al deseo de Sarah —aun cuando

⁶ Ibídem, pp. 21, 33, 37.

⁷ Ibídem, p. 39: “Las ideas relacionadas con el tema del amor y el matrimonio son mucho más diversas y flexibles que la estructura familiar. Mientras las nociones concernientes al amor y el matrimonio cambian a menudo con las modas, la familia, en tanto institución humana universal, no es tan fácil de modificar”.

⁸ John M. Synge, *The Complete Plays of John M. Synge* (1960), pp. 180-209.

le cuesta entenderlo— y está dando los últimos toques a un anillo de bodas hecho en casa. Sólo falta encontrar a un sacerdote para que los case.

Pero la cosa no resulta tan fácil. El cura de la localidad llega a pie por el sendero hasta el lugar donde acampa la pareja, pero considera absurda la petición de Sarah de que celebre la boda sin cobrar nada. Tras una breve discusión, se ofrece a hacerles un precio especial y reducido de apenas una libra, sólo que Michael y Sarah no disponen siquiera de esa cantidad. Finalmente, luego de prolongado regateo, se muestra de acuerdo en casar a la pareja por diez chelines y un bidón metálico cuyo repujado Michael está a punto de concluir en ese momento..., una suma tan irrelevante “que no serviría siquiera para desposar a un niño”. El cura no se conmueve ante la pobreza que Sarah esgrime, y replica con rudeza que los hojalateros son bien conocidos porque roban “de Este a Oeste, en Wicklow y Wexford y en County Meath”.

Una vez cerrado el trato, la boda queda fijada para el día siguiente. Pero ocurre, para colmo de males, que durante la noche la anciana Mary, la madre de Michael, cede a la tentación de robarse el bidón recién concluido y venderlo en el *pub* local a cambio de “una cañita para dormir”. Y para eludir el enfrentamiento con Sarah, introduce a hurtadillas un par de botellas vacías en el saco que contenía el bidón. Naturalmente, cuando el cura lo abre al día siguiente y se topa tan sólo con los dos envases, piensa que Michael y Sarah han querido timarlo y se rehúsa indignado a casarlos por sólo diez chelines sin el bidón. Tras un intercambio verbal cada vez más agresivo, la decepción de Sarah se transforma en furor y la obra concluye con el cura maniatado y arrojado a una acequia. Al abandonarlo allí, Sarah le pone su anillo de bodas en el dedo, para recordarle su promesa —extraída a la fuerza— de no decir a la policía que recibió una paliza.

Esta breve historia plantea múltiples y muy interesantes interrogantes. Lo que precipita los hechos es el deseo de Sarah de ‘casarse’, pero ¿no estaban acaso, ella y Michael, ya casados? Un sociólogo consideraría, con toda probabilidad, que Michael y Sarah han estado efectivamente casados por algún tiempo, en conformidad con costumbres de larga data en la subcultura de la gente deambulante en Irlanda. En el contexto de la obra, todo sugiere que ambos pretendían que su unión tuviera alguna permanencia y es claro, a partir del texto, que ante la comunidad de los hojalateros ambos se consideraban pertenecientes el uno al otro. Por añadidura, la versión que Michael propone de cómo ‘consiguió’ a Sarah en Rathvanna es evocadora de la forma en que los antropólogos describen el ‘matrimonio por captura’, que no es en realidad ninguna modalidad peculiar del matri-

monio, sino más bien un tipo de *boda*⁹. Así, desde la perspectiva de un sociólogo o un antropólogo, puede que la ‘boda del hojalatero’ tuviera lugar cuando Michael golpeó a Sarah en la oreja y se la llevó consigo¹⁰.

Ahora bien, en caso de que la unión de Michael y Sarah fuera un ‘matrimonio’, desde el punto de vista de un sociólogo, ¿es ése acaso el único sentido en que ambos están casados? En la Irlanda de principios de siglo, que es cuando ocurre la obra de Synge, una pareja legítimamente casada por el derecho eclesiástico lo estaba también por el derecho civil. En rigor, nadie duda de que, bajo el derecho canónico, antes de que el Concilio de Trento estableciera en 1563 que la presencia de un sacerdote era obligatoria en las bodas, se hubiera considerado a Michael y Sarah unidos en matrimonio. Antes de esa fecha, los cristianos, al igual que otra gente, podían constituirse en matrimonio con tan sólo intercambiar el consentimiento y cohabitar¹¹. Y no está en absoluto claro que el requisito tridentino se aplicara a Michael y Sarah, puesto que su cobertura estaba expresamente limitada a matrimonios de personas bautizadas. De hecho, el sacerdote alude repetidas veces, en la obra de Synge, a la condición ‘pagana’ de los hojalateros, lo que parece algo más que un simple epíteto al pasar. En determinado momento, el sacerdote especula del siguiente modo: “Me parece que nunca fuiste bautizada, Sarah Casey”. Y recalca: “Sería una excentricidad de mi parte ir por ahí repartiendo los sacramentos a tu gusto y antojo”.

Si, de hecho, Michael y Sarah no estaban bautizados, su situación marital en términos del derecho canónico no se ve afectada por la legislación matrimonial surgida de Trento. Bajo el derecho canónico, los matrimonios entre personas no bautizadas son presumiblemente válidos, siempre y cuando exista el factor crucial del consentimiento¹². A mayor abundamiento, incluso si Michael y Sarah hubieran estado bautizados y las forma-

⁹ König, “Sociological Introduction” (1974), pp. 40-41.

¹⁰ La formación del matrimonio, en las sociedades simples, es entendida a menudo como un proceso más que un acontecimiento aislado; la ‘boda’ es relativamente menos importante. Los matrimonios según las prácticas consuetudinarias [customary marriages] pueden iniciarse con la negociación entre las familias o mediante una ceremonia de algún tipo, pero a menudo implican simplemente el vivir juntos, tener un hijo y poco a poco ser aceptados como pareja por los parientes y vecinos. Es el caso hoy, por ejemplo, de la mayoría de los nuevaguineanos. Véase Owen Jessep y John Luluaki, *Principles of Family Law in Papua New Guinea* (1985), pp. 17-28. A la vez, el matrimonio de hasta una quinta parte de la población inglesa podía, en fecha tan tardía como las postrimerías del siglo XVIII, decirse que sucedía de este modo. Véase Stephen Parker, “The Marriage Act 1753: A Case Study in Family Law-Making” (1987), pp. 133, 139.

¹¹ Véase nota 57.

¹² Véase James A. Coriden, Thomas J. Green y Donald E. Hentschel (eds.), *The Code of Canon Law: A Text and Commentary* (1985), cánones 1.055-1.060 y comentario al respecto.

lidades tridentinas eran exigibles en principio, la Iglesia no siempre insiste en la presencia de un sacerdote cuando el cumplimiento de este requisito supone una “grave inconveniencia”¹³. Y se ha sostenido que esa grave inconveniencia puede provenir de la extrema pobreza¹⁴.

¿Por qué, pues, si Michael y Sarah están desde ya casados en uno o más sentidos del término, era tan importante para el Estado, para la Iglesia o para ambas partes que se celebrara una ‘boda’ o que estuvieran ‘casados’ en otro sentido? Si formulamos esta interrogante desde el punto de vista del Estado y la Iglesia, llegamos a un punto de gran significación para nuestra exploración en la relación cambiante del derecho de familia con la vida familiar propiamente tal. En el caso de Michael y Sarah, pobres seres itinerantes en la Irlanda de principios de siglo, está absolutamente claro que ni el Estado ni la Iglesia tenían mucho interés en su *status* marital. Ambos pertenecían a lo que Max Rheinstein denominara los ‘grupos al margen’ de la sociedad y del derecho¹⁵. Con lo cual quería decir que, históricamente, el derecho de familia prestaba escasa atención a los intereses de los más pobres, o de grupos étnicos minoritarios como los indios de Norte y Sudamérica, o de los afro-americanos en los Estados Unidos. Antes del siglo veinte, los individuos carentes de propiedad suscitaban la atención del sistema legal básicamente como sujetos del derecho criminal. Como acota Rheinstein, una de las grandes tendencias transformadoras del derecho de familia en la actualidad es precisamente la que confiere una atención creciente a las necesidades y demandas de los grupos hasta aquí desprotegidos.

Pero nos estamos adelantando. Baste con decir que el cura de Synge deja repetidas veces en claro que considera a los hojalateros fuera de su esfera normal de acción e interés. Considera a Michael y Sarah como distintos de “mis parejas que viven por aquí”. Está, en rigor, tan intrigado por el interés de Sarah en casarse como lo están Michael y su madre. Cuando, durante la discusión por el costo de la boda, Sarah se echa a llorar ante la idea de que tal vez nunca consiga casarse, el sacerdote exclama sorprendido: “Qué raro de tu parte llorar así, con esa vida de errabundeos que llevas por los caminos”.

Al considerar la pregunta de por qué Sarah, integrante de un grupo social marginal, con sus propios hábitos de matrimonio, quiere sin embargo casarse de otra forma, nos topamos con varias teorías explicativas de entre las cuales podemos optar. Pero es preciso descartar las que hoy se nos

¹³ *Ibidem*, canon 1.116.

¹⁴ John de Reeper, “The History and Application of Canon 1098” (1954), pp. 14 y 169.

¹⁵ Max Rheinstein, “The Family and the Law” (1974), pp. 12-13.

vienen en seguida a la mente. El dramaturgo no brinda ningún elemento para suponer que Sarah aspire a mejorar su posición económica o a ‘legitimar’¹⁶ a sus hijos por la vía de insertarse en el marco de ciertos derechos y deberes legales concernientes al matrimonio. Ni tampoco nos ofrece Synge la más leve insinuación de que para la chica el matrimonio efectuado por un sacerdote se relacione en algún sentido con la salvación de su alma inmortal. Parece, más bien, preocupada de la aprobación social de otros grupos distintos al de los hojalateros. Una vez casada, piensa ella, “nadie más se arrogará el derecho de ofenderme y yo andaré vendiendo cacharros en Wicklow o Wexford o en la propia Dublín”.

Pero ¿por qué habría de marcar tanta diferencia una ceremonia hecha a la rápida? Para los fines de nuestro estudio, esta pregunta viene a plantear el tema de cómo ciertas representaciones imaginarias que operan dentro del derecho pueden afectar en ocasiones la forma en que la gente percibe y experimenta la realidad de algo tan crucial en nuestras vidas como es el matrimonio. Estamos habituados a percibir el derecho como una instancia moldeada de manera importante por las creencias y el comportamiento, pero con suma frecuencia soslayamos el carácter reflejo y continuo de la interacción entre las leyes, las ideas, los sentimientos y el comportamiento humano. Con frecuencia, encandilados por el poder coercitivo del derecho, tendemos a minimizar sus facetas persuasivas y constitutivas.

En la obra de Synge, es Mary Byrne quien tiene la última palabra (inspirada, sin duda, por la necesidad de aclarar del mejor modo posible la situación que ha provocado su propio anhelo de saciar su sed). Y le dice a Michael, aun temeroso de la amenaza temprana de Sarah de abandonarlo en caso de que no se case con ella: “¿Y te parece que pagar con oro a Su Reverencia hará que una mujer se desista cuando lo que quiere es largarse?” Con Sarah, cuyas esperanzas de matrimonio se han visto defraudadas, la anciana habitualmente grosera y borracha adopta por primera vez un tono amable: “Es tu derecho y muy bueno para ti, seguro, Sarah Casey, pero ¿qué bien te hará? ¿Crees que por ponerte ese anillo en el dedo no te vas a convertir en una vieja y a perder ese bello rostro tuyo, o que eso va a aminorar tus pesares?” Sintiendo levemente culpable —aunque no dema-

¹⁶ Nótese que la clasificación legal de hijos nacidos fuera del matrimonio legal como ‘ilegítimos’ puede corresponder o no a nociones sociales de legitimidad. La definición legal de legitimidad es función de la definición que se tenga del matrimonio legal, mientras que la definición que hace un sociólogo del concepto ha de tener en cuenta otras pautas culturales además de las legales. Nótese también que la categoría legal de ‘ilegitimidad’ puede incluir a niños que viven en familia con ambos progenitores, mientras que el conjunto de los hijos ‘legítimos’ incluye a muchos que viven con un solo progenitor.

siado— por lo que ha ocurrido, la vieja Mary reafirma las tradiciones de la gente ambulante: “Largo tiempo hace que hacemos las cosas a nuestro modo —padres e hijos, y los hijos de los hijos, madres e hijas y de nuevo las hijas de sus hijas— y nunca nos ha hecho falta ir a la iglesia a prestar ningún juramento”.

Así, pues, la propia noción de ‘casarse’ que Sarah maneja ahora queda abandonada, al final, en la acequia, con el cura y el anillo de bodas. ¿Por qué querría una pobre hojalatera, casada y desposada según la costumbre y ante los ojos de Dios, estar adicionalmente casada por una autoridad? Quizás fuera —como sugiere la vieja Mary— por “el influjo de la luna”. Pero a la vuelta del siglo Irlanda estaba también cambiando y como parte de ese cambio la gente como Sarah comenzaba, en todo el mundo, a asociar la legitimidad con la legalidad.

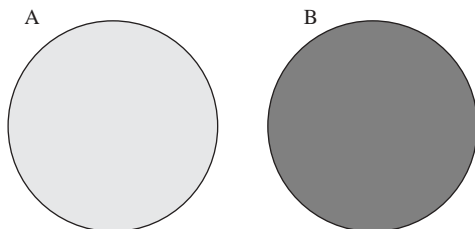
¿Qué es el matrimonio?

El título de esta sección no busca, en rigor, ninguna respuesta y más bien invita a reflexionar en torno a la pregunta, y a refinarla gradualmente. Supongamos que existe un conglomerado de hombres y mujeres casados según las normas del sistema jurídico al que están sujetos. Llamémosle el ‘conjunto A’. Ahora supongamos que hay además otro conjunto de hombres y mujeres cohabitando en uniones compenetradas de una cierta idea de permanencia y que son explícitas ante la comunidad pertinente y aprobadas (o cuando menos no desaprobadas) por ella. Llamémosle a este segundo grupo el ‘conjunto B’ (ver Figura N° 1).

En el conjunto A, como lo hemos definido, el matrimonio es aquello que el sistema legal lo considera como tal¹⁷. Los contenidos del conjunto B son susceptibles de mayores comentarios. Al conformar el conjunto B con los enlaces heterosexuales que tienen alguna noción de perdurabilidad y en los que las partes testimonian ante el medio social al que pertenecen (parientes, vecinos, clan, comunidad) que se consideran a sí mismas como pertenecientes la una a la otra, y que son además aceptadas como tales, he

¹⁷No cabe asumir, sin embargo, que siempre será tan fácil determinar el contenido de este conjunto. Puede que el sistema legal defina el matrimonio con referencia a las normas de algún otro sistema, como aquí se lo describe en la nota 22. O bien puede ser que el propio sistema legal reconozca más de un tipo de matrimonio, por ejemplo, el matrimonio ‘pleno’ y los matrimonios que tienen menos efectos jurídicos que el matrimonio pleno, como los matrimonios morganáticos de las familias reales y aristocráticas europeas, o la unión de esclavos masculinos y femeninos, conocida en el derecho romano como *contubernium*.

FIGURA N° 1



incluido cierto comportamiento que un sociólogo o antropólogo podría caracterizar como ‘conducta matrimonial’. El factor de la duración pretendida no significa que los enlaces que conforman el conjunto B sean necesariamente permanentes o al menos perdurables, ni, tal y como está configurado este conjunto, es preciso que esos enlaces sean sexualmente exclusivos o siquiera monógamos. Ni es el elemento de legitimación (en el sentido de aprobación social) isomorfo con el concepto de legalidad. Sigo aquí a René König, sociólogo de la familia, en el empleo de factores como la duración pretendida, la práctica de dar testimonio y la legitimación, para contribuir a superar las dificultades implícitas en definir aquello que transforma a una relación sexual en un ‘matrimonio’¹⁸. Sin embargo, la imprecisión de esos términos deja varios casos en situación difícil de clasificar. Particularmente, las distinciones entre la conducta sexual aprobada y la que no lo es atraviesan, en todas partes, por continuos cambios. El conjunto B es, pues, un conglomerado con filtraciones, que incluye una amplia gama de uniones formales e informales, algunas de las cuales son reconocidas por el sistema legal y otras no.

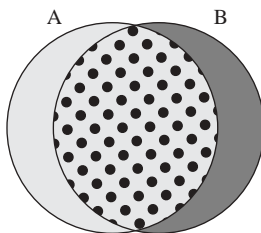
Nótese que, aun cuando pueda ser útil, o incluso esencial, que diferenciemos en teoría entre el conjunto de matrimonios *de jure*, por una parte, y el conjunto de matrimonios *de facto* o de comportamientos pareci-

¹⁸ König, “Sociological Introduction” (1974), p. 39. Los tribunales norteamericanos han batallado heroicamente con este problema al intentar determinar si ha tenido lugar o no un matrimonio legalmente reconocido por el *common law*, y cuándo ha tenido lugar. Por ejemplo, se ha sostenido que un matrimonio de acuerdo con el *common law* existe cuando una pareja ha pasado unas pocas noches junta en un hotel, *Madewell v. United States*, 84 F. Supp. 329 (E. D: Tenn, 1949), pero no en el caso en que el hombre murió poco después de que la pareja se registrara en la recepción del hotel, *Estate of Kieg*, 140 P. 2d 163 (Cal. App. 1939).

dos al conyugal, por la otra, en los países que son el principal objeto de nuestro estudio, los dos conjuntos se superponen (ver Figura N° 2).

La intersección de los conjuntos A y B es el conjunto de las uniones *de facto* a las que el Estado confiere el sello de matrimonios legales, y el Estado es, en los países que nos interesan, la instancia de control social que tiene el monopolio jurídico sobre el matrimonio y el divorcio. La porción del conjunto A que no se interseca con el conjunto B incluye a aquellos hombres y mujeres entre los cuales existe un nexo marital legal, pero no en una unión *de facto* entre ambos. En la experiencia cotidiana, esto incluiría, entonces, a parejas separadas aunque no divorciadas y a aquellas parejas entre las cuales se ha puesto fin a la unión *de facto*, pero no al vínculo legal, mediante el mecanismo a veces conocido como *el divorcio de los pobres*: la partida de uno de los cónyuges, sin que éste tenga intención de volver.

FIGURA N° 2



La fracción del conjunto B que no se interseca con el conjunto A incluye a todas esas uniones *de facto* tal y como ellas fueron definidas previamente, las cuales no son reconocidas como matrimonios por el sistema legal. En la experiencia cotidiana de los países en consideración, esto incluiría la cohabitación sin adecuarse a los procedimientos establecidos por el Estado para la constitución de un matrimonio legal. Aquí encontraríamos, por ejemplo, a individuos que cohabitan y que han elegido no casarse legalmente, como también a aquellos que están impedidos de formar un matrimonio legal porque existe un matrimonio legal previo no

disuelto de una o ambas partes¹⁹. El conjunto B incluiría también a personas que cohabitan en el seno de matrimonios religiosos no reconocidos en su validez legal por el Estado. Esto puede ocurrir ocasionalmente, por ejemplo, en países como Francia y [la ex] Alemania Occidental, donde el matrimonio civil es obligatorio, o en Irlanda, donde no existe el divorcio y el matrimonio religioso de una persona cuyo matrimonio anterior ha sido disuelto por anulación eclesiástica no es reconocido como válido bajo el derecho secular*.

En la práctica, en los cuatro países cuyas normas legales examinamos en este libro, la superposición entre los conjuntos A y B es considerable, como sugiere en términos gruesos la Figura N° 2. La mayor parte del comportamiento matrimonial ocurre, en esos países, dentro de un marco legal. La facilidad del divorcio ayuda a reducir esa porción del conjunto A que no se intersecta con el conjunto B. Pero esa parte del conjunto B que no se intersecta con el A, las uniones no legales *de facto*, ha aumentado considerablemente en años recientes, acompañada del desarrollo de todo un cuerpo nuevo del derecho de cohabitación. La decreciente sujeción del comportamiento marital a las normas legales es, en las sociedades occidentales, tan notoria que quizás no sea preciso hacer hincapié en que los contenidos de los conjuntos A y B y su relación entre sí han variado enormemente de una época a otra y de un lugar al otro.

La amplitud de tales variaciones queda clara cuando nos remontamos hacia atrás, lejos de nuestro contexto histórico y cultural inmediato. En la Europa Occidental previa a la Reforma, por ejemplo, *no había* un conjunto A de vínculos legales creados con sujeción a las normas del Estado secular²⁰. Más bien deberíamos hablar de matrimonios reconocidos como

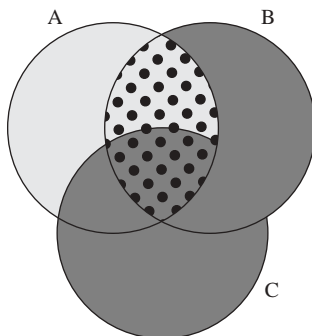
¹⁹ La institución norteamericana del matrimonio de acuerdo con el *common law* pertenece al conjunto A, porque es una modalidad del matrimonio legal, reconocida como tal en unos catorce estados cuando un hombre y una mujer, legalmente aptos para casarse, acuerdan convertirse en marido y mujer y “en presentarse ante el mundo como tales”. El matrimonio de acuerdo con el *common law* es, en la teoría jurídica, vinculante hasta que se lo termina mediante un divorcio legal formal. Lo mismo vale en Escocia para el matrimonio “según la costumbre y el reconocimiento” [“by habit and repute”]. También pertenecen al conjunto A esas uniones transformadas en matrimonios legales por un tipo de legislación usual en los países de Centro y Sudamérica, siempre que la cohabitación estable durante un cierto número de años sea el equivalente del matrimonio formal. En América Latina, donde el requisito para un matrimonio formal establecido por el Concilio de Trento estuvo suspendido en su aplicación durante largo tiempo, dada la escasez de sacerdotes en la región, el matrimonio informal es aún hoy muy común. Véase José Arraras, “Concubinage in Latin America” (1963), p. 330.

* En el original en inglés: *secular*. La expresión ‘secular’ se ha mantenido aquí, y posteriormente, en el sentido de no religioso o no eclesiástico. [N. del T.]

²⁰ En el mundo medieval, el ‘derecho’ no era equivalente al sistema de normas sancionado por el Estado, porque el ‘Estado’ como tal era sólo una de entre varias otras organizaciones políticas que se disputaban entre sí la jurisdicción sobre distintas facetas de la vida social y, a la vez, el poder político.

tales bajo las normas establecidas por otras organizaciones de control social, principalmente aquellas del derecho canónico. Incluso hoy, muchos hombres y mujeres de Inglaterra, Francia, los Estados Unidos o [la ex] Alemania Occidental se consideran a sí mismos subordinados a los sistemas jurídicos de la Iglesia de Inglaterra o de la Iglesia Católica, o del derecho islámico o judío. Dichos sistemas legales de índole religiosa son ahora independientes del Estado, y el derecho marital que proponen ya no es reconocido por los Estados que nos ocupan, salvo en un grado limitado en Inglaterra. Para tales personas hemos de configurar un conjunto C, el de los lazos matrimoniales establecidos según el derecho que rige al grupo religioso de una de las partes. Puede que dicho conjunto se superponga, aunque no necesariamente coincida, con los otros dos conjuntos de los nexos *de facto* o legales (ver Figura N° 3).

FIGURA N° 3



En países en que el derecho de familia inspirado en un credo particular es aún importante, como en Israel, la India y muchas naciones islámicas, lo habitual no es que la reglamentación legal del matrimonio coincida sólo accidentalmente con la reglamentación religiosa. Aunque en los Estados Unidos y Europa Occidental estamos acostumbrados a sistemas de regulación conyugal directa por el Estado, ello no es en ningún caso el modo universal de reglamentación en el mundo de hoy. En muchas sociedades de naturaleza pluralista, en las que el sistema legal debe integrar diversas prácticas maritales e ideales culturales, resulta útil diferenciar, como hiciera Max Rheinstein, entre los patrones *occidental* y *oriental* de

regulación de los asuntos familiares²¹. Él mismo empleaba estos términos, no en un sentido geográfico estricto, sino más bien para diferenciar, respectivamente, entre aquellos países que tratan las cuestiones del derecho de familia como sujetas en principio a las leyes del Estado secular, y los que las tratan como regidas en principio por el derecho consuetudinario o religioso de los grupos a los que pertenecen los individuos involucrados.

Dentro del patrón occidental, uno puede diferenciar a la vez dos variantes fundamentales. La primera intenta establecer mecanismos legales que se correspondan con los patrones de creencias o de comportamiento ampliamente compartidos por los grupos y subgrupos de los que se compone la sociedad. Éste es el enfoque adoptado en Inglaterra, Francia y varios otros países europeos. No hace falta decir que el derecho secular de familia de esta índole no coincide jamás plenamente con *todos* los patrones de vida verdaderamente existentes en la sociedad. Así, algunos países, como los Estados Unidos y Suecia, han adoptado un enfoque alternativo en base a lo que Rheinstein denominaba la *ideología de la tolerancia*. El derecho secular de familia se abstiene por lo general, en tales países, de intentar articular una moral común. Y se limita a definir meramente los actuales límites externos de la diversidad permisible en los asuntos familiares (por ejemplo, la prohibición de la poligamia simultánea), al tiempo que deja el máximo espacio para la libre elección y evita cualquier juicio de valor aparte de los que propicien la libertad individual.

La opción ‘oriental’ del pluralismo se da en muchos países donde coexisten varias comunidades religiosas y étnicas bien definidas, con sus propias normas conyugales establecidas, como ocurre en la India, Indonesia, Israel, Líbano y en la mayor parte de los países islámicos, aunque no en todos ellos²². Una variante de este enfoque queda ejemplificada por la India, donde los jueces estatales de los tribunales seculares aplican a ciertas materias, como las cuestiones matrimoniales y el divorcio, leyes religiosas inspiradas en los credos hindú, musulmán, parsi, cristiano y judío. El modelo predominante, empleado en Israel y en varios de los países islámicos, deja las cuestiones relativas al estado de la persona para ser resueltas por los tribunales religiosos o los tribunales a que acostumbran recurrir los grupos involucrados. En los sistemas orientales, entonces, el conjunto A incluye al C.

²¹ Rheinstein, “The Family and the Law” (1974), pp. 8-10.

²² En estos sistemas, en que la jurisdicción sobre los asuntos familiares depende del grupo al que pertenecen una o ambas partes, pueden aflorar complejos conflictos jurídicos y problemas jurisdiccionales cuando personas de distinta religión o de distintos grupos o nacionalidades están involucrados en un mismo caso, o cuando el *status* de personas casadas o divorciadas en un país ha de ser determinado por los tribunales de otro.

Los países cuya legislación examinamos en este libro optaron hace ya mucho tiempo por un derecho de familia que suele ser promulgado y aplicado por los organismos estatales y se han olvidado, en buena medida, de que el matrimonio y los asuntos familiares estuvieron alguna vez regulados, en lo esencial, por las convenciones, la costumbre, la ética o las normas religiosas. Con todo, la regulación legal de tales asuntos, en el sentido moderno del término, no existía en la Europa previa a la Reforma y ellos fueron ampliamente ignorados por el derecho de la época romana. Una de las preguntas planteadas por los desarrollos recientes, que son la materia del presente volumen, es la de si el actual período de cambios en el derecho de familia de todos o algunos de los países aquí examinados apunta, en su orientación, a un vaciamiento progresivo del conjunto que agrupa a las relaciones conyugales de carácter legal. Ciertamente es, como ha sostenido un autor sueco, que el desarrollo jurídico de su país ha estado marcado por una mengua del interés oficial en el matrimonio como institución²³. De ser efectivamente así, ¿estará Suecia marcando el rumbo, como tan a menudo ha ocurrido en el área del derecho de familia, que habrán de seguir tarde o temprano otros países occidentales?

En este momento caben otras tres observaciones. En primer lugar, las mismas distinciones, recién bosquejadas, entre matrimonio legal, matrimonio *de facto* y uniones reconocidas como ‘matrimonios’ bajo el derecho de inspiración religiosa o el derecho consuetudinario, se perciben en otras instituciones que son a la vez legales y sociales. Así, por ejemplo, más adelante habremos de diferenciar entre divorcio legal, terminación *de facto* del ‘matrimonio’ y disolución de los vínculos conyugales bajo el derecho religioso o consuetudinario. En segundo lugar, cuando examinemos cómo las antiguas normas legales se vieron afectadas por vertiginosos cambios en las costumbres, advertiremos que, al aumentar las discrepancias entre las normas jurídicas y el comportamiento conyugal real dentro de la sociedad, comienza a perfilarse con mayor nitidez una institución matrimonial en las sombras dentro del conjunto de las uniones *de facto*. Y a medida que esta versión en las sombras* de la institución del matrimonio formal crece en amplitud e importancia, al punto que el sistema legal ha de tenerla en cuenta de uno u otro modo, sufre un nuevo viraje la relación entre el derecho, el comportamiento y las ideas. Finalmente, aparte de la distinción

²³ Comentario de Jacob Sundberg en que se refiere al hecho de que las directrices para la reforma del derecho de familia formuladas en 1969 por el Ministerio de Justicia sueco especificaban que el borrador de la futura legislación no debía favorecer en modo alguno a la institución del matrimonio por sobre otras formas de cohabitación. Véase Jacob Sundberg, “Nordic Laws” (1971), p. 40.

* En el original en inglés: ‘a shadow institution of marriage’. (N. del T.)

entre el matrimonio como institución legal y como institución social, será de gran utilidad, al leer los capítulos subsecuentes, tener en mente una segunda distinción, la cual descansa enteramente en el ámbito de las regulaciones legales: la distinción, en cuanto a su consecuencia jurídica, entre el estado de casado y el de no casado. Aquí también comprobaremos que están ocurriendo cambios de vasto alcance, y que una distinción que alguna vez fue de importancia ha comenzado a desdibujarse.

El camino recorrido desde Roma

Cualquier texto sobre el derecho de familia, quizás incluso más que aquellos relativos a otras áreas del derecho, ha de enfrentarse al problema de la compleja relación entre los hechos que ocurren en el ámbito del derecho y las prácticas sociales generalizadas, o eso que los historiadores franceses denominan las *mentalités*. Como dijo una vez Otto Kahn-Freund acerca del derecho de familia, “aquí, más que en ningún otro caso, ha de entenderse el derecho como el fruto de determinadas fuerzas sociales y como una fuerza que a su vez repercute en la sociedad, en los hábitos y convicciones de la gente”²⁴. Pero esto es algo más fácil de decir que de llevar a cabo. Con frecuencia, es posible rastrear la irrupción de normas y de ciertos rituales jurídicos en las ideas o prácticas de grupos influyentes, pero es extremadamente difícil determinar qué efecto pueden tener los constructos legales en sí sobre las actitudes o el comportamiento de la gente. El estudio de Max Rheinstein acerca de la legislación del divorcio y el comportamiento conyugal en varios países estableció que no hay una relación clara y simple entre una ley de divorcio estricta y la estabilidad matrimonial en una sociedad determinada, ni entre una ley de divorcio indulgente y la inestabilidad marital²⁵. Sus hallazgos, que desafiaban las creencias ampliamente sostenidas en la época en que inició su labor, han sido apoyados por estudios ulteriores²⁶. Dichos estudios no arrojan, sin embargo, demasiada luz sobre los posibles efectos indirectos y a largo plazo de las normas legales o de cambios abruptos en las tradiciones legales de larga data.

La historia y la leyenda, al igual que el mundo que nos rodea, nos sugieren abundantes ejemplos de ciertas conductas que se resisten a quedar

²⁴ Otto Kahn-Freund, citado por Aidan R. Gough en “Book Review” (1974), p. 118.

²⁵ Rheinstein, *Marriage Stability, Divorce, and the Law* (1971).

²⁶ Jacques Commaille, Patrick Festy, Pierre Guibenti, Jean Kellerhals, Jean-François Perrin y Louis Roussel, *Le divorce en Europe Occidentale: La loi et le nombre* (1983).

reguladas por decreto. De Jerjes, a quien el Libro de Ester le atribuye la imposición de esa ley inmutable de los medos y los persas según la cual el marido era el cabeza de familia, se suele decir también que envió a sus soldados, látigo en mano, a azotar el mar embravecido para que se le sometiera. Las normas legales tienen con seguridad cierto efecto en la forma de pensar, sentir y actuar de la gente, pero es sorprendente comprobar la porfía con que las formas de comportamiento en la vida familiar parecen seguir sus propios patrones, independientemente del sistema legal.

Un milenio entero de regulación matrimonial en lo que ahora es Italia nos da un ejemplo claro de ello. En la época de la última república romana y en la Roma imperial, sabemos de buena fuente que “el matrimonio era para los romanos, como para otros pueblos de la antigüedad, una cuestión *de facto* más que *de jure*, pues se daba por sentado que dos personas estaban casadas no porque hubieran tomado parte en alguna ceremonia en particular sino porque vivían de hecho como marido y mujer”²⁷. Era frecuente, al parecer, que los matrimonios partieran con alguna ceremonia de algún tipo: en lugar de darse una bofetada en la oreja, podía ocurrir en Roma que la novia cruzara el umbral de la casa del novio en los brazos de éste y que recibiera obsequios relacionados con el fuego y el agua. Y al igual que el vínculo matrimonial se iniciaba con la vida en común, solía concluir cuando uno de los dos esposos ponía término a la vida en común. El divorcio estaba al alcance de cualquiera de las partes y, a finales de la última república, se nos dice que se había convertido en algo habitual, al menos entre las clases altas (los únicos sectores de la sociedad romana de los que, por lo demás, tenemos conocimiento)²⁸. La formación de un matrimonio romano no era una transacción legal, sino un hecho empírico que, por cierto, tenía consecuencias legales.

Incluso después de la conversión de Constantino, las cosas no variaron con celeridad. Como escribe Rheinstein, “la libertad plena de terminar un matrimonio era una norma tan firmemente arraigada en la tradición que llevó siglos de ingentes esfuerzos cristianos sustituirla por el novedoso principio de la indisolubilidad”²⁹. En rigor, esta nueva doctrina requirió de algún tiempo para consolidarse en las propias enseñanzas de la Iglesia. Al principio, la legislación romana posterior a Constantino no hizo más que amenazar con un castigo al marido que repudiaba a su esposa sin motivo. El intento, en el 542 d. C., del emperador bizantino Justiniano de ampliar

²⁷ H. F. Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman law* (1967), p. 113.

²⁸ *Ibidem*, p. 245.

²⁹ Rheinstein, *Marriage Stability, Divorce, and the Law* (1971), p. 16.

las penas existentes al divorcio por mutuo consentimiento fue tan impopular que su sucesor las descartó prontamente.

El matrimonio se hizo indisoluble sólo cuando, tras varios siglos de lucha, la Iglesia obtuvo la jurisdicción de sus propios tribunales sobre las causas matrimoniales³⁰. Una vez establecida dicha jurisdicción en los varios estados y reinos que abarcaba el territorio de la Italia de hoy, el principio de la indisolubilidad del vínculo matrimonial se convirtió en una norma legal (excepto por el breve período de gobierno napoleónico), hasta que un polémico referéndum nacional introdujo el divorcio, en diciembre de 1970. En gran medida, el comportamiento marital quedó orientado, a través del tiempo, por las normas del derecho canónico. Por otra parte, en todo el extenso período de indisolubilidad legal, muchos italianos siguieron la antigua costumbre de disolver sus respectivas uniones con el mero alejamiento, ni siquiera molestándose en aprovechar la posibilidad de divorcio brevemente introducida por las leyes francesas impuestas en el curso de la conquista napoleónica³¹. En 1958, ciertas estimaciones hechas a raíz de las propuestas para la introducción del divorcio indicaban que había cerca de seiscientos mil parejas casadas en Italia cuya vida en común había terminado de hecho, y que cerca de un millón de hombres y mujeres italianos vivían en uniones irregulares, en las que uno o ambos estaban legalmente casados con alguien más, distinto de la persona con la que cohabitaban. En 1969, un informe de la Cámara de Diputados de Italia afirmaba que había entonces 1,16 millón de parejas separadas en el país. Muchas de ellas incluían a las llamadas ‘viudas de blanco’, cuyos maridos trabajaban en otros países europeos. La cifra de personas en situaciones de cohabitación informal (descontando las uniones formadas por trabajadores italianos en el extranjero) fue estimada en cerca de cuatro millones, cuando se incluía a los hijos. Así, pareciera que, durante un largo período, las prácticas del matrimonio y la separación informales estuvieron tan arraigadas en Italia como el ideal de la indisolubilidad del vínculo. La estricta ley del divorcio italiana de 1970 no representó, en ningún caso, una vuelta a las circunstancias legales que prevalecían en la materia en la era romana. Más bien pareció un intento de adecuar en algún sentido el derecho al comportamiento de la población y de incorporar a la legalidad a los hogares *de facto*.

El curso seguido por la regulación del matrimonio en Italia sugiere múltiples interrogantes. ¿Cómo y por qué se consolidaron en primera ins-

³⁰ Véase, en general, *ibídem*, pp. 7-28, y nota 64 más adelante.

³¹ Para una caracterización detallada del derecho matrimonial italiano hasta la reforma de 1970, véase Walther Fleig, *Die Ehescheidung im italienischen Recht* (1975), pp. 19-38.

tancia en el derecho las ideas de indisolubilidad y del matrimonio ritual? ¿Cómo lograron conseguir el derecho canónico y más tarde el derecho secular —en la medida en que lo consiguieron— la aceptación general de estas nociones, aunque no su práctica generalizada? Si el ideal de la indisolubilidad contemplado en el derecho de inspiración religiosa, y finalmente en el derecho secular, no estaba en consonancia con una fracción significativa del comportamiento marital de los italianos, ¿por qué fue tan difícil asegurarse la aceptación del nuevo principio legal de disolubilidad limitada del vínculo? ¿Hay alguna razón por la que los ideales encarnados en el derecho deban reflejar cualesquiera modalidad o formas de conducta generalizadas en la sociedad? O, por el contrario, ¿tienen el Estado o la sociedad algún interés particular en preservar un simbolismo jurídico que *no* se corresponde exactamente con los patrones de conducta reales? ¿Tienen los individuos algún interés en preservar dicho simbolismo? ¿Cuál es la relación de la política y las ideas con el derecho de familia y el comportamiento familiar, y viceversa?

El mero hecho de trazar las principales etapas del proceso a lo largo del cual el matrimonio se transformó en una institución legal en Occidente, y las principales formas en las que el interés oficial por la familia se manifestó antes del siglo veinte, arrojan una luz significativa sobre las cuestiones planteadas. Sumado a todo ello, un breve recuento de ese proceso nos ayuda a explicarnos cómo fue que el derecho de familia en Occidente hizo suyas las formas que ya estaban practicándose cuando los hechos a los que este libro está abocado comenzaron a ocurrir.

De la costumbre al derecho

¿Qué pretendía usted entrometiéndose en nuestros asuntos, cuando hace tantísimo tiempo que actuamos a nuestro modo...?

J. M. Synge, *La boda del hojalatero*³²

La regulación a base de normas legales oficialmente promulgadas no es más que una forma posible de control social. Por añadidura, es una modalidad surgida en gran escala tan sólo en fecha relativamente reciente en el curso de la historia, como un elemento característico de aquellos procesos de racionalización y consociación que han ido permeando gra-

³² Véase Synge, *The Complete Plays of John M. Synge* (1960), p. 207.

dualmente todas las facetas de la vida social³³. Un espíritu inquisitivo podría, así pues, preguntarse, al contemplar los elaborados sistemas del derecho de familia que hoy nos circundan, cómo fue que los asuntos matrimoniales y familiares que alguna vez estuvieron regidos sólo por la costumbre, la ética, las convenciones o la religión, llegaron a regularse en un grado tal por el derecho. Sabemos, por vía de ejemplo, que las parejas de hombres y mujeres cro-magnones no se presentaban ante un funcionario para que los uniera en un vínculo, ni debían pedirle permiso a ningún juez para separarse. ¿Cómo, entonces, las innovaciones ocurridas en el derecho de Occidente se convirtieron, en buena medida, en nuestros actuales hábitos matrimoniales?

Nadie sabe cuándo ocurrió el giro desde los patrones biológicos de apareamiento hasta las formas culturales. Ni, para el caso, nadie sabe mucho hasta ahora acerca de lo que es innato y lo que es cultural en el hombre. Con la ayuda de los etólogos, antropólogos y sociólogos, hemos llegado a entender en algún grado cómo evolucionaron los distintos hábitos y rituales de apareamiento en las sociedades más simples, pero los orígenes de ciertas constantes y hábitos del comportamiento humano están todavía envueltos en tinieblas.

En lo que hace a los antecedentes germánicos y romanos de los modernos sistemas occidentales, los historiadores han sido capaces de aclararnos en parte cómo se manifestó originalmente el interés en aparearse, en las comunidades o grupos de parentesco, y nos han hablado de las formas tempranas de jerarquización y *status* derivadas del matrimonio y los nacimientos. El matrimonio era un *status* social categórico, pero la boda o el rito matrimonial parecen haber cobrado importancia únicamente en circunstancias especiales, en particular allí donde había intercambios patrimoniales. Se dice que las dos formas más tempranas de rituales matrimoniales romanos fueron un ceremonial religioso que practicaba la clase patricia y una forma de adquisición simbólica. Aunque hay rastros de matrimonios iniciados ‘por captura’ en las leyes germánicas tempranas, la forma habitual era un matrimonio por compra y venta cuya principal función parece haber sido la de proporcionar a la parentela de la novia la opción de regatear a cambio de un trato honorable para ella como esposa y como viuda³⁴. Entre los germanos de los primeros tiempos, el matrimonio difería de otras uniones sexuales en que la esposa y los vástagos del matrimonio disfruta-

³³ Max Weber, en Max Rheinstein (ed.), *Max Weber on Law in Economic and Society* (1954), p. 35.

³⁴ Rudolph Hübner, *A History of Germanic Private Law* (1968), p. 593; Frederick Pollock y F. W. Maitland, *The History of English Law* (1968), Vol. 2, p. 364.

ban, frente al marido y sus parientes, de una posición más segura que otras mujeres con quienes éste podía haber cohabitado y que la descendencia de ellas³⁵. La distinción entre matrimonio legítimo y otras uniones que, aunque no eran reprobadas, tenían un *status* inferior aparece no sólo en los sistemas más primitivos sino también en el derecho romano y el derecho civil de muchas naciones del continente europeo, en el lapso que va hasta los inicios de los tiempos modernos.

Desde una perspectiva sociológica, la significación del matrimonio legítimo radica en que posibilita que la familia opere como una institución conferidora de *status*. Tan sólo la esposa y los hijos legítimos comparten la posición social de su esposo y padre. En la costumbre generalizada de las familias de alto rango de entregar en matrimonio a sus hijas sólo cuando existe la seguridad de un *status* preferencial para la hija y sus vástagos, Max Weber veía el origen de las primeras características *legales* del matrimonio: la dote, el compromiso de apoyar a la esposa y de compensarla en caso de abandono, y la posición sucesoria de sus hijos³⁶.

En culturas o grupos sociales en que el matrimonio es sencillamente la decisión de las partes de vivir juntas y criar a los hijos en común, y donde el matrimonio no implica intercambio alguno de posesiones, la relación de pareja tiende a ser disuelta simplemente por la desertión o separación de las partes³⁷. Pero, a medida que la formación del matrimonio se va tornando más compleja, también se suele complicar el procedimiento para su disolución. El énfasis puesto en los procedimientos para ambos casos parece variar con las funciones que ejercen la jerarquización y la propiedad. Allí donde éstas son relevantes, aparecen normas para diferenciar claramente qué relaciones sexuales darán origen a ciertos derechos. Surge la necesidad de justificar la disolución del matrimonio y de proporcionar motivos para contestar a las objeciones de los parientes³⁸.

Era el caso ya en la fase temprana del derecho consuetudinario romano y germánico. Se dice que las primeras tribus germanas eran relativamente monógamas, aun cuando se toleraba una multiplicidad de esposas, y que Roma, durante sus primeros quinientos años de existencia, tuvo una tradición de estabilidad conyugal, pese a que los matrimonios eran susceptibles de disolución. En la sociedad moralmente estricta de la república

³⁵ Hübner, *A History of Germanic Private Law* (1968), p. 588.

³⁶ Weber, en Rheinstein (ed.), *Max Weber on Law in Economic and Society* (1954), p. 134.

³⁷ König, "Sociological Introduction" (1974), pp. 58-60. Véase, en busca de ejemplos contemporáneos, Jessep y Luluaki, *Principles of Family Law in Papua New Guinea* (1985), pp. 53-57.

³⁸ König, "Sociological Introduction" (1974), p. 59.

romana inicial, un hombre era censurado por repudiar a su esposa sin un motivo, como eran la esterilidad o la infidelidad³⁹. El antiguo derecho germánico reconocía la disolución del vínculo marital por acuerdo entre el esposo y los parientes de la esposa y permitía al marido, y por consiguiente a la esposa, concluir el matrimonio unilateralmente por ciertas razones de peso⁴⁰.

Por ende, en la época romana y entre los pueblos germanos que finalmente invadieron el Imperio Romano, la falta de regulación legal no significaba que el matrimonio estuviera por completo fuera de ningún control social. Ni tampoco, en el caso específico de Roma, el hecho de que el matrimonio no estuviera regulado por el derecho implicaba que este último era indiferente al matrimonio. La existencia o no de un matrimonio era indirectamente significativa para el derecho romano cuando se ocupaba de problemas que involucraban la pertenencia o no a uno de los ‘órganos’ del cuerpo político, de cuestiones sucesorias o asociadas con la muerte de alguien, y de la asignación de responsabilidades por daños civiles⁴¹. Pero al lidiar con tales asuntos, el derecho romano aceptaba como matrimonio lo que fuera que, consuetudinariamente, se hubiera postulado como tal. Como queda dicho, no reconocía, sin embargo, los matrimonios entre personas comunes y esclavos o, en cierta época, entre senadores, u otros individuos de clase alta, y mujeres de rango inferior.

En el largo período de la historia de Roma, las costumbres matrimoniales variaron considerablemente. En épocas tempranas, el matrimonio entre la clase dirigente de los patricios se iniciaba con una ceremonia religiosa, la *confarreatio*. Había otras dos formas de confirmar el estado marital: la *coemptio*, que implicaba una formalidad que se supone representaba una compra simbólica; y el *usus*, que no implicaba ninguna formalidad en particular sino que quedaba establecido cuando una pareja había vivido ya como marido y mujer durante un año. Las modalidades disponibles para iniciar un matrimonio eran, según Corbett, “en buena medida indiferentes desde el punto de vista legal” (salvo en un grado limitado en el caso de la *confarreatio*), en el sentido de que la validez del matrimonio no dependía de su observancia⁴². Originalmente, al parecer, y sin importar cómo se hubiera formado el matrimonio, éste dejaba siempre a la esposa bajo el control legal (*manus*) del marido.

³⁹ Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (1967), pp. 117-118.

⁴⁰ Jean Brissaud, *A History of French Private Law* (1968), p. 142; Hübner, *A History of Germanic Private Law* (1968), p. 613.

⁴¹ Rheinstein, *Marriage Stability, Divorce, and the Law* (1971), p. 15.

⁴² Percy E. Corbett, *The Roman Law of Marriage* (1930), pp. 68-105; 218-248.

En tiempos de la última república, estos tres métodos empleados para desposarse habían quedado obsoletos y dieron paso al así llamado *matrimonio libre y consensual*, un matrimonio sin *manus*, en el que el hombre y la mujer se casaban cuando iniciaban simplemente una vida en común, siempre que hubiera entre ellos el *affectio maritalis*, esto es, que se consideraran entre sí marido y mujer. El matrimonio libre se conoció en la época de los más tempranos códigos romanos, las Doce Tablas (451-450 a. C.). Era habitual en los siglos tercero y segundo a. C. y se convirtió en la modalidad normal de matrimonio en la última república. No había nada excepto el *affectio maritalis* para diferenciar al matrimonio libre de cualquier otro tipo de unión sexual. Si esta condición mental cesaba en alguna de las partes, el matrimonio llegaba, en principio, a su fin. Legalmente, el matrimonio libre se consideraba disuelto cuando las partes se separaban por mutuo acuerdo, o cuando uno de los esposos abandonaba el hogar y notificaba al otro su intención de terminar la relación. En cierta época, bien pudo haber ocurrido que fuera sólo el marido quien podía terminar unilateralmente el vínculo. Pero al menos a fines del siglo tercero a. C., y quizás desde principios de esta centuria, las partes estaban en igualdad de condiciones a este respecto. Se ha sugerido que el uso de esta facultad del marido y la esposa de dar por concluido un matrimonio fue muy habitual en el siglo primero a. C.; y el único disuasivo para ello eran las normas que regían la devolución de la dote. Cabe afirmar, pues, que en Roma el matrimonio se había convertido en una transacción sin formalidades, susceptible de disolución por voluntad de cualquiera de las partes, y que siguió igual hasta la época de Constantino (c. 285-337 d. C.), el primer emperador cristiano.

Los emperadores cristianos pusieron escaso empeño en regular el comportamiento familiar. De Constantino a Justiniano (c. 482-565 d. C.), la legislación matrimonial romana se limitaba a castigar los repudios injustificados. Si un cónyuge repudiaba al otro sin una buena razón, él o ella podían verse obligados a devolver la dote matrimonial o perder otros derechos de propiedad. A la postre, el cónyuge ofensor podía ser incluso deportado, confinado a un monasterio o sometido a ciertas restricciones en relación con futuros matrimonios. Pero incluso estas leyes algo más restrictivas permitían repudios por alguna causa y no afectaban al divorcio por mutuo acuerdo. Su estudio llevó a John Noonan a la conclusión de que la legislación de los emperadores cristianos presumía que los matrimonios eran disolubles y consideraba el nuevo matrimonio como la secuela normal de la disolución⁴³. Según Noonan, cabe “preguntarse [...] si las prohibiciones de

⁴³ John T. Noonan Jr., “Novel 22” (1968), pp. 44-46.

divorcio introducidas desde Constantino hasta Anastasio tuvieron alguna fuerza impositiva”, en la medida en que alguien pudiera pagar el precio requerido o llegar a un arreglo⁴⁴. Naturalmente, en la medida en que las sanciones estaban asociadas tan sólo al patrimonio, cabe pensar que sus efectos reales se limitaban a las clases pudientes⁴⁵.

En un principio, ni siquiera Justiniano, el emperador bizantino tan devoto, quiso interferir en la cuestión de la disolubilidad conyugal por mutuo acuerdo, declarando en algún momento que “de aquello que ocurre entre los seres humanos, todo lo que está unido puede disolverse”⁴⁶. Más tarde, sin embargo, rompió con la tradición romana y estableció penas para el divorcio por mutuo consentimiento y también para el repudio injustificado⁴⁷. Ello no obstante, lo que es significativo, tampoco entonces afirmó que los matrimonios fueran en principio indisolubles. Sus restricciones al divorcio consensual no fueron bien recibidas ni bien cumplidas y tuvieron a la vez corta vida, siendo derogadas por su sucesor en uno de sus primeros actos de gobierno, tras ascender al trono⁴⁸.

Así, se puede afirmar que, en las postrimerías de la era romana, el derecho tenía poco que ver con la institución social del matrimonio en forma directa. La idea de regular legalmente la constitución del vínculo o el comportamiento en la vida conyugal era simplemente desconocida, y la legislación de los emperadores cristianos había intentado de modo muy limitado controlar legalmente la disolución del matrimonio, aceptando todos ellos, implícitamente, la premisa de que el vínculo podía disolverse. Por ende, en Roma y entre los pueblos germanos, el matrimonio no fue una institución legal. Para descubrir cómo se volvió una instancia formal, indisoluble y sujeta a una reglamentación oficial de vasto alcance, hemos de recurrir a otra fuente de control social, la cual, en la época de la legislación cristiano-romana, no era en modo alguno un sistema jurídico sino tan sólo un cuerpo de doctrina en evolución: el derecho canónico católico-romano.

La jurisdicción eclesiástica

La lucha por el control

Tras el desmembramiento del Imperio Romano de Occidente, en el curso del siglo quinto d. C., la Iglesia cristiana quedó no sólo intacta sino que se volvió más fuerte que nunca. Los nuevos reinos de Occidente no

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 53.

⁴⁵ *Ibíd.*, pp. 44-46.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 57.

⁴⁷ *Ibíd.*, pp. 65-68; Jean Gaudemet, *Le mariage en Occident* (1987), p. 84.

⁴⁸ Rheinstein, “The Family and the Law” (1974), p. 16.

habían desarrollado aún esas organizaciones políticas copiadas del patrón romano que habrían de derivar, subsecuentemente, en varias formas de feudalismo o, más tarde, en lo que ahora denominamos el Estado. La Iglesia ejerció gran influencia sobre el poder secular de los primeros reyes visigodos y sobre las ulteriores dinastías merovingias y carolingias, y estaba íntimamente asociada a ellas⁴⁹. Pese a ello, la consolidación de la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio y la sujeción de los asuntos conyugales a la jurisdicción eclesiástica requirieron, ambas, de varios siglos.

La aspiración de la Iglesia a la jurisdicción exclusiva sobre las causas maritales y la idea novedosa de que el matrimonio era indisoluble estuvieron ambas íntimamente relacionadas con la idea cristiana de que el matrimonio era no sólo una institución natural y un contrato entre los esposos, sino a la vez un sacramento, esto es, un canal de la gracia divina. Pero el carácter sacramental del matrimonio y el ideal de la indisolubilidad no quedaron establecidos de inmediato como dos elementos preclaros de la doctrina eclesiástica. Ambas nociones tenían poderosos defensores: San Ambrosio (c. 339-397) en favor de la indisolubilidad, y su converso San Agustín (354-430) en favor del sacramento. San Agustín abogó a su vez por la indisolubilidad, oponiéndose a los “matrimonios adúlteros” (las nuevas nupcias de alguien que ha dejado de lado a su cónyuge, incluso por algún motivo grave como el adulterio). Pero, hacia el final de su vida, volvió sobre esta materia, insatisfecho con el tratamiento que antes había dado al problema relativo a si un cónyuge que deja de lado a su pareja por adulterio comete él mismo adulterio al casarse nuevamente. En sus *Retracciones* escribió: “No creo haber llegado a una solución perfecta de esta cuestión”⁵⁰. La califica como “una cuestión en extremo difícil” y habla de sus “partes oscuras”. Lo que parecía difícil y oscuro a uno de los padres de la Iglesia con toda su erudición, lo era, en apariencia, bastante menos para los hombres y mujeres cristianos corrientes. Noonan señala que, durante toda la historia de Roma bajo los emperadores cristianos, “los cristianos podían pensar de buena fe tanto que el matrimonio era disoluble como indisoluble...”⁵¹

El mayor obstáculo a la imposición directa por la Iglesia de las nuevas ideas cristianas acerca del sexo y el vínculo matrimonial fue que, en todas partes de Europa y durante la mitad inaugural de la Edad Media, el matrimonio se consideraba un asunto personal y puramente secular. La conversión al cristianismo en el Imperio Romano y en las tierras habitadas

⁴⁹ Adhémar Esmein, *Le mariage en droit* (1929), Vol. 1, p. 14.

⁵⁰ San Agustín, *The Retractions*, en *The Fathers of the Church* (1968), 60, p. 247. Véase también Gaudemet, *Le mariage en Occident* (1987), pp. 71-74.

⁵¹ Noonan, “Novel 22” (1968), p. 87.

por las tribus germánicas no redundó automáticamente en la aceptación inmediata de las nociones cristianas de que el matrimonio debía ser estrictamente monógamo y que todas las relaciones sexuales habidas fuera del mismo estaban prohibidas⁵². Ni tampoco la Iglesia insistió en ello. El vínculo matrimonial siguió reglamentado por normas sociales relativas a la edad justa para casarse, a la elección de las partes y la descendencia legítima. A veces, tales normas estaban fundadas en la costumbre y la convención, a veces en la antigua religión pagana. La jurisdicción eclesiástica sobre el matrimonio se impuso sólo muy gradualmente y, en buena medida, en un proceso de compromiso con las prácticas nativas y adaptación a ellas, e incluso de incorporación de las mismas. Al principio, la Iglesia apenas si intentó ejercer alguna jurisdicción en nombre propio, manteniendo su intervención en los asuntos familiares dentro de los límites de la relación entre el sacerdote y el penitente⁵³. Y se involucró muy lentamente en la formación del matrimonio, por ejemplo, con la bendición del matrimonio por un sacerdote, práctica que siglos después se convirtió en un requisito.

La idea de la indisolubilidad del vínculo no prendió fácilmente en el mundo antiguo. En la Iglesia de los primeros tiempos, algunos habían sostenido la opinión de que los pasajes incluidos en los escritos de los Apóstoles, en los que los padres de la Iglesia basaban el principio de indisolubilidad, no prohibían en absoluto el divorcio, al menos en caso de adulterio⁵⁴. Con el tiempo, el punto quedó más o menos consolidado en la doctrina eclesiástica, pero la Iglesia hubo de luchar aún contra hábitos sociales hondamente arraigados. Los anglo-sajones, los francos, otras tribus germanas y los romanos habían permitido todos el divorcio. Los matrimonios eran susceptibles de disolución (sin intervención de ningún juez) por mutuo consentimiento o por el repudio unilateral, a veces mediante el pago de una multa⁵⁵. Durante siglos, cuando lo único de que disponía la Iglesia para respaldar sus normas era su facultad disciplinaria sobre los cristianos, se vio forzada a ejercer un alto grado de tolerancia. Y hasta cierto punto incluso aceptó el divorcio y las nuevas nupcias⁵⁶.

⁵² Rheinstein, *Marriage Stability, Divorce, and the Law* (1971), pp. 13-14; Gaudemet, *Le mariage en Occident* (1987), pp. 123-129.

⁵³ William W. Bassett, "The Marriage of Christians-Valid Contract, Valid Sacrament?" (1968), p. 129.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 50-51; Gaudemet, *Le mariage en Occident* (1987), pp. 45-46.

⁵⁵ Adhémar Esmein, *Le mariage en droit canonique* (1935), Vol. 2, p. 49; Gaudemet, *Le mariage en Occident* (1987), p. 106.

⁵⁶ Esmein, *Le mariage en droit canonique* (1935), Vol. 2, pp. 49-50; Brissaud, *A History of French Private Law* (1968), pp. 143-144; Hübner, *A History of Germanic Private Law* (1968), p. 614; Pollock y Maitland, *The History of English Law* (1968), Vol. 2, pp. 392-393.

En cuanto a la norma de que una pareja debía intercambiar consentimientos en presencia de un sacerdote para que el matrimonio fuera válido, ésta hizo su aparición recién en el siglo dieciséis. La variedad de hábitos matrimoniales entre las naciones cristianas fue enorme, y la Iglesia adaptó desde un principio sus propios rituales a ellos. Los cristianos comenzaron a buscar la bendición sacerdotal de sus matrimonios en fecha tan temprana como el siglo segundo, pero la posición consistente de la Iglesia (con algunas opiniones divergentes) fue que el consentimiento de las partes bastaba por sí solo para constituir un matrimonio válido y que no se requería de ninguna modalidad formal en particular para ello⁵⁷. Durante la Edad Media se desarrolló la costumbre de intercambiar promesas matrimoniales en el portal de la iglesia. Luego la Iglesia comenzó a prescribir esta ceremonia religiosa de carácter público, pero las sanciones por la no sujeción a ella no incluían la nulidad⁵⁸. Por ende, hasta el Concilio de Trento, los matrimonios privados e informales fueron tan válidos como los públicos y formales. De allí en adelante, aunque los informales ya no eran válidos, siguió ocurriendo que el factor esencial era el consentimiento, y que eran las partes, y no el sacerdote, los ministros del sacramento. Aun cuando la presencia del sacerdote se volvió obligatoria, éste asistía sólo como testigo. Por añadidura, el Concilio no imponía este requisito a todos los cristianos del mundo, por la simple razón de que no siempre había disponible, en todas partes, un sacerdote que oficiara la ceremonia.

Según Pollock y Maitland, la prolongada tolerancia y adaptación de la Iglesia a las costumbres seculares y paganas, aun cuando éstas diferían de su propia doctrina en evolución, se debieron a su preocupación por no “multiplicar los pecados”⁵⁹. Pero era, a la vez, una decisión estratégica. Cuando el Papa advirtió a los primeros misioneros irlandeses enviados a Inglaterra que no fueran en extremo severos con sus nuevos siervos en lo que se refería al incesto y el matrimonio, intentaba sin duda contribuir al éxito de su misión⁶⁰. Cuesta hacer la separación entre esta política de la Iglesia de adaptarse a las prácticas locales y la de reclamar para sí, en forma gradual pero finalmente exitosa, el control de las regulaciones atinentes al matrimonio.

⁵⁷ Richard Helmholtz señala que incluso en este punto había una discrepancia entre el derecho y la costumbre, con la mayoría de la gente aferrada a una tradición más antigua en la que se requería de la consumación para que un matrimonio estuviera completo. “Comment: Recurrent Patterns of Family Law” (1985), p. 175.

⁵⁸ De Reeper, “The History and Application of Canon 1098” (1954), pp. 148, 152.

⁵⁹ Pollock y Maitland, *The History of English Law* (1968), Vol. 2, p. 370.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 366.

El derecho canónico previo al Concilio de Trento

La jurisdicción eclesiástica sobre las causas matrimoniales y los rudimentos de un sistema de derecho canónico quedaron establecidos en lo que es ahora Francia y Alemania a fines del siglo décimo⁶¹, y en Inglaterra a mediados del duodécimo⁶². En su larga rivalidad con los poderes seculares en pos de la autoridad temporal, la Iglesia había intentado obtener el control sobre otras áreas legales, como la de las cuestiones sucesorias que sobrevenían a la muerte de alguien, la de los asuntos relativos a las tierras de la propia Iglesia y de los casos civiles y criminales que implicaban al clero⁶³. Pero sólo respecto a las causas matrimoniales encontró vía abierta y su éxito fue, a la larga, completo. La doctrina del matrimonio sacramental proveyó, al desarrollarse, la base teórica para la reafirmación de la autoridad eclesiástica sobre un área de la vida que previamente no había estado sujeta a ningún tipo de control oficial sistemático. La idea de que la regulación del matrimonio o las sentencias relacionadas con disputas matrimoniales podían o debían quedar a cargo de la comunidad política y secular no fue considerada seriamente hasta el siglo dieciséis y el advenimiento de la Reforma Protestante.

La jurisdicción obtenida por los tribunales eclesiásticos respecto del matrimonio y la aplicación, por esos mismos tribunales, de las varias doctrinas eclesiásticas que finalmente se fusionaron en un único cuerpo de derecho canónico⁶⁴, fueron algo nuevo en la historia del hombre. Weber nos entrega una descripción clásica de la forma en que la Iglesia, tras adoptar una estructura burocrática y jerárquica, desarrolló a continuación un sistema de tribunales y procedimientos y un cuerpo de normas legales del tipo que él denominó “formalmente racionales”, por completo distinto del derecho surgido de otros sistemas jurídicos de inspiración religiosa⁶⁵. El sistema normativo del derecho canónico, formulado y organizado sistemáticamente al estilo del derecho surgido con el Imperio Romano, no gozó

⁶¹ Bassett, “The Marriage of Christians-Valid Contract, Valid Sacrament?” (1968), pp. 129-130; Brissaud, *A History of French Private Law* (1968), pp. 88-89; Hübner, *A History of Germanic Private Law* (1968), p. 614.

⁶² Pollock y Maitland, *The History of English Law* (1968), Vol. 2, p. 367.

⁶³ Rheinstein, *Marriage Stability, Divorce, and the Law* (1971), p. 18.

⁶⁴ Se atribuye a Graciano el haber comenzado a aplicar la metodología escolástica al estudio de las fuentes del derecho canónico. Su *Decretum* de 1140 junto con los *decretalis* del Papa Gregorio IX en 1234 conformaron el corazón del *Corpus Juris Canonici*, que fue durante siglos la fuente oficial del derecho positivo de la Iglesia. Bassett, “The Marriage of Christians-Valid Contract, Valid Sacrament?” (1968), p. 130.

⁶⁵ Weber, en Rheinstein (ed.), *Max Weber on Law in Economic and Society* (1954), pp. 250-255.

de inmediata aceptación en la vida social, pero tuvo, con el tiempo, efectos perdurables y de gran alcance en todo el derecho de familia de Occidente, efectos que han subsistido hasta hoy.

Ahora comenzamos a discernir las respuestas a algunas de nuestras preguntas: cómo fue que el matrimonio quedó sometido a alguna forma de regulación oficial, cómo fue elaborado interpretativamente por las normas legales y cómo llegó a ser legalmente indisoluble. Pero estamos recién al principio de todo, pues hay abundante evidencia de que el matrimonio fue considerado, de manera generalizada, como un asunto básicamente privado incluso después de que se estableciera la jurisdicción eclesiástica y la norma de indisolubilidad quedara consolidada en el derecho canónico. En otras palabras, incluso cuando la autoridad de la Iglesia quedó claramente establecida *vis-à-vis* los poderes políticos (que nunca habían regulado el matrimonio como tal, en ningún sentido), sus normas no habían acabado de penetrar cabalmente en las tradiciones. La Iglesia esperó a que llegase su momento, y logró la aceptación social de sus doctrinas de la misma forma en que había adquirido la jurisdicción: mediante un proceso largo y paciente de acción e interacción cotidianas. Entretanto, el derecho matrimonial canónico adoptó la modalidad que habría de tener tan crucial importancia en el futuro, incluso allí donde la autoridad de la Iglesia ya se había erosionado.

Una vez consolidada la norma de la indisolubilidad, sobrevino una consecuencia de gran importancia. Se hizo necesario enumerar con todo detalle y precisión qué tipo de uniones no eran susceptibles de disolución, y fuera de las cuales todo intercambio sexual era considerado ilícito. El *matrimonio* hubo de ser definido con más precisión que nunca antes. A partir de esta necesidad, sobrevino todo el complejo sistema del derecho canónico relacionado con los impedimentos y prohibiciones matrimoniales. La multiplicación de estas causas de nulidad hizo necesario a su vez investigar antes del matrimonio si había, de hecho, impedimentos, lo que dio origen a la publicación de edictos y a la insistencia de la Iglesia en los matrimonios públicos⁶⁶, a la vez que la llevó a elaborar procedimientos para declarar no válidos los matrimonios. Puesto que el matrimonio entre personas sin ningún impedimento se basaba únicamente en el consentimiento, se volvió relevante determinar si dicho consentimiento era libre y real. El resultado fue que la aparente rigidez del principio de indisolubilidad quedó conside-

⁶⁶ Antes de convertir el matrimonio público en requisito, el derecho canónico había desarrollado una distinción entre el matrimonio plenamente lícito y aquellos matrimonios informales que sí eran válidos, pero cuya naturaleza "ilícita" podía exponer a las partes a la sanción pública. Helmholz, "Comment: Recurrent Patterns of Family Law" (1985), p. 178.

rablemente mitigada en la práctica por las reglas sobre el consentimiento y por la existencia de una variedad de causales potenciales para la anulación, basadas en las relaciones sanguíneas o de parentesco político, en la afinidad espiritual (como la que había entre padrinos y ahijados), la impotencia, la locura y la inmadurez. Esta proliferación de motivos para la anulación ha sido entendida de múltiples formas: como un fenómeno lógicamente inducido por la teoría del matrimonio; como un factor relacionado con el dinero y el poder, en tanto las nulidades proveían a la Iglesia de una fuente de recursos y de cierto control sobre los grupos familiares; como una respuesta humana a los anhelos de algunos individuos de escapar a situaciones intolerables y de volver a casarse; y como una ‘válvula de escape’ sustitutoria de la institución necesaria, pero desaparecida, del divorcio. Sin duda que todos estos factores jugaron algún papel.

Los archivos de la propia Iglesia muestran que el hábito de contraer informalmente matrimonio siguió adelante, y revelan la persistencia de las antiguas nociones del matrimonio como un asunto privado. Richard Helmholtz, tras estudiar los expedientes de los litigios matrimoniales habidos en los siglos trece y quince en los tribunales eclesiásticos de Inglaterra, comprobó que la idea de que la gente podía regular por sí misma el matrimonio tardó largo tiempo en desaparecer⁶⁷. Al mismo tiempo, sin embargo Helmholtz fue capaz de perfilar un proceso, igualmente gradual, de asimilación social de los criterios eclesiásticos, y de establecer documentalmente cuánto espacio quedaba en el propio derecho canónico para la variedad y el desarrollo.

La Iglesia mitigó la severidad de su regla de indisolubilidad estableciendo un procedimiento de separación judicial y contemplando, a la vez, múltiples causas de nulidad. La separación podía decretarse en situaciones en que uno de los esposos había incurrido en adulterio, apostasía o herejía, o había desertado del vínculo o maltratado seriamente al otro. Pero, a diferencia de la nulidad, la separación judicial no permitía que las partes volvieran a casarse y no parece que fuera empleada en gran escala. La separación eclesiástica ‘de lecho y techo’ (*from bed and board*) tuvo, sin embargo, una tremenda significación para la forma que habrían de adoptar las leyes de divorcio en las sociedades occidentales. Anticipada en los motivos de repudio justificable contenidos en los decretos del Imperio Romano, el derecho canónico relativo a la separación judicial prefigura esa doctrina del divorcio como una sanción a la mala conducta marital, que

⁶⁷ *Ibídem*, p. 5. Véase también Charles Donahue, “The Canon Law on the Formation of Marriage and Social Practice in the Later Middle Ages” (1983), p. 144.

reaparecerá luego en las ideas de los reformadores protestantes y dominará la legislación del divorcio en Occidente hasta los acontecimientos, algo más recientes, que se describen en el capítulo 4.

El derecho matrimonial tridentino

Hasta aquí no hemos llegado a determinar la forma en que la celebración del matrimonio llegó a requerir, en casi todos los sistemas jurídicos occidentales, de la presencia de un funcionario. Hasta la época del Concilio de Trento, la Iglesia había llegado únicamente al punto de convertir en un deber religioso la bendición pública en el templo, un deber sancionado con la penitencia o la censura. Para descubrir cómo se transformó una ceremonia formal y de carácter público en condición de *validez* del matrimonio (mediante el Decreto *Tametsi* de 1563), hemos de volver la vista, no hacia la doctrina eclesiástica, sino hacia las presiones y eventos del mundo secular.

En la Europa continental de la Reforma, la tensión a la que se vio sometida la Iglesia, más los cambios sociales y económicos que reforzaron la aspiración de las familias ubicadas en ciertos niveles de la pirámide social de llegar a controlar los giros de fortuna y poder que los matrimonios posibilitaban, acabaron allanando la senda para una revisión de la doctrina clásica y de su premisa de que los matrimonios cristianos podían celebrarse únicamente por consentimiento. Esta doctrina tradicional, cabe hacerlo notar, tuvo el efecto de liberar a los individuos de las restricciones que podían imponer los padres, los grupos de parentesco o las autoridades políticas en la elección del cónyuge. Pero este mismo efecto liberador comenzó a ser percibido como problemático en la Europa del siglo dieciséis, en aquellos círculos en que grandes sumas de dinero podían cambiar de manos por la vía de un adecuado matrimonio.

Por cierto, siempre que había habido tolerancia de los matrimonios informales, la dificultad de probarlos o bien refutarlos permitía a ciertos individuos sustraerse a los vínculos de un matrimonio válido y a otros beneficiarse mediante herencias u otras formas, por la vía de alegar falsamente la existencia de un matrimonio secreto. Este potencial de abuso, asentado desde larga data, se convirtió en un asunto cada vez más serio con el ascenso del nuevo orden económico y la aparición de la clase mercantil. Dichas preocupaciones del mundo secular sirven para explicar en parte el hecho de que los mismos obispos que encabezaron la propuesta del matrimonio ceremonial obligatorio en el Concilio de Trento se empeñaran, a su

vez, en que el Concilio estableciera el consentimiento paterno como requisito del matrimonio eclesiástico⁶⁸. Ya que esta propuesta del consentimiento paterno era tan contraria a la noción cristiana del matrimonio entendido como una unión voluntaria, resultaba difícil que consiguiera aprobación social, pero tras prolongado y ardoroso debate se aceptó la ceremonia obligatoria. La validez del matrimonio informal había sido defendida por los teólogos puristas, quienes sostenían que la libertad espiritual para casarse debía ser protegida de la interferencia de terceros, en particular de los padres⁶⁹. Pero era esto, precisamente, lo que ahora causaba problemas a los espíritus pragmáticos. Quienes abogaban por el cambio sostenían que los matrimonios informales amenazaban el derecho de propiedad y ponían en peligro la paz social y la moral en la esfera privada⁷⁰.

El requisito de una ceremonia pública se adoptó, finalmente, por una votación muy estrecha y quedó plasmado en el Decreto *Tametsi*, el cual dispuso que, de allí en adelante, ningún matrimonio era válido a menos que se hubiera celebrado en presencia de un sacerdote y otros testigos. También dispuso la obligación de anunciar los matrimonios y de mantener registros oficiales de los matrimonios contraídos. Así, la Iglesia ayudó a los grupos familiares a cuando menos no quedar al margen de los planes matrimoniales de sus vástagos, pero no llegó tan lejos como algunos delegados al Concilio hubieran querido en cuanto a reforzar el control de la familia.

En muchos lugares, quienes buscaban una justificación legal para el control paterno de la unión conyugal hallaron un mayor eco para sus propuestas en las autoridades seculares. Un edicto de la monarquía francesa autorizó a los padres, en 1556, a desheredar a los hijos que se casaran sin su consentimiento y estableció penas para cualquiera que colaborara con dicho enlace⁷¹. Luego de que Lutero condenara los matrimonios clandestinos porque posibilitaban que extraños, sin la aprobación previa de los padres, se insertaran por esta vía en familias acaudaladas y obtuvieran parte de su patrimonio, se hizo obligatoria en las bodas la presencia de un ministro, disposición contenida en las ordenanzas reformistas del principado

⁶⁸ Brissaud, *A History of French Private Law* (1968), p. 115.

⁶⁹ Beatrice Gottlieb, "Getting Married in Pre-Reformation Europe: The Doctrine of Clandestine Marriage and Court Cases in Fifteenth-Century Champagne" (1974), pp. 59-60, 62-63.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 38-39.

⁷¹ David Hunt, *Parents and Children in History: The Psychology of Family Life in Early Modern France* (1970), p. 60.

protestante de Württemberg (1553) y del Palatinado del Rin (1563)⁷². En 1561 fue promulgada una ordenanza similar en Ginebra⁷³. Además, todas estas ordenanzas exigían a las parejas que obtuvieran el consentimiento de los padres antes de casarse. En Francia, la validez del matrimonio pasó a depender del consentimiento de los padres mediante la Ordenanza de Blois de 1579, y durante el siglo diecisiete el derecho galo prosiguió, de varias otras formas, en su intento de desalentar los matrimonios secretos⁷⁴. Inglaterra se mantuvo, a pesar de todo, como un caso aparte. La Iglesia de Inglaterra, que había eliminado la jurisdicción de la Iglesia Católica Romana sobre las causas matrimoniales en 1534, siguió reconociendo la validez de los matrimonios informales hasta 1753.

Pareciera que el Decreto *Tametsi* y todas sus contrapartidas en la esfera secular tuvieron escasa incidencia en las prácticas matrimoniales en otros sectores fuera de los pudientes. E incluso en los círculos acaudalados, David Hunt, el historiador social, comprobó un persistente

conflicto entre la legislación estatal, por una parte, y las costumbres y usos populares generalmente aceptados, por la otra. Los edictos y ordenanzas muestran claramente que los legistas reconocían la fuerza de la tradición que intentaban erradicar: vale decir, la creencia superviviente de que la cohabitación y el puro y simple consentimiento mutuo bastaban para formar un matrimonio⁷⁵.

La Iglesia, como hemos podido apreciar, no intentó siquiera imponer sus nuevos requerimientos para la celebración del matrimonio a todo el mundo, ni en todos los territorios bajo su influjo. De acuerdo con sus propios términos, el Decreto *Tametsi* no era aplicable allí donde no había sido promulgado y la Iglesia no hizo ningún empeño para imponerlo en sitios como el Nuevo Mundo, donde escaseaban los sacerdotes. Así, los matrimonios informales siguieron siendo válidos bajo el derecho canónico en muchos puntos del globo, hasta el decreto emitido por León XIII en 1892, seguido del decreto *Ne Temere*, que entró en vigor en 1907. Incluso hoy, el derecho canónico reconoce la validez de los matrimonios informales en determinadas circunstancias⁷⁶.

⁷² Gottlieb, "Getting Married in Pre-Reformation Europe: The Doctrine of Clandestine Marriage and Court Cases in Fifteenth-Century Champagne" (1974), pp. 124-135.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ Hunt, *Parents and Children in History: The Psychology of Family Life in Early Modern France* (1970), p. 62.

⁷⁵ Ibidem, p. 63. Véase también Gaudemet, *Le mariage en Occident* (1987), pp. 235-236, 364.

⁷⁶ Véase Coriden et al. (eds.), *The Code of Canon Law: A Text and Commentary* (1985).

Reforma y secularización

La historia del derecho canónico hasta el Concilio de Trento nos revela que el matrimonio quedó gradualmente sometido a un tipo de reglamentación oficial y jurídica, a saber, la de los tribunales eclesiásticos que aplicaban, precisamente, el derecho canónico. La indisolubilidad jurídica tiene su origen probable en la proclamación del carácter sacramental del matrimonio, y el matrimonio ceremonial obligatorio se origina en el movimiento que va desde la bendición del vínculo en los portales de las iglesias hasta los edictos de amonestación a los matrimonios clandestinos. Pero ¿cómo se convirtieron tales asuntos en preocupación de la autoridad secular, considerando la relativa indiferencia que ella había demostrado hasta entonces frente a los mismos? Entre los siglos dieciséis y dieciocho, en vastas extensiones de Europa Occidental, la Iglesia Católica vio menoscabada su jurisdicción sobre el matrimonio. En las regiones protestantes ocurrió igual cosa como consecuencia de la Reforma y en Francia se dio en asociación con el galicanismo y el avance de la monarquía. Al perder la Iglesia el monopolio de que disfrutaba sobre las causas matrimoniales, en cierta forma el vacío suscitado acabó transfiriendo a los nuevos Estados emergentes la jurisdicción en la materia. Ahora bien, en lugar de desarrollar un cuerpo legal enteramente nuevo para aplicarlo en tales casos, los gobiernos seculares adoptaron pura y simplemente buena parte del conjunto de reglas del derecho canónico, modelando las nuevas leyes de divorcio a partir de las reglas eclesiásticas que regían la separación ‘de lecho y techo’⁷⁷. Así, muchas reglas que habían sido desarrolladas en el derecho canónico siguieron rigiendo la vida conyugal, aun cuando se hicieron nuevas interpretaciones de ellas en ciertos acápites.

Lo anterior no debe sorprendernos si recordamos que, pese a que Lutero y otros autores consideraban apropiado que el matrimonio quedase sometido a la jurisdicción de los tribunales civiles y no de los eclesiásticos, nunca se imaginaron que éste sería regulado por otros principios que no fueran los principios cristianos⁷⁸. Los reformadores rechazaban la noción de que el matrimonio fuese un sacramento, pero daban por sentado que las regulaciones del matrimonio secular debían conformarse a las enseñanzas cristianas⁷⁹. Y, por cierto, reinterpretaron las enseñanzas cristianas para

⁷⁷ Esmein, *Le mariage en droit canonique* (1929), Vol. 1, p. 34.

⁷⁸ Para un análisis detallado y bien documentado de la relación entre el derecho conyugal de los reformadores luteranos y el derecho canónico preexistente, véase John Witte Jr., “The Reformation of Marriage Law in Martin Luther’s Germany: Its Significance Then and Now” (1986).

⁷⁹ Rheinstein, *Marriage Stability, Divorce, and the Law* (1971), p. 22.

permitir el divorcio, entendiéndolo como un castigo a la grave violación de los deberes maritales y, en particular, al adulterio, aunque gradualmente se introdujeron otras causas. Sin embargo, no cabe exagerar la significación de este bien conocido alejamiento respecto de la doctrina católica, dado que vino acompañado de una mayor severidad en la cuestión de las nulidades, las que la propia Iglesia había ofrecido en ocasiones con relativa manga ancha⁸⁰. El protestantismo no devolvió, en ningún caso, el divorcio a la esfera privada: ningún divorcio por mutuo consentimiento fue reconocido y el divorcio por alguna causa debía ser otorgado por el Estado. Fue sólo con la Ilustración que comenzó a surgir una verdadera antítesis de las actitudes cristianas tradicionales hacia el matrimonio.

El tomar conciencia de la forma en que el movimiento de Reforma transfirió, en muchos sitios, los asuntos matrimoniales a la esfera jurisdiccional del Estado secular nos permite entender cómo adquirió su forma original buena parte del derecho (relativo a la celebración y disolución del matrimonio) descrito en los capítulos 2 y 4 del presente volumen. Sin embargo, aún nos falta saber cómo llegó el Estado a desarrollar sus propias normas seculares de derecho, en lugar de simplemente conservar las normas eclesiásticas. Además, aún no tenemos respuesta a la interrogante de cómo fue que el derecho secular llegó a regular, o cuando menos se propuso regular, una materia en la que el derecho canónico y el derecho romano se habían abstenido, a saber, la organización y el comportamiento en el seno de la vida familiar, tema considerado en el capítulo 3. Este cuerpo del derecho se originó en dos desarrollos de los que no cabe responsabilizar a los reformadores protestantes, aunque en algún sentido ellos ayudaron a pavimentar el camino. Ellos son: la aparición del pensamiento humanista e individualista de la Ilustración y el advenimiento del Estado absolutista. Tales desarrollos ocurrieron de forma distinta en Francia y en las múltiples regiones que integraban la actual Alemania, pero condujeron en ambos sitios a intentos sin precedentes de reglamentación jurídica de las relaciones familiares en curso. Una vez más, Inglaterra siguió siendo al respecto un caso particular, como también, por ende, los Estados Unidos.

En Europa continental, Federico II de Prusia, José II de Austria y Napoleón con su ejército de juristas y su burocracia administrativa, sintieron todos la necesidad de codificar enteramente, y con absoluta claridad, la totalidad del derecho privado⁸¹. Además, sus respectivos gobiernos estaban en posición de imponer sus propias ideas (o las de sus asesores) como

⁸⁰ John Witte Jr., "The Reformation of Marriage Law in Martin Luther's Germany: Its Significance Then and Now" (1986), pp. 38-44.

⁸¹ Rheinstein, *Marriage Stability, Divorce, and the Law* (1971), pp. 25-26.

reglas de derecho positivo en sus múltiples códigos. Con seguridad, el nuevo derecho secular de los códigos surgidos durante la Ilustración tomaron muchas cosas prestadas del derecho preexistente, al igual que la Iglesia reformada y protestante se había apoyado fuertemente en el derecho canónico. Pero el derecho matrimonial, liberado de sus ataduras religiosas del antiguo orden medieval, se vio cada vez más influido por las tendencias de la época, por el humanismo y el individualismo, y también por las preocupaciones e intereses concretos del Estado secular y los grupos influyentes en su seno⁸².

Con la Reforma y la Ilustración, la idea del matrimonio entendido como un contrato sufrió un nuevo vuelco. Como hemos visto, el consentimiento fue la esencia del matrimonio en el derecho eclesiástico. Pero pensadores tan diversos como Martín Lutero y John Locke comenzaron a hacer hincapié en la faceta del matrimonio como un contrato civil. Era un punto de vista singularmente atractivo para los revolucionarios galos, deseosos de eliminar los últimos vestigios de jurisdicción eclesiástica. Dicho acento en el aspecto contractual del vínculo tuvo varios efectos, y entre los más importantes, el de sentar las bases para el divorcio por mutuo consentimiento y para la regulación estatal no sólo de la celebración y disolución del contrato matrimonial, sino de su contenido. La vasta labor de codificación llevada a cabo en Europa continental dejó a los esposos prisioneros en una red de derechos y deberes legales que otorgaban a cada uno de los cónyuges un completo arsenal de exigencias susceptibles de ser planteadas a la contraparte, las cuales podían transformarse en la base de una acción legal ante el juez⁸³. Muchos de tales códigos buscaban regular hasta los más ínfimos detalles de la más íntima de las relaciones, de un modo no conocido en el derecho romano y en el derecho canónico. En ocasiones, estos extremos de ‘juridización’ buscaban promover ciertos intereses del Estado (como el de aumentar la población); en otras, estaban al servicio de los intereses de los grupos dominantes en la sociedad (como cuando se reforzaba el control familiar sobre los matrimonios). A menudo, parecen haber sido pura y simplemente el fruto de esa urgencia integradora tan evidente en otros aspectos de, por ejemplo, el Código General Prusiano de 1794⁸⁴. En su afán por no dejar ningún vacío en el derecho, el Código Prusiano se pronunciaba sobre asuntos como el momento en que podía declinarse la relación marital íntima, aquel en que la ausencia del esposo quedaba excusada, e incluso la edad hasta la que un bebé podía ser atendido en el lecho de los padres. Jean Carbonnier acuñó el término de *pan-*

⁸² Wolfram Müller-Freienfels, *Ehe und Recht* (1962), pp. 18-25.

⁸³ *Ibidem*, pp. 20-21.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 22-23.

juricidad (*panjurism*) para describir este *ethos* legal impregnado de la noción de que todo es derecho, o, “cuando menos, de que la vocación del derecho es la de estar en todo, de envolverlo todo y, al igual que un dios, de englobar todo el universo habitado”⁸⁵.

En Francia, la propensión a la reglamentación jurídica durante este período posibilitó el desarrollo de dos importantes instituciones de los tiempos modernos que atañen a la familia: la ceremonia obligatoria del matrimonio civil y el sistema de un registro público del estado civil. La ceremonia del matrimonio civil había sido una opción disponible en los Países Bajos y en Nueva Inglaterra, bajo la égida calvinista, pero se volvió obligatoria mediante un decreto revolucionario galo del 20 de septiembre de 1792. Desde Francia, la ceremonia civil se difundió a todo el mundo, al menos como una forma opcional de contraer matrimonio. Francia proveyó a la vez el modelo para los sistemas de registro laico del estado civil que ahora se emplean en todo el mundo⁸⁶. A diferencia de otras muchas innovaciones del derecho revolucionario francés, el matrimonio civil obligatorio fue impuesto por el Código Napoleónico de 1804. A principios del siglo diecinueve, el matrimonio civil se volvió obligatorio en varias regiones de Alemania y se convirtió en parte del derecho del imperio germano unificado mediante la Ley del Estado Personal del 6 de febrero de 1875, y luego adoptó su forma actual en el Código Civil Alemán de 1896.

Como dijéramos, Inglaterra siguió un curso relativamente distinto. La jurisdicción eclesiástica de la Iglesia de Inglaterra sobre el matrimonio prosiguió sin ninguna interferencia significativa hasta mediados del siglo diecinueve. Parece que, bajo la administración de Cromwell, el matrimonio civil fue una opción disponible durante un breve período, y quizá el divorcio estuvo permitido. Pero salvo por esa breve excepción, el matrimonio civil no hizo su aparición en Inglaterra sino hasta 1836, en conexión con la aprobación, en avalancha, de una nutrida legislación de índole burocrática relativa al registro de las estadísticas demográficas. Los matrimonios informales siguieron siendo válidos en el país hasta que se aprobó la Ley de Lord Hardwicke en 1753. Dicho estatuto, una versión secular del Decreto *Tametsi*, hacía obligatoria una ceremonia de bodas eclesiástica y exigía la publicación de edictos. El divorcio fue posible después de 1660, pero sólo podía obtenerse mediante un decreto parlamentario especial, y

⁸⁵ Jean Carbonnier, *Flexible droit* (1983), p. 4.

⁸⁶ El precursor de los registros públicos del *status* civil, en Francia y en otros sitios, fue la práctica de los registros eclesiásticos (actas de bautizo, registros matrimoniales, etc.), seguida en muchos lugares de una etapa de reglamentación gubernamental de los registros parroquiales, Rheinstein, *Marriage Stability, Divorce, and the Law* (1971), p. 198; véase también más adelante, capítulo 2, nota 167.

nada más que en caso de adulterio. Era caro, complicado y rara vez se recurría a él. El divorcio judicial no fue introducido sino hasta 1857.

En los Estados Unidos, las áreas colonizadas por sectores protestantes contaron con leyes de divorcio desde su época más temprana. En cambio las de fuerte influencia anglicana no tuvieron, inicialmente, ninguna forma de divorcio. El divorcio legislativo subsistió en muchas colonias y estados hasta el siglo diecinueve. Los estados de la frontera occidental adoptaron un enfoque más liberal; como fruto de ello, el divorcio migratorio era, en torno a 1860, parte de la escena en Norteamérica. Dado el trasfondo jurídico originario de Inglaterra (y, en el Suroeste, con la indulgencia de la Iglesia)⁸⁷, el matrimonio informal pasó a ser una institución legal en múltiples lugares y aún hoy sobrevive en varios estados como ‘matrimonio según el *common law*’.

Los procesos de secularización de la jurisdicción matrimonial y, finalmente, del contenido del derecho conyugal, vinieron a coincidir con ciertas tendencias dentro del pensamiento jurídico que habrían de llegar a su punto culminante en el siglo diecinueve. Tanto en el mundo del *common law* como en el del derecho civil de fines del diecinueve, las normas y conceptos jurídicos tendían a quedar formalizados y expresados en la forma conceptualista que había sido característica del derecho romano y del derecho canónico revividos. Las reglas legales, que a menudo no eran sino la resolución temporal de intereses en conflicto, adquirieron vida propia, suscitando consecuencias ‘lógicas’ y ‘necesarias’. Paralelamente, comenzó a asimilarse cada vez más la noción de *legitimidad* a la de *legalidad*, entendida como la cualidad propia de decretos formalmente correctos y promulgados de acuerdo a los procedimientos establecidos⁸⁸.

Con todo, esa idea de que el derecho puede conferir legitimidad no es en modo alguno evidente por sí misma. El comportamiento familiar en el seno de las sociedades pre-modernas estuvo largo tiempo inspirado por nociones de legitimidad incluidas en las costumbres, las convenciones y la religión. Siglos después de que las normas legales entraran en escena, ellas eran expresión de ideas sobre la vida familiar de origen consuetudinario y religioso. Sin embargo, igual que la costumbre puede con el tiempo convertirse en derecho, el derecho puede a su vez adquirir, hasta cierto punto, la fuerza de la tradición. Como bien lo ha señalado Daniel Lev, “en los sistemas legales, los conceptos y estructuras desarrollados en una época se

⁸⁷ Véase, en general, Hans Baade, “The Form of Marriage in Spanish North America” (1975).

⁸⁸ Weber, en Rheinstein (ed.), *Max Weber on Law in Economic and Society* (1954), p. 9.

convierten, a partir de allí, en mitos que transforman en principios y hábitos asuntos que una vez fueron, claramente, cuestiones de intereses y de poder”⁸⁹. Pero a medida que el Estado burocrático y secular ha introducido cada vez más sus propios contenidos y buscado sus propios objetivos dentro del derecho de familia, la relación entre legalidad y legitimidad se ha vuelto más problemática que nunca antes.

ESTADO, DERECHO Y FAMILIA*

En buena medida, las batallas que libra la humanidad buscan únicamente armonizar en forma expedita —esto es, de una forma que traiga consigo la felicidad— esta reivindicación individual [de libertad] con las exigencias culturales del grupo; y uno de los problemas que conciernen al destino de la humanidad es el de si es posible alcanzar dicho acomodo mediante algún tipo de civilización en particular, o si se trata más bien de un conflicto sin solución.

Sigmund Freud, *Civilization and its Discontents*¹

Lámparas nuevas por lámparas viejas

A la vuelta del presente siglo, y hablando en términos generales, los sistemas que configuran el derecho de familia occidental compartían entre sí varios supuestos comunes. El derecho concerniente a las relaciones domésticas estaba organizado en torno a una concepción unitaria de la familia, la cual orbitaba alrededor del matrimonio y era de naturaleza patriarcal. El matrimonio era una institución de apoyo muy importante y un factor decisivo a la hora de determinar el *status* social de los cónyuges y de sus hijos. Se suponía, en principio, que habría de durar hasta la muerte de uno de los esposos y, en vida de ellos, sólo se lo daba por concluido, si ello llegaba a ocurrir, por alguna causa grave. Se enfatizaba la solidaridad familiar y la vida en comunidad de los esposos por sobre la personalidad de cada uno y por sobre los intereses individuales de los integrantes de la familia. Dentro del grupo familiar, la estructura convencional de autoridad y el patrón de asignación de roles determinaban que el marido-padre era la

⁸⁹ Daniel S. Lev, “Colonial Law and the Genesis of the Indonesian State” (1985), pp. 57, 69.

* Capítulo 7, “State, law, and family”.

¹ Traducción al inglés de James Strachey (1961), p. 43, en la cual se basa la presente traducción al castellano.

figura predominante en la toma de decisiones y debía cubrir las necesidades materiales de la familia. La esposa-madre debía cumplir también con su rol, consistente ante todo en velar por el hogar y los hijos. Se suponía que la procreación y la crianza de los hijos eran dos objetivos básicos del matrimonio, y las relaciones sexuales dentro del mismo eran supuestamente exclusivas, al menos para la esposa. Se daba por supuesto que el matrimonio, la procreación y el divorcio tenían lugar, todos ellos, dentro de categorías legales. Y se diría que los hijos ilegítimos casi no tenían existencia legal.

Tras todos estos supuestos subyacía la premisa de que el Estado podía, y debía, reglamentar la formación de la familia, su organización y disolución, a la luz de ciertas ideas ampliamente compartidas acerca del matrimonio y la vida familiar. Al mismo tiempo, existía el principio legal de que el Estado debía abstenerse de traspasar el umbral del hogar en que funcionaba la familia, especialmente en lo relativo a la crianza. El papel del Estado, a la hora de cubrir ciertas necesidades humanas elementales, era relativamente menor. En Francia y Alemania, todas estas características vistas en conjunto conformaban la denominada ‘familia del Código Civil’; en Inglaterra y los Estados Unidos, ellas eran los elementos componentes de un constructo jurídico que servía para perfilar a la familia tradicional, cuyos rasgos particulares estaban dispersos en múltiples decisiones de los tribunales y en los estatutos. Por cierto que el relato de los sistemas legales de Occidente acerca de la vida familiar variaba de un país a otro en sus énfasis y detalles, y estaba, en todas partes, bastante más próximo a las ideas y el comportamiento de las clases medias que a las concepciones y conductas de los sectores más pobres o acaudalados.

A la luz de los desarrollos legales que hemos examinado en los capítulos precedentes, vemos que ninguno de estos supuestos básicos y anteriores ha sobrevivido intacto hasta hoy. La mayoría de ellos fueron eliminados, y otros fueron puestos simplemente del revés. Es cierto que el edificio del derecho de familia tradicional siguió en pie hasta los años sesenta, pero sus cimientos evidenciaban desde hace mucho tiempo algunas resquebrajaduras. En los últimos veinte años de historia, hemos visto cómo las tendencias individualistas, igualitarias y secularizadoras, que desde fines del siglo dieciocho fueron cobrando influencia creciente en los sistemas legales de Occidente, después de haber sido tendencias sociales al margen, se convirtieron en la corriente dominante dentro del derecho de familia.

Dichas tendencias legales captaron, y formalizaron, múltiples facetas de los desarrollos sociales y económicos que habían socavado gradualmente un supuesto que era la esencia misma del derecho de familia deci-

monónico: la idea de que la familia y el matrimonio eran dos factores cruciales para la estabilidad económica y la posición social de un individuo. En buena parte de la historia del hombre, el matrimonio y el parentesco fueron las relaciones fundamentales a través de las cuales se asignaban las posiciones jerárquicas y de *status* dentro de la sociedad. Hoy en día, sin embargo, la riqueza, el poder y la posición de que goza un individuo están cada vez menos determinadas por la pertenencia a una familia y cada vez más por su propia actividad dentro de la fuerza laboral o, dicho en términos negativos, por su relación dependiente del Estado². Por cierto que la familia sigue ejerciendo una influencia decisiva en las proyecciones de vida de sus integrantes, pero dicha influencia opera, para la mayoría de la gente, en forma indirecta, principalmente por medio de las ventajas psicológicas y materiales que la familia es capaz de ofrecer a sus vástagos en materia de educación, dado que esta última posibilita, a su vez, el acceso a posiciones privilegiadas de *status*³. Sin embargo, al modificarse el rol de la familia en la determinación del bienestar personal y el *status*, toda una forma de percibir el mundo ha quedado del revés. Un jurista francés lo ha expresado en los siguientes términos:

En vez de que el individuo ‘pertenezca’ a la familia, es ésta la que ha pasado a estar al servicio del individuo. Subsiste aún el lugar prominente de la familia por sobre otras instituciones, pero no por las mismas razones: ya no es porque la familia sirva a la sociedad, sino porque es un medio para el desarrollo más pleno del individuo. Cuando ella no cumple ya con este rol, los vínculos decrecen o simplemente desaparecen⁴.

Aun cuando, como hemos visto, el derecho de familia contemporáneo ha incorporado en buena medida este nuevo punto de vista, en muchos sentidos sigue centrado en el matrimonio. Pero el derecho de familia trata ahora el matrimonio como una instancia que interesa, ante todo, a los individuos implicados. En este sentido, el derecho no hace sino reflejar la mayor intensidad y la inestabilidad de vínculos que hoy se sostienen más por nexos afectivos que económicos⁵. Ahora que los hijos no aportan ya al

² Véase, en términos generales, Mary Ann Glendon, *The New Family and the New Property* (1981).

³ Véase James Coleman *et al.*, *Equality of Educational Opportunity* (1966); Christopher Jencks *et al.*, *Inequality: A Reassessment of the Effect of Family and Schooling in America* (1972); y John Brittain, *The Inheritance of Economic Status* (1977).

⁴ Alain Bénabent, “La liberté individuelle et le mariage” (1973), pp. 440, 495.

⁵ Para una comparación de la relación de pareja moderna con el matrimonio en épocas más tempranas, véase William Goode, *The Family* (1964), pp. 25, 66; Lawrence Stone, *The Family, Sex, and Marriage in England 1500-1800* (1977), p. 685.

nivel que una vez lo hicieron, como ayudantes en la empresa o la granja familiar, generando ingresos adicionales o bien operando como un dique de contención frente al desamparo que trae consigo la vejez, la relación pater-filial se ha vuelto intensa e inestable, en una forma que parece también nueva. Como bien lo ha manifestado René König, la familia moderna se “basa [...] en relaciones no estructuradas y fundamentalmente personales, dependientes del mundo exterior para la satisfacción de buena parte de sus necesidades. Y esto repercute cada vez más en el orden interno de la familia”⁶. En los capítulos precedentes, vimos cómo la faceta de cercanía y camaradería del matrimonio contemporáneo se traduce, al nivel jurídico, en la posición más ventajosa que ha adquirido el cónyuge dentro de la legislación que regula las donaciones y las sucesiones, mientras que su fragilidad se refleja en la moderna legislación del divorcio, en la que la terminación del vínculo se ha transformado casi en un asunto de derechos.

En dicho proceso, ¿en qué ha devenido la relación del Estado con la familia, tal como ella se expresa en el sistema jurídico? En lo que respecta al matrimonio, percibimos que el actual período de cambios legales (en oposición al trasfondo que bosquejáramos en el capítulo 1, referido a la expansión creciente de la reglamentación, primero de origen eclesiástico y más tarde de índole secular) se ha ceñido a una curva descendente de ‘des-juridización’. Desde otro punto de vista, sin embargo, el repliegue en que ha incurrido el derecho al no ocuparse ya más de cuestiones como la de quién se casa con quién y cómo, o de qué derechos y deberes tienen los cónyuges entre sí, o de cómo se terminan dichas uniones, es quizás un giro bastante menos decisivo que lo que pueda parecer en primera instancia. Después de todo, inicialmente el derecho de familia se preocupaba tan sólo, o fundamentalmente, de las clases propietarias o medias. En el siglo veinte, cuando el derecho comenzó a tener cada vez más en cuenta a ciertos grupos sociales que antes había descuidado, y estos grupos comenzaron a su vez a tener en cuenta al derecho⁷, la aparente discrepancia entre el derecho en sí y las tradiciones existentes se hizo mayor. Muchos de los cambios legales descritos en los capítulos precedentes pueden considerarse como ajustes, para acomodarse a las necesidades de la nueva clientela jurídica, para la cual buena parte del derecho de familia tradicional era irrelevante, ya fuera porque no tenía posesiones significativas o porque carecía de una posición social destacada. Desde esta perspectiva, se entiende porqué el derecho de familia tenía una aplicación tan restringida hasta fecha relativamente re-

⁶ René König, “Sociological Introduction” (1974), p. 30.

⁷ Véase Max Rheinstein, “The Family and the Law” (1974), tomo 4, p. 12.

ciente. Como les ocurría a los hojalateros del capítulo uno, la mayoría de los vagabundos de este mundo han sido ignorados por el Estado y sus leyes, hechas a la medida de los señores y damas de cierto refinamiento. También la Iglesia a menudo eximió al bajo pueblo de un estricto acatamiento de sus normas más formalizadas. Y cuando no fue ella quien hacía la excepción, la gente como Michael y Sarah se exceptuaba espontáneamente de cumplirlas.

Al tiempo que el derecho de familia comenzaba a interactuar con las vidas y la conciencia de un segmento más vasto de la población, también se iba adaptando a cambios fundamentales en los requerimientos y en el comportamiento de su clientela tradicional. Igual que hubo de tener en cuenta, tiempo antes, la mayor importancia de los bienes personales, cuando la tierra dejó de ser la forma básica de riqueza, el derecho de familia debió adaptarse a la significación, siempre creciente en la sociedad actual, de múltiples y nuevas formas de ‘propiedad’ derivadas del trabajo asalariado en grandes organizaciones públicas o privadas, o de la dependencia de ellas. A medida que variaron la importancia relativa de la familia, el trabajo y las prerrogativas gubernamentales para garantizar la seguridad económica, hubo también cambios en las formas de concebir las relaciones familiares.

El siglo veinte vio a su vez la aparición de nuevas formas de intervención estatal en la vida familiar. Los análisis eruditos relacionan frecuentemente este fenómeno con la ‘pérdida de funciones’ de la familia, llamando la atención sobre el hecho de que muchas tareas antiguamente desarrolladas por ella, o dentro de ella, han sido asumidas por organismos externos. Ello no obstante, la familia ha compartido siempre sus funciones con otras instituciones sociales. La faceta propiamente moderna consiste en que hoy en día tales instituciones pueden ser entidades burocráticas lejanas —grandes sistemas educacionales, organismos de asistencia social y así sucesivamente— en lugar de los vecinos, benefactores, la escuela o la parroquia de la localidad. Los patrones tradicionales del matrimonio y ritmo de vida han dado paso a otros nuevos, organizados en torno a los programas y horarios escolares y del mundo laboral.

Al variar la naturaleza de la interdependencia entre la familia y los sistemas de apoyo externo, el derecho privado relacionado con los vínculos domésticos tiende a perder terreno o se fusiona con una amplia gama de leyes y programas públicos que atañen a la familia. Esto es así especialmente en los Estados benefactores más avanzados. En Suecia, por ejemplo, Jacob Sundberg ha llamado la atención sobre la progresiva declinación del

derecho de familia, al ir integrándose con el derecho relativo a la asistencia social:

El derecho de familia tal y como lo concebía el Ministerio de Justicia [derecho privado de familia] quedó enterrado por el derecho de familia que generaron otros ministerios, y su ataúd quedó envuelto en una bandera en la que se leía ‘política familiar’. Cuando el ministro sueco de justicia proclamó finalmente el principio de neutralidad, lo que en realidad estaba haciendo era agitar la bandera de la rendición. Puesto que sus rivales en los departamentos de impuestos y bienestar habían ya reducido a astillas los conceptos del derecho de familia tradicional⁸.

En los cuatro países de los que fundamentalmente nos hemos ocupado aquí, las cosas no han llegado aún a este punto. En el caso de Inglaterra, Francia, los Estados Unidos y [la ex] Alemania Occidental, sería más apropiado decir que la porción del derecho público y administrativo que atañe a la familia tiende a cobrar mayor importancia para las familias de escasos recursos, en tanto el derecho de familia tradicional (relativo al sustento, la propiedad marital, la herencia) y el derecho tributario inciden mayormente en las vidas de la gran mayoría de la clase media. Sin embargo, el derecho que regula las relaciones domésticas ha adquirido, en todos lados, un carácter algo más público y administrativo, al concentrarse en lo que John Eekelaar denominara su función “correctiva” y “protectora”, resolviendo disputas relacionadas con la pensión alimenticia y los hijos o reaccionando ante problemas de abusos y negligencia familiar⁹.

En el proceso de suprimir la regulación en ciertas áreas de la vida familiar, y a la vez dejar algunas otras sujetas a nuevas formas de intervención oficial, el derecho ha tendido a focalizarse ante todo en los individuos. Por cierto que la familia sigue compuesta de individuos, unidos entre sí de un modo especial, y el derecho tiene a menudo en cuenta estos lazos, en mayor grado en los sistemas de derecho civil, como hemos visto, que en los países nórdicos y de *common law*. Pero en todos los desarrollos recientes que hemos examinado se halla presente la tendencia del derecho y de los programas sociales a fragmentar la familia en sus componentes individuales y a tratar a sus miembros como individuos separados e independientes. Este cambio de énfasis legal desde ‘la’ familia, o incluso las ‘familias’ en todas sus múltiples formas, al miembro individual de cada una parece haber

⁸ Jacob W. F. Sundberg, “Facteurs et tendances dans l’évolution moderne du droit de la famille des pays nordiques: Rêves et Réalités” (1978), pp. 60-61.

⁹ John Eekelaar, *Family, Law and Social Policy* (1984), p. xvii.

ocurrido más por accidente que en virtud de algún diseño hecho *ex profeso*. Con todo, el efecto ha sido que, sin quererlo, los sistemas legales modernos se han aproximado, en grado variable, al que fuera el gran sueño de los revolucionarios franceses: que los ciudadanos quedaran un día en relación directa con el Estado, sin intermediarios.

Aun cuando esta tendencia a convertir a los individuos —antes que a la unidad familiar o los hogares— en el sujeto principal del derecho de familia es, por cierto, más pronunciada en los países nórdicos y en el ámbito anglo-americano que en los países de la Europa continental y del derecho civil¹⁰, sus manifestaciones se aprecian por doquier en el mundo occidental y occidentalizado. Como ya vimos, el tema dominante en el derecho relacionado con la formación del matrimonio ha sido, durante casi un siglo, la progresiva supresión de las restricciones a la libertad de los individuos para casarse. Y, al igual que los individuos han obtenido la libertad de escoger a su cónyuge, son también libres ahora, por la vía de las leyes de divorcio modernas, de corregir esa elección. Aún más sorprendente que la facilidad con que la gente puede hoy comprometerse y abandonar una relación matrimonial, es el relajamiento producido en los vínculos de apoyo familiar. El apoyo de la familia se está convirtiendo en una cuestión cada vez más ajena al derecho, mientras que se ha ido incrementando el acceso individual a la ayuda estatal. El integrante adulto de un grupo familiar es tratado cada vez más como autosuficiente (o potencialmente como tal) en virtud de su empleo, y en caso de estar incapacitado para trabajar, como un sujeto con derecho a que el Estado le provea de un nivel mínimo y digno de subsistencia. Aunque el sustento de los hijos es aún reconocido en todas partes como una obligación de ambos progenitores, el aporte de los padres ausentes juega en la práctica un papel cada vez menos importante —en relación con la ayuda estatal y los ingresos de la madre— en el sostenimiento de grupos familiares en que el cabeza de familia es la mujer.

Con la excepción notable de los subsidios familiares en Europa continental, los programas de asistencia estatal se han diseñado típicamente para el individuo y sus requerimientos, independientemente del *status* familiar. El caso extremo pareciera ser el de Suecia, donde, en el medio siglo que el Partido Social Demócrata estuvo ininterrumpidamente en el poder, el gobierno tuvo como objetivo explícito el valerse del derecho de familia “como una de las varias herramientas disponibles cuando lo que nos proponemos es la creación de una sociedad en la que cada adulto asuma la

¹⁰ Véase Mary Ann Glendon, *Abortion and Divorce in Western Law* (1987), pp. 112-142.

responsabilidad por sí mismo y no se vuelva económicamente dependiente de sus parientes, y en que la igualdad entre hombres y mujeres se ha convertido en realidad”¹¹. Un informe preparado por Alva Myrdal para el Partido Social Demócrata sueco en 1971 predecía que “el ingreso laboral y el sistema de seguridad social moderno son las dos piedras de toque en que habrá de apoyarse la seguridad de los individuos en el futuro”¹². En los cuatro países que han sido el foco de atención del presente estudio, el cambio de énfasis en las leyes y programas, desde la familia al individuo, se ha basado en cuestiones pragmáticas antes que ideológicas. Aun así, las tendencias individualistas han recibido un empuje adicional en el derecho público y en el derecho privado en todos los países considerados, en la medida en que las normas del derecho de familia son crecientemente revisadas para ajustarlas a las ‘leyes de rango superior’ contenidas en las constituciones de cada país o en las convenciones internacionales.

Pero sería erróneo pensar que el nuevo derecho de familia sólo se limita a ir al compás de la época y que ha venido, pura y simplemente, a sustituir las viejas ideas acerca de la vida familiar por las más nuevas y ampliamente aceptadas. De hecho, la legislación familiar de las dos décadas precedentes en los Estados Unidos y Europa Occidental a menudo difiere tanto de las actitudes y prácticas sociales prevalecientes, como ocurría con los sistemas tradicionales que vino a sustituir. De modo aún más llamativo, la imaginaria legal de la autonomía (*separateness*) y la independencia contrasta, en todas partes, con la forma en que operan la mayoría de las familias y con las circunstancias de las madres y los hijos pequeños tanto en hogares que permanecen intactos como en los que se han dividido. Pese a ello, la ley proclama el ideal de la autosuficiencia y sugiere que la dependencia es en algún sentido degradante, negando implícitamente la importancia de la intersubjetividad humana. Otras discrepancias se evidencian en ciertas áreas en que el derecho de familia se ha visto influido por nuevas ideas, no acerca de la familia, sino del derecho y la moral. Tales ideas incluyen la noción problemática de que los tribunales y cuerpos legislativos no deberían imponer ‘valores’ (excepto los de igualdad, libertad individual y tolerancia); y que los ‘valores’ (salvo los de igualdad, libertad individual y tolerancia) son cuestión de gusto o preferencia personal. El

¹¹ Herman Kling, ex Ministro de Justicia sueco, citado en Sundberg, “Facteurs et tendances dans l’évolution moderne du droit de la famille des pays nordiques: Rêves et Réalités” (1978), p. 64.

¹² Citado en Zona Sage, “Dissolution of the Family under Swedish Law” (1975), pp. 375, 379 n. 20.

resultado de todo ello es, con suma frecuencia, que propuestas legales de carácter normativo se han eliminado gradualmente, aun cuando sean ampliamente compartidas por la población. Como hemos visto, estos desarrollos jurídicos han arraigado fuertemente en un país tan heterogéneo como los Estados Unidos, más que en ningún otro sitio. Allí, la postura de la neutralidad jurídica ha sido bienvenida por los jueces y legisladores, quienes, de no ser así, se verían en aprietos para justificar su preferencia por los valores de un sector de la población y no de otro¹³.

Al renunciar a los intentos explícitos de promover algún conjunto de ideas en particular acerca de la vida familiar, el moderno derecho de familia sigue así las huellas de ciertas tendencias bien consolidadas en el derecho actual. En su pragmatismo, su antiformalismo, su aspiración a la neutralidad respecto a los diversos estilos de vida y opiniones, y en su carácter burocrático, el derecho de familia se ha visto arrastrado por las poderosas corrientes que hoy predominan en los sistemas jurídicos occidentales. Las nuevas leyes de familia, como le ocurrió a Aladino con la nueva lámpara que le fue dada a cambio de la vieja, encierran un genio en sus recovecos. Su espíritu motivador nos promete libertad, igualdad y progreso ilimitados, pero con demasiada frecuencia sus dones han quedado, por una u otra vía, reducidos a cenizas.

Junto a las corrientes dominantes, hay desde luego contra-corrientes y corrientes subterráneas. Hemos visto que, en términos generales, éstas son más fuertes en el mundo romano-germánico continental que en los sistemas anglo-americano o nórdico. En Francia, especialmente, y hasta cierto punto en [la ex] Alemania Occidental, se ha notado cierta tendencia de los reformadores legales a mantener los ideales ampliamente aceptados dentro del derecho de familia, acomodándolos, pese a todo, en mayor o menor grado, a las necesidades y anhelos de quienes no comparten esos ideales o no pueden vivir en conformidad con ellos. Y hay en tales países más evidencias que en otros de la sobrevivencia de ciertos ideales consuetudinarios y clásicos del derecho. En ellos hemos apreciado, además, el uso ocasional de la instancia legislativa como una oportunidad para el diálogo social. En los sistemas jurídicos continentales se tiende a ver los derechos como naturalmente aparejados a ciertas responsabilidades. El individuo suele ser percibido dentro de un contexto social. Pareciera, al mismo tiempo, que en los sistemas romano-germánicos hay un mayor reconocimiento de que el sistema jurídico, junto a otras fuerzas sociales, puede contribuir a

¹³ En relación con lo impropio de aplicar los modelos norteamericanos de la familia en las reformas jurídicas de países más pequeños y homogéneos, véase Mary Ann Glendon, *Irish Family Law in Comparative Perspective* (1987), pp. 5, 18-23.

su modo y con las restricciones del caso, aunque no por ello de forma menos importante, a la edificación de ese universo de significados dentro del cual se configuran las creencias, los sentimientos y las actitudes.

Lo que queda de este capítulo explora en primer lugar, y más en profundidad, las implicancias del énfasis creciente en el individuo que hemos observado en el derecho de familia y luego propone un bosquejo tentativo de un nuevo enfoque para reformarlo, el cual podemos denominar ecológico. El capítulo concluye con un intento de situar en la perspectiva adecuada el papel del derecho y su influencia en la vida familiar.

El Estado y el individuo sin intermediarios

Como hemos visto, una multiplicidad de factores contribuyó a dejar al Estado y los varios organismos que lo componen en una relación más directa que nunca antes con los hombres, mujeres y niños considerados individualmente. Y corremos el riesgo de no percibir la significación histórica de este desarrollo en particular, a menos que recordemos lo mucho que alguna vez hubo entre el Estado y cada ciudadano y lo muy modernos que son estos dos conceptos. El ‘Estado’, tal como hoy lo conocemos, no surgió sino hasta que las monarquías nacionales comenzaron a consolidar su poderío en el siglo diecisiete¹⁴. En el período feudal, la monarquía había sido tan sólo uno de los múltiples centros de poder superpuestos, que además rivalizaban entre sí, y no siempre fue el poder predominante entre ellos. En cuanto al ‘individualismo’, Tocqueville señaló que la palabra en sí “era desconocida para nuestros ancestros, por la simple razón de que en su época cada individuo pertenecía a un grupo y nadie podía considerarse a sí mismo una unidad aislada”¹⁵. El Estado moderno y centralizado y el individuo libre y con derecho a la autodeterminación fueron posibles, ambos, por la destrucción o el declinar de la antigua sociedad de pequeños agrupamientos. Ambos nacieron, en algún sentido, juntos.

Para los revolucionarios franceses, los viejos estatutos feudales, la Iglesia, las cofradías gremiales y hasta algunas facetas de la organización familiar fueron percibidas como opresivos para el individuo y, a la vez, como amenazas para el Estado-nación. A imitación del programa de la

¹⁴ Un enfoque sobresaliente de este tema sigue siendo Bertrand de Jouvenel, *Sovereignty: An Inquiry into the Political Good* (1957).

¹⁵ Alexis de Tocqueville, *The Old Regime and the French Revolution* (1955), p. 96.

Reforma, que aspiraba a eliminar los intermediarios institucionales entre el hombre y Dios, los líderes revolucionarios buscaban suprimir los *corps intermédiaires* del antiguo régimen, con el eslogan de “No hay otros derechos que los de los individuos y el Estado”¹⁶. Las implicancias de todo ello para el derecho de familia fueron que éste debía convertirse en un instrumento de liberación: “La felicidad del hombre es sistemáticamente promovida y resguardada, ante todo en contra del grupo, y contra el carácter sagrado de los vínculos y las jerarquías”¹⁷. Esta parte del programa revolucionario fue, con todo, un estruendoso fracaso en su época. Irónicamente, no llegó a convertirse en realidad hasta que la idea había sido olvidada en buena medida y las estructuras mediatizadoras se habían debilitado tanto que ya no se las percibía como amenazantes. Para entonces —en nuestra propia era—, el Estado y otras organizaciones impersonales se habían vuelto más poderosos que lo que jamás pudieron imaginar los pensadores y estadistas del siglo dieciocho.

Quienes fundaron nuevos gobiernos en Francia y los Estados Unidos eran particularmente contrarios a los grupos del tipo que Rousseau había denominado las “sociedades parciales”, y Madison, las “facciones”¹⁸. La rivalidad entre centros de poder fuertes era considerada no sólo divisionista en términos sociales, y contraria a la unidad nacional, sino que planteaba una amenaza mortal a los experimentos republicanos. Concentrándose en éste y otros obstáculos al éxito de sus ambiciosos proyectos, los estadistas-arquitectos de las nuevas repúblicas no sólo fueron incapaces de imaginar el poder que los gobiernos centrales habrían de llegar a tener en la era moderna: sencillamente, dieron por sentada (y por cierto contaron con) la existencia ininterrumpida de grupos tales como la familia, los vecindarios, los condados, los municipios y las asociaciones en pequeña escala de variada índole. Sin llegar a ser facciones, ellos constituían el universo habitual y cotidiano de sus miembros. Eran el tejido mismo de la sociedad. La voz de Edmund Burke se alzaba solitaria para advertir que también estas agrupaciones se verían, en el largo plazo, amenazadas por fuerzas sociales que estaban rompiendo todos los nexos entre los individuos. E hizo una formulación temprana, que es citada a menudo, de una idea que habría de atraer la atención de ciertos teóricos sociales (principalmente franceses) en

¹⁶ Marcel Waline, *L'individualisme et le droit* (1945), p. 323.

¹⁷ E. du Pontavice, citado en Alain Bénabent, “La liberté individuelle et le mariage” (1973), p. 494.

¹⁸ Jean-Jacques Rousseau, “The Social Contract” (1973), pp. 247-248; James Madison, *The Federalist*, números 10 y 51.

el siglo diecinueve, cuando quedó claro para ellos que ya no era posible dar por sentados los grupos mediatizadores:

El compromiso con una sub-división, el amor al reducido pelotón al que pertenecemos dentro de la sociedad, es el principio inicial (el germen donde los haya) de los afectos públicos. Es el primer vínculo en la sucesión que nos conduce al amor por la patria y la humanidad¹⁹.

Debido, quizás, a que en Francia en particular los grupos mediatizadores no sólo habían sido víctimas de algo más que un simple remezón ante el avance de la modernidad, sino que se habían convertido en blanco de una vigorosa arremetida, dos grandes escritores galos del siglo diecinueve se apresuraron a comentar los costos potenciales que podía tener la pérdida eventual de esos “reducidos pelotones” de los que hablaba Burke. Tocqueville percibió que algunos de esos costos serían políticos, en términos de las libertades mismas que los experimentos republicanos buscaban promover. Los mismos grupos que los fundadores de la nación francesa y de Norteamérica percibían como un impedimento para la consolidación del poderío nacional podían, según Tocqueville, operar luego como útiles mecanismos de control cuando los gobiernos se volvieran excesivamente fuertes y centralizados.

Tocqueville consideraba a las pequeñas comunidades políticas, en particular, como esenciales para una democracia saludable. Creía que las posibilidades de alcanzar un gobierno libre y democrático se habían visto seriamente dañadas en Francia por la virtual eliminación, por lo demás deliberada, de los gobiernos locales y participativos. Con la destrucción de los centros de poder locales y regionales y también con el declinar de los gremios y las Iglesias, no quedó nada para impedir la consolidación del gobierno central. Pero, de igual modo, tampoco quedó nada que viniera a reforzar la sociedad y mantuviera unidos a sus componentes²⁰. Los viajes

¹⁹ Edmund Burke, *Reflections on the Revolution in France* (1973), p. 59.

²⁰ Cfr. la siguiente observación de Czeslaw Milosz: “La importancia del movimiento Solidaridad en Polonia radica en que no es un fenómeno exclusivamente polaco, sino que ejemplifica un problema crucial del siglo veinte, a saber: la resistencia a la desaparición de la sociedad y su dominio por el Estado. En la Polonia de Solidaridad, por obra de ciertas fuerzas históricas, hubo una suerte de resurgimiento, o un renacer, de la sociedad en contra del Estado.

“Muy al contrario de las predicciones de Marx, he aquí el problema crucial de nuestra centuria. En lugar de ser suprimido, el Estado, como un [cáncer], ha devorado la sustancia misma de la sociedad. Destruyéndola, por cierto. Siendo un movimiento sindical, Solidaridad se resistió a ello. Y la pregunta de si a ello habrá de seguir el despertar de varias otras sociedades a la vez sometidas por el Estado es algo que no puedo responder aquí”. “An Interview with Czeslaw Milosz” (27 de febrero, 1986), p. 34.

de Tocqueville por los Estados Unidos lo condujeron a pensar que gobiernos locales como los que viera en funciones en Nueva Inglaterra habrían de preservar a los Estados Unidos del exceso de centralismo que afligía, con sus males, a Francia.

Las instituciones locales son a la libertad lo que las escuelas primarias a la ciencia; la ponen al alcance de la gente; le enseñan a la gente a valorar su apacible goce y la habitúan a valerse de ella. Sin instituciones de nivel local, bien puede ocurrir que una nación se dé a sí misma un gobierno libre, pero ello no implica que haya desarrollado un espíritu libre. Puede que las pasiones transitorias, los intereses momentáneos o las circunstancias del azar le confieran el aspecto de una entidad independiente; así y todo, las tendencias despóticas que han sido movilizadas en el corazón del cuerpo social habrán de aflorar tarde o temprano a la superficie²¹.

Los escritos de Tocqueville dan pie a un sinnúmero de ideas importantes acerca de las estructuras mediatizadoras. En el párrafo recién citado, él mismo vislumbra las organizaciones participativas como auténticas escuelas para la ciudadanía, donde el mayor rango posible de personas pueda familiarizarse con “esas formalidades sin las cuales la libertad sólo se puede alcanzar por la vía de las revoluciones”; donde ellas pueden desarrollar “un gusto por el orden” y acumular “nociones claras y prácticas acerca de la naturaleza de sus deberes y la amplitud de sus derechos”²². En la misma vena que Burke, quien creía que el *sentimiento* de la ciudadanía debía estar enraizado en la adhesión a grupos pequeños, Tocqueville se preguntaba si el *ejercicio práctico* de la ciudadanía podría sobrevivir sin la experiencia que brinda un anfiteatro algo más reducido que el del nivel nacional.

A partir de esta propuesta, el autor deriva a una consideración en torno a lo que sucede a los individuos en sociedades donde las habilidades para gobernar están diluidas en buena parte de la población. En un famoso párrafo que da cuenta de todos sus temores respecto a Francia, pero que resultó, con variaciones de grado, una visión anticipatoria de otros Estados del siglo veinte, amplía la distinción de Rousseau entre ciudadanos y sujetos:

Hay países en Europa cuyos habitantes viven algo similar a lo que siente un temporero rural, indiferente por completo al destino de la tierra que trabaja. Puede que ocurran allí, en su país, los mayores

²¹ Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* (1969), tomo 1, p. 63.

²² *Ibidem*, p. 70.

cambios imaginables, pero será sin su participación; ni siquiera sabe con precisión qué ha sucedido en rededor; está lleno de dudas; sólo por azar se ha enterado, de oídas, de lo que está ocurriendo. Peor aún, las condiciones de su aldea, el patrullaje de sus caminos y la reparación de su iglesia y de la casa del párroco no le importan; piensa, en rigor, que todo ello tiene poco que ver con él y que es asunto, más bien, de un gran desconocido, dueño de un gran poder, al que denominan 'el gobierno'. Por su parte, disfruta de cuanto tiene como si fuera un inquilino más, sin un sentimiento de propiedad sobre ello y ninguna sensación de que él mismo esté progresando [...]. Por añadidura, este hombre que ha sacrificado de manera tan absoluta su propio albedrío no gusta mucho más de la obediencia que su vecino. Se somete, cierto es, al capricho de un funcionario, pero tan pronto como la fuerza se repliegue, habrá de jactarse de su triunfo sobre la ley como si ésta fuera un enemigo recién doblegado. Alterna, pues, todo el tiempo entre el servilismo y el libertinaje. Cuando las naciones llegan a este punto, deberán cambiar sus leyes o sus costumbres, o, de lo contrario, perecerán, pues la fuente de las virtudes públicas se ha secado; en tales circunstancias, quedan aún sujetos en rededor, pero no ciudadanos²³.

Tocqueville llama repetidas veces la atención sobre los nexos entre el individualismo, la preocupación por el bienestar material y la propensión al despotismo²⁴.

En una comunidad en la que los vínculos de familia, de estirpe o clase, y las fraternidades gremiales ya no existen, la gente es más propensa a pensar exclusivamente en sus propios intereses, a ser presa del egoísmo que se solaza en un individualismo estrecho de miras y que no le importa en absoluto el bien público. Lejos de intentar contrarrestar tales tendencias, el despotismo las incentiva, privando a los gobernados de cualquier sentido de solidaridad e interdependencia; de sentimientos de buena vecindad y del deseo de promover y engrandecer el bienestar de toda la comunidad. Los mantiene enclaustrados, por así decirlo, a cada uno en su vida privada, y, aprovechándose de la tendencia que todos exhiben a permanecer alejados, los enajena aún más. Sus sentimientos recíprocos estaban ya en vías de enfriarse; el despotismo acaba congelándolos²⁵.

Según Tocqueville, entonces, la aparición simultánea del individuo libre y con derecho a la autodeterminación y del Estado-nación centraliza-

²³ Ibídem, pp. 93-94.

²⁴ Christopher Lasch ha desarrollado en su obra estos temas con sumo refinamiento y gran vigor, en especial las implicancias del individualismo norteamericano. Véase, en particular, *Haven in a Heartless* (1977), y *The Culture of Narcissism* (1979).

²⁵ Tocqueville, cita previa, *The Old Regime and the French Revolution* (1955), p. xiii.

do fueron dos grandes logros históricos que supusieron, a la vez, un peligro y un avance para la libertad humana. Con la erradicación, o el mero declinar, de los subsistemas institucionales que había entre los individuos y el Estado se perdió un factor de contrapeso; ello contribuyó a atrofiar las habilidades para gobernar y puso en peligro cierta fuerza de carácter e independencia de espíritu que, según el autor, sólo se podían desarrollar en el seno familiar y en las pequeñas comunidades locales. Paradójicamente, entonces, ciertas formas de organización social que en condiciones feudales habían sido, con suma frecuencia, una fuente de opresión, aparecían ahora capaces de contrarrestar tanto a los poderes oficiales como el egoísmo de los individuos en las nuevas y grandes repúblicas mercantiles. Al parecer, resultaba aconsejable hacer una reevaluación del papel que jugaban las asociaciones intermediadoras modernas: una reevaluación que tomara debidamente en cuenta las funciones benéficas que ellas podían llegar a desempeñar en las nuevas circunstancias sociales.

En Francia, a medida que las estructuras mediatizadoras siguieron perdiendo terreno durante el siglo diecinueve, el interés académico por la función social de las mismas creció aun más. Era casi como si los líderes revolucionarios, al convertir el asunto en un eslogan y ‘rotular’ su existencia como un problema, hubieran conseguido que los herederos de la Revolución percibieran el declinar de tales grupos como una fuente eventual de otra clase de problemas. En otros países en los que los grupos mediatizados habían llamado menos la atención, su función social fue apenas reconocida, salvo en forma oblicua por autores como Otto Gierke, Charles Horton Cooley y G. H. Mead. Por cierto, Marx y Maine se habían apresurado a detectar la autonomía creciente del individuo a medida que la vieja sociedad de grupos se iba disolviendo. Y aunque Maine dio la bienvenida al proceso, entendiéndolo como una forma de liberación, Marx percibió con más profundidad el precio que el individuo libre y con derecho a la autodeterminación habría de pagar en términos de aislamiento y alienación. Pese a ello, la tradición jurídica marxista demostró, cuando menos hasta fecha reciente, escaso interés en preservar a los grupos que podrían plantear obstáculos a la formación de los Estados socialistas y alentar nefastos rebotes del pasado burgués y feudal.

Por las razones que sean, fueron los franceses quienes hicieron suyo el tema. Émile Durkheim retomó el problema allí donde Tocqueville lo había dejado, añadiendo a sus consideraciones la conclusión de que el debilitamiento de las asociaciones mediatizadoras podía no sólo obstaculizar el ejercicio efectivo de la ciudadanía sino tener nocivas implicancias

para el desarrollo de la personalidad humana. En la conclusión de su famoso estudio acerca del suicidio, el autor llamó la atención sobre los que él suponía eran los costos humanos de la desintegración de la sociedad moderna: la pérdida de los vínculos no sólo con otras personas, sino con el pasado y el futuro; en breve, una profunda pérdida de sentido²⁶. Al igual que Tocqueville, Durkheim temía que la relación no mediatizada del Estado y el individuo fuera un mal presagio para la vida social y política:

Una sociedad formada por un número infinito de individuos desorganizados, a los que un Estado hipertrofiado se viera forzado a reprimir y coartar, es una auténtica monstruosidad sociológica [...]. Cuando el Estado se transforma en el único entorno posible para que los hombres desarrollen una vida en comunidad, ellos pierden, inevitablemente, todo contacto entre sí, se tornan descomprometidos y, en consecuencia, la sociedad acaba desintegrándose [...]. La falta de cualesquiera instituciones corporativas genera entonces [...] un vacío cuya gravedad no es preciso exagerar. Es todo un sistema de órganos, necesario para el normal funcionamiento de la vida en común, el que se echa en falta²⁷.

Sin embargo, a diferencia de Tocqueville, Durkheim dudaba de que las comunidades locales, los grupos religiosos o la familia pudieran brindar demasiado apoyo al individuo en el mundo moderno. Medio siglo después de que su gran predecesor concluyera su obra, le pareció a Durkheim que “los lazos que nos atan [a las comunidades] se hacen cada día más frágiles y más perecibles”²⁸ y que las religiones comunitarias habían perdido ya buena parte de su autoridad y su efectividad²⁹. Desde su perspectiva, ni siquiera cabía esperar que la familia jugara un rol demasiado importante para mitigar el aislamiento individual o promover la cohesión social. En 1897, cuando la sensiblería popular acerca de la vida familiar estaba quizás en su punto culminante, Durkheim escribió un texto oscuro y pesimista en que hacía una evaluación de la condición de la familia. Allí hacía notar las discontinuidades que comenzaban a caracterizar las relaciones familiares:

Ha habido, de hecho, cambios en la formación de la familia que no le permiten ya tener la misma influencia preservadora de antaño. Hubo una época en la que ella mantenía dentro de su órbita a la mayoría de sus integrantes, desde el nacimiento hasta su muerte, y formaba con ellos una masa compacta, indivisible y dotada de cierta

²⁶ Émile Durkheim, *Suicide* (1966), pp. 297-392.

²⁷ Émile Durkheim, *The Division of Labor in Society* (1964), pp. 28-29.

²⁸ *Ibidem*, p. 27.

²⁹ Durkheim, *Suicide* (1966), pp. 374-375.

permanencia, mientras que hoy en día su duración es extremadamente breve. Apenas si ha alcanzado a formarse cuando ya comienza a dispersarse. Tan pronto como ha concluido la primera etapa en el crecimiento de los hijos, éstos suelen partir para completar su educación lejos del hogar; por añadidura, se ha vuelto casi la regla que, tan pronto como alcanzan la adultez, se instalan a vivir lejos de sus padres y el hogar queda desierto. Se diría que en la actualidad, y durante buena parte del tiempo, la familia está reducida a la pareja de cónyuges [...].

Por ende, dado que hoy juega un rol bastante menor en la existencia de los individuos, ya no basta en sí misma como un objetivo de vida. No es, por cierto, que nos importen menos que antes nuestros vástagos, sino que ellos están entreverados de manera menos cercana, y en forma algo más discontinua, con nuestra propia existencia, a raíz de lo cual esta última requiere de algún otro fundamento como su razón de ser. Puesto que hemos de vivir sin ellos, necesitamos también volcar nuestros pensamientos y actos hacia otros objetos³⁰.

Esta dispersión periódica de los miembros de la familia hacía imposible preservar, en el curso de las generaciones, un sentido de pertenencia. Durkheim hizo notar la importancia decreciente de los símbolos tradicionales de la continuidad familiar: el apellido familiar con sus recuerdos asociados, el hogar y la tierra ancestrales con su peculiar historia que suscitaba la adhesión de todos quienes compartían una misma sangre. Tras haber sido alguna vez un grupo dotado de una unidad abstracta e impersonal, la familia se estaba convirtiendo “en apenas una cifra cualquiera de individuos, unidos por el afecto mutuo”³¹. A Durkheim le parecía irreversible dicho proceso.

Hubo una época en la que el entorno local estaba más o menos vetado a terceros por la costumbre, por las tradiciones o la dificultad de las comunicaciones, época en la que cada generación seguía forzosamente en su lugar de origen o cuando menos podía no moverse demasiado lejos de él. Pero, a medida que estas barreras se fueron diluyendo, y a medida que estos ambientes inicialmente restringidos quedan nivelados y entremezclados, los individuos se dispersan de modo inevitable, en conformidad con sus propias ambiciones y para promover sus intereses en el espacio más vasto que ahora se abre ante ellos. Ningún esquema puede, por consiguiente, contrarrestar esta tendencia de las abejas a escapar en masa, ni restaurar la indivisibilidad que fue alguna vez la fuerza de la familia³².

³⁰ *Ibidem*, p. 377.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*, p. 378.

Nada de lo que ha venido ocurriendo desde que Durkheim redactó estos párrafos permite suponer que estuviera equivocado en algún sentido. Si algo ha ocurrido, es más bien que el proceso que él describió parece haberse intensificado. Con todo, Durkheim no pretendía, como tampoco Tocqueville, restaurar las instituciones del *ancien régime*. En lugar de ello, hacía descansar sus esperanzas en lo que a él mismo le parecía, al despuntar el siglo veinte, la más promisorio entre las fuentes posibles de cohesión social: las asociaciones laborales, o “corporaciones”, con lo cual aludía no a los sindicatos u organizaciones empresariales como tales, sino a todos los grupos de individuos que cooperan en una misma profesión, negocio u ocupación³³.

Por desgracia para esta teoría, la vida laboral, al igual que la vida política, ya estaba siendo dominada por mega-organizaciones. Las corporaciones y otras asociaciones impersonales podían servir, en ocasiones, como contrapeso a los poderes públicos, cuando no los cooptaban o eran cooptadas por ellos, pero difícilmente podían aportar aquello que se iba perdiendo a medida que la sociedad conformada por grupos se volvía una sociedad de individuos. Cuán decepcionado se hubiera sentido el propio Durkheim de haber leído la carta siguiente, remitida por un obrero francés a la sección cartas de *Le Nouvel Observateur* en 1976:

Bernadette y yo no queremos tener hijos [...]. Ella trabaja en el Servicio de Correos y Telégrafos y yo soy repartidor. Y vivimos hoy en un pequeño departamento de los suburbios.

Aun cuando la mayoría de la gente que conocemos no lo entiende, no queremos pasar el resto de nuestra vida en estas condiciones; esto es, cada uno de nosotros cumpliendo todos los días con una labor monótona, repetitiva, que no deja lugar a la iniciativa, sin responsabilidades, sin un significado social real y por añadidura fatigosa, acalambrante.

Si tuviéramos uno o dos hijos, tendríamos que dejarlos en una guardería, luego en el jardín infantil y más tarde en la escuela, lo cual implica pasar incluso más tiempo arriba del transporte público y ver a los niños ‘a la carrera’ y al atardecer, con aún más labores que hacer en casa. Nuestros respectivos salarios no nos permiten dejar de trabajar, a ninguno de los dos. Y me parece que niños criados en las condiciones de hoy serían incluso más infelices y crecerían aún más desorientados que como lo hicimos nosotros [...]. Una verdadera familia es aquella en la que se lleva a cabo, todos los días del

³³Ibidem, pp. 378-384; Durkheim, *The Division of Labor in Society* (1964), pp. 1-38. Cfr. teoría de Hegel acerca de las “corporaciones” en *Philosophy of Right* (1942), párrs. 250-256.

año, alguna tarea en común, con el solo propósito de conseguir que quienes habrán de sobrevivirnos sean más felices que nosotros mismos.

La situación que describe el firmante de esta carta dista con mucho de ser atípica en las sociedades contemporáneas. Para Bernadette y su esposo, las consideraciones en torno al costo y la cercanía de los medios de transporte a su lugar de trabajo influyeron, con toda probabilidad, en su decisión de vivir en una subdivisión más bien monótona y sombría del extrarradio parisino. De manera creciente, en los países de los que nos hemos ocupado aquí, los barrios que la gente elige y los grupos a los que pertenecen no son comunidades “que combinen todos o la mayoría de los factores requeridos para vivir bien, sino asociaciones formadas sobre la base de semejanzas muy específicas en cuanto a empleo e ingresos”³⁴. Hubo una época en la que vastos sectores creyeron que la familia podía servir como una suerte de edén, en el que uno podría refugiarse de la agresión psicológica de la vida urbana y de los desencantos del mundo laboral³⁵. Pero ese refugio, si alguna vez existió, difícilmente podía permanecer intocado por las fuerzas que fueron transformando el mundo a su alrededor. Ciertamente, las expectativas exageradas acerca de lo que podrían ofrecer las relaciones personales, por la vía de compensar las privaciones experimentadas en todos lados, quizás contribuyeron a dificultar aún más la intimidad y la solidaridad familiares.

Ecología de la familia

Pese a que el sistema legal ha desplazado su foco de atención de la familia al individuo, la sociedad descansa hasta hoy en la primera y espera aún que ella juegue un papel crucial en el cuidado de los menores, los ancianos, los enfermos, los discapacitados graves y los necesitados. Incluso en los Estados benefactores más avanzados, las familias de todos los niveles de ingresos son un recurso fundamental para el Estado, ya que comparten con los organismos públicos, en múltiples formas y en mayor o menor grado, el peso de la dependencia. Históricamente, la mayoría de los programas de asistencia social se desarrollaron sobre la premisa de que los individuos debían recibir ayuda estatal sólo cuando su familia (que supuestamente abarcaba a un vasto círculo de parientes) era incapaz de cuidar de ellos.

³⁴ Wilson Carey McWilliams, “Democracy and the Citizen: Community, Dignity, and the Crisis of Contemporary Politics in America” (1980), pp. 79, 99.

³⁵ Christopher Lasch, *Haven in a Heartless World* (1977).

Dicho supuesto cambió en forma gradual. Los programas de asistencia social han asumido hoy una mayor responsabilidad en garantizar un estándar de vida mínimo a todos los miembros de la sociedad, especialmente cuando las necesidades de un ciudadano son, al parecer, el resultado de fuerzas sociales y económicas que escapan a su control. En ciertas áreas de la vida, la idea de una responsabilidad estatal prioritaria resulta prácticamente incuestionable, como ocurre, por ejemplo, con la educación formal de los niños. En otras, la idea de que la responsabilidad privada quede de lado suscita gran controversia, como sucede con la mantención de los hijos luego del divorcio. Pero incluso con la proliferación de varios tipos de asistencia estatal, de servicios y cuidados institucionales, la familia es aún el principal recurso con que cuenta la sociedad para enfrentar el problema de la dependencia. La familia en sus varias formas proporciona así importantes servicios no sólo a sus miembros sino también al Estado.

La capacidad de la familia para llevar a cabo esas tareas que la sociedad le encarga se ha visto, pese a todo, dramáticamente alterada por los cambios en la estructura familiar, en los índices de participación femenina en la fuerza laboral y en el carácter mismo de la dependencia. La familia moderna de dos proveedores con hijos, y en particular la familia de un único progenitor, que debe lidiar con sus miembros dependientes, ha de descansar en mayor medida en sistemas de apoyo externo que el hogar a cargo del ‘ama de casa que es a la vez proveedora’, el que ahora se ha vuelto atípico. Y a la vez que la cantidad disponible de ‘personas que velan por otras’ dentro de la familia se ha ido reduciendo, la composición del grupo necesitado de cuidados se ha modificado porque ahora incluye menos niños y más discapacitados y ancianos que como ocurría a la vuelta del siglo. En esta situación históricamente nueva, no ha aparecido, hasta aquí, ningún sucedáneo absoluto del aporte voluntario de cuidados, servicios e ingresos que hacen los miembros de la familia —ni se lo vislumbra de momento en el horizonte. El apoyo de la familia seguirá siendo, con toda probabilidad, un mecanismo indispensable para que la sociedad como un todo se enfrente al problema de la dependencia de los menores, los discapacitados y los ancianos más frágiles. Ello no obstante, la institución requiere cada vez de más ayuda para realizar sus tareas, y dado que, de entre sus integrantes, quienes las realizan son preferentemente las mujeres, el problema de la ayuda familiar está inextricablemente ligado a varias otras cuestiones problemáticas y relacionadas con la política demográfica, con la igualdad entre los géneros y con la política laboral.

Todos los países cuyo sistema legal hemos examinado aquí luchan hoy para superar las tensiones que se derivan de sus esfuerzos simultáneos por mantener la productividad de la fuerza laboral, establecer condiciones dignas para la crianza de los hijos, alcanzar una tasa adecuada de crecimiento demográfico y garantizar la igualdad de trato a hombres y mujeres. Y todos están tratando de definir un concepto de igualdad entre los sexos que tenga en cuenta el papel de la mujer en la procreación y la crianza, sin que ello signifique perpetuar su subordinación. Pese al hecho de que esa noción igualitaria (entendida de múltiples formas) ha sido en rigor una de las influencias transformadoras más poderosas dentro del derecho de familia moderno, los problemas fundamentales que aún quedan por resolver dentro del derecho de familia y la política familiar son los que se relacionan con la situación de las mujeres que están criando a sus hijos, soportan la carga de otras funciones hogareñas y del cuidado doméstico y trabajan al mismo tiempo en oficios en que su paga, su *status* y su propia seguridad son inferiores a los de la mayoría de los trabajadores varones.

Se han puesto en marcha múltiples programas para ayudar a las mujeres a desarrollarse en sus varios roles sociales. Algunos países han sido muy generosos a la hora de ofrecer ayuda a la maternidad, cuidados infantiles y subsidios familiares, pero hoy nadie está muy seguro de lo que el sistema jurídico y el Estado pueden o deberían hacer en relación con los problemas algo más profundos que hacen tan arriesgados los roles de madre y guardiana del hogar. Hoy se habla mucho, pero con gran imprecisión, de ‘fortalecer’ la familia; sin embargo, no hay hasta aquí grandes razones para suponer que pueda lograrse tal cosa y tampoco sabemos la forma de hacerlo, o qué función —si le cabe alguna— le corresponde al sistema legal en todo ello. Algunos sectores propician una mayor ayuda pública a la familia; otros sostienen que la ayuda estatal puede tener efectos nocivos y debilitantes. Pero la discusión planteada en términos de una elección entre la intervención y la no intervención es tan simplista y poco provechosa como aquella otra que intenta diferenciar claramente entre intereses individuales y sociales³⁶. Estas falsas dicotomías tienden a oscurecer el hecho de que los gobiernos actuales no pueden evitar influir en la familia de las más variadas formas, directa o indirectamente, y que los individuos

³⁶ Para una visión crítica al respecto, véase Martha Minow, “Beyond State Intervention in the Family: For Baby Jane Doe” (1985), pp. 933, 1010; y Bruce C. Hafen, “The Constitutional Status of Marriage, Kinship, and Sexual Privacy. Balancing the Individual and Social Interests” (1983), pp. 463, 470-471.

suelen beneficiarse no sólo por tener ‘derechos’, sino también por verse rodeados de cierto tipo de acuerdos sociales.

Otra forma de concebir el fortalecimiento de la familia consistiría en adoptar un enfoque de carácter más ecológico: en preguntarse si el Estado puede ser capaz de ayudar indirectamente a la familia y a sus integrantes por la vía de contribuir a la vitalidad de las comunidades en pequeña escala que la circundan. En la actualidad, el discurso jurídico no reconoce suficientemente el hecho de que los miembros de un grupo familiar pueden requerir, al igual que precisan de ciertos derechos, de un entorno nutritivo, o que la familia en sí puede requerir de ciertas comunidades circundantes para funcionar bien. Al ignorar sistemáticamente —aunque en su mayor parte sin quererlo— a los ‘reducidos pelotones’ de los que la familia y los individuos han extraído siempre el sustento emocional y material, los sistemas jurídicos modernos contribuyen quizás, en algún grado, a su propia atrofia. Al buscar otros fines sociales en áreas como las de las prestaciones sociales, la renovación urbana y la política industrial, sin considerar su impacto en la familia, en los vecindarios, en las Iglesias y en otras asociaciones, los gobiernos han erosionado con frecuencia las condiciones en las que florecen tales asociaciones. Esta suerte de indiferencia legal ante asuntos de vital importancia para mucha gente común y corriente es atribuible en parte a las preocupaciones específicas de los tecnócratas que predominan en los actuales gobiernos, partidos políticos, corporaciones, medios de comunicación masiva y otras organizaciones en gran escala que operan a considerable distancia de donde discurre la existencia del ciudadano medio³⁷. Para los miembros de esta ‘nueva clase’, los lazos con las personas y con los lugares, las creencias religiosas o el apego a la tradición son, con suma frecuencia, irrelevantes o incluso contraproducentes³⁸. Personas de gran movilidad geográfica, y cuyo prestigio, poder y gratificación personal proceden de su trabajo, son las que hoy ejercen mayor influencia en las sociedades modernas y, a menudo, “adoptan, libres de cualquier atadura, medidas que socavan la estabilidad geográfica y debilitan a frágiles comunidades de cuyo apoyo concreto y emocional dependen otros sectores”³⁹.

Claude Lévi-Strauss es el último de los grandes teóricos sociales franceses que destacó la importancia política del entorno personal —hoy sometido a graves amenazas— que representan las comunidades locales, la

³⁷ Robert E. Rodes, Jr., “Greatness Thrust Upon Them: Class Biases in American Law” (1983), p. 1.

³⁸ Wilson Carey McWilliams, “American Pluralism: The Old Order Passeth” (1976), pp. 293, 315.

³⁹ Rodes, “Greatness Thrust Upon Them: Class Biases in American Law” (1983), p. 6.

familia, las organizaciones religiosas y laborales y otras asociaciones voluntarias. Con ocasión de la invitación que recibiera para hablar ante la comisión especial sobre las libertades de la Asamblea Nacional de Francia, insistió en que no es posible alcanzar un grado significativo de libertad en una sociedad conformada por individuos aislados:

Contrariamente a lo que proponía Rousseau, que aspiraba a abolir toda microsociedad dentro del Estado, la restauración en algún sentido de las microsociedades ofrece la última posibilidad de inyectarles a muchas formas hoy achacosas de la libertad una dosis renovada de vigor y salud. Por desgracia, hoy no está en manos del legislador revertir la caída de las sociedades occidentales por la pendiente en que se han ido deslizado durante varios siglos —con suma frecuencia siguiendo nuestro propio ejemplo histórico [el ejemplo francés]. Pero el legislador, al menos, puede estar atento a la reversión de esta tendencia, de lo cual hay indicios aquí y allá; y puede alentarla en sus manifestaciones más imprevisibles, pese a lo muy disonantes y hasta chocantes que ellas puedan parecer en ocasiones. En todo caso, el legislador debiera evitar cualquier gesto que obstaculice esa reversión o, una vez afianzada, que le impida seguir su curso”⁴⁰.

Aparte de estas recetas de índole general, nadie parece tener, así y todo, ninguna propuesta específica para robustecer las estructuras mediatizadoras. Puede que ello se deba, como Lévi-Strauss lo sugiere tangencialmente, a que las microsociedades (como el resto de las instituciones humanas) tienen un lado oscuro, al que quizás sea preciso hacerle frente.

Ello no obstante, hay una corriente aún tenue, pero en expansión, de desafíos a los estilos prevalecientes del discurso legal y político que sólo tienen en cuenta al individuo, al mercado y al Estado. Notable, entre todos ellos, es un estudio monográfico de Peter Berger y Richard Neuhaus, en el que proponen no sólo que los gobiernos debieran asumir como un objetivo social importante la protección de los vecindarios, de las Iglesias, la familia y otras asociaciones voluntarias, sino, además, que los organismos gubernamentales debieran utilizar preferentemente a dichas organizaciones siempre que esté en juego algún objetivo social⁴¹. Pero articular tales propuestas equivale a plantearse una gama completa de nuevos problemas y escollos.

⁴⁰ Claude Lévi-Strauss, “Reflections on Liberty” (1985), p. 288.

⁴¹ Peter L. Berger y Richard J. Neuhaus, *To Empower People: The Role of Mediating Structures in Public Policy* (1977). Véanse también los ensayos de Wilson Carey McWilliams: “On Equality as the Moral Foundation for Community” (1977), p. 212; McWilliams, “Democracy and the Citizen: Community, Dignity, and the Crisis of Contemporary Politics in America” (1980), pp. 100-101.

¿Cómo podría implementarse una política como ésta cuando en la teoría jurídica escasean los conceptos o el léxico para tratar con grupos como éstos? Las dificultades políticas y técnicas serían formidables, y el tema en sí ha atraído escasamente la atención de la mayoría de los juristas, que suelen estar abocados a la cuestión de los derechos individuales, a atacar o engrandecer al Estado o a preservar la maquinaria burocrática.

Es más, existen serias dudas de si los líderes de las democracias liberales (aun cuando se los pudiera convencer de que las estructuras mediatizadoras merecen su atención) estarían dispuestos a aceptar el sorprendente consejo de Lévi-Strauss de incentivar las tendencias opuestas a lo que él percibe como un proceso de decadencia social, “pese a lo muy disonantes o chocantes que ellas puedan parecer en ocasiones”. Lo más probable es que todo intento legislativo en pro de tales grupos supondrá un cuidadoso examen para verificar si el funcionamiento interno del grupo concuerda con los valores ampliamente aceptados (o, en el caso de asociaciones más vastas que la familia, con los valores que propicia el régimen político)⁴². Todo el mundo sabe que la familia y otras comunidades estrechamente cohesionadas pueden ser semilleros de desigualdad y opresión. Puede ocurrir que el débil, el dependiente y el que es distinto sufran abusos y queden desprotegidos en la familia, como bien puede suceder que sean protegidos por ella. Y familias enteras o individuos pueden verse excluidos y aislados en las comunidades locales y las asociaciones voluntarias, o bien pueden ser apoyados por ellas. Una familia, o un grupo, en determinadas circunstancias puede convertirse en una aterradora maraña patológica.

⁴² Richard Stewart, por ejemplo, refiriéndose a asociaciones algo más alejadas de la vida diaria que los grupos mediatizadores de los que aquí nos ocupamos, ha planteado el problema en términos de cómo hacer a los “subsistemas institucionales” no sólo más autónomos sino más sensibles ante sus integrantes, sin por ello socavar “la integridad del orden político y económico general y la fidelidad de los subsistemas a valores y objetivos generalizados en la sociedad”. Richard B. Stewart, “Reconstitutive Law” (1986), pp. 86, 100-101. La percepción de Stewart de un marco institucional que serviría en forma simultánea a “los valores republicanos y comunitarios que se cultivan dentro de las organizaciones” y a “los valores societales de la diversidad y la aspiración que trascienden a las organizaciones particulares...” (Book Review [1987], pp. 371, 387) es de gran atractivo, y descansa en la idea de que la participación en el proceso deliberante de un grupo “puede tener una función constitutiva, transformando las preferencias y valores de los miembros individuales y fortaleciendo los sentimientos de solidaridad” (ibídem, p. 381). Pero si la participación, la sensibilidad ante los miembros del grupo y la deliberación han de quedar garantizadas por normas gubernamentales o bajo la supervisión del Estado, ¿se requerirá de mucha sabiduría y mucho arte para promover y mantener estos procedimientos sin destruir el grupo! La historia del derecho laboral en los Estados Unidos ejemplifica tanto las dificultades como las posibles ventajas de un intento parecido.

¿Por qué, pues, planteó Lévi-Strauss tan radicalmente su sugerencia a la Asamblea Nacional de Francia? ¿Quería el antropólogo decir, implícitamente, que la preservación de un grado significativo de libertad en la sociedad puede requerir de ciudadanos con ciertas virtudes particulares —como la moderación, la cooperación y la generosidad—, virtudes que sólo pueden desarrollarse al interior de grupos relativamente pequeños? ¿Y que no cabe esperar de los grupos en los cuales son promovidas esas virtudes, que sean, ellos mismos, un modelo de democracia y libertad? ¿O estaba simplemente recordándonos lo muy difícil que nos resulta a todos sobreponernos a nuestros propios prejuicios, condicionados por la cultura?

Suele ocurrir, por cierto, que los valores fundamentales de los grupos mediatizadores son impopulares o que los miembros de esos mismos grupos son religiosa o étnicamente distintos de la mayoría⁴³. Obviamente, hay delicados equilibrios que preservar, y hemos de asumir que cualquier cambio importante en el enfoque del derecho relacionado con las asociaciones intermedias generará nuevos problemas que hoy resultan imprevisibles. No parece haber ningún curso de acción sencillo o que esté libre de imprevistos, pero los riesgos de seguir por la senda de creciente aislamiento individual en las burocracias públicas o privadas inmensamente poderosas de nuestra época parecen mayores que los de intentar promover, o cuando menos abstenerse de lesionar, a los grupos intermedios relativamente frágiles⁴⁴.

¿Qué diferencia hace el derecho?

En este punto, es prudente señalar lo que las reflexiones en torno al derecho de familia nos indican: que deberíamos actuar con cautela a la hora

⁴³ La ley sueca contraria a los azotes ejemplifica la tensión entre la promoción de valores ampliamente aceptados y el resguardo de las estructuras mediatizadoras. Puede que el castigo corporal resulte chocante para la mayoría de la gente, a la luz de ideas comúnmente aceptadas acerca de la crianza, pero también puede ser que este tipo de disciplina forme parte integral de las estructuras familiares en que se insertan los trabajadores foráneos en las ciudades de Suecia.

⁴⁴ El problema en extremo complejo de diseñar instrumentos para propiciar las estructuras mediatizadoras y a la vez proteger al individuo escapa a los alcances del presente volumen. Hasta aquí, prácticamente la totalidad de la labor académica desarrollada en esta línea se ha ocupado de los gobiernos o las empresas locales y de las organizaciones sindicales. En relación a tales tipos de asociaciones, el sociólogo del derecho Gunther Teubner ha postulado lo que él denomina un “trilema reglamentario”: concepto alusivo a la alta probabilidad de que las regulaciones jurídicas que no respeten la reglamentación interna y los procesos reproductivos de los subsistemas sociales: 1) resulten irrelevantes, 2) tengan un efecto destructivo en el área de la vida social implicada, o 3) acaben desintegrándose bajo las presiones de los sectores políticos o sociales afectados. “Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions” (1987), pp. 21, 27.

de pedirles demasiado al derecho de familia y a las políticas públicas. En múltiples ocasiones a lo largo de este estudio hemos podido advertir el limitado poder que tienen las disposiciones legales, por sí solas, cuando se trata de impulsar o retardar cambios sociales de gran envergadura en el ámbito de la vida familiar. Tras examinar los desarrollos en el derecho de familia de los últimos veinticinco años, ellos resultan a menudo, por más sorprendentes que nos parezcan, bastante menos considerables que ciertos virajes anteriores, y en proceso, en las ideas acerca de la vida familiar o en los patrones de comportamiento de la familia. A fin de cuentas, las reformas legales iniciadas en los años sesenta no destruyeron la familia tradicional. Lo que hicieron, en esencia, fue consolidar, y en ocasiones reforzar, el poder de varios movimientos que ya estaban avanzando.

Pero, así como debiéramos cuidarnos de no albergar expectativas exageradas acerca de lo que el derecho puede lograr por sí solo, hemos de cuidarnos a la vez de no caer en el error opuesto: de minimizar en exceso su capacidad de influir en las tendencias sociales. El sistema jurídico de un país, al igual que el arte, la religión, la economía y la historia, influye y es influido a la vez por la cultura en la que emerge, y aun cuando sus efectos sean modestos, no son siempre triviales. Las disposiciones legales pueden dar forma, moldear y conferir una dirección decisiva a fenómenos sociales difusos y ambiguos. Muchas de las corrientes legales descritas en los capítulos precedentes han hecho aportes, como afluentes, a la formación de esquemas culturales de significado que determinan en buena medida el modo en que experimentamos, recordamos, imaginamos o proyectamos los acontecimientos y relaciones básicos de nuestra vida. Esto es lo que hace ilusoria, y hasta cierto punto riesgosa, la noción de que el derecho de familia puede ser absolutamente neutral. No es menos real, por no ser cuantificable, el efecto de, por ejemplo, las leyes que permiten el divorcio unilateral a petición de los cónyuges sobre la forma en que la gente vive y concibe sus respectivos compromisos⁴⁵.

La pregunta que deben hacerse los líderes políticos es la de cuánto peso asignarle, si le cabe alguno, a este tipo de factor en el proceso legislativo. Es probable que el sistema legal, cuando está en armonía con otras fuerzas sociales, sinérgicamente tendrá un efecto mayor en combinación con ellas que el que provocaría por sí solo. Pero cuando los mensajes emitidos a través de la legislación van en la dirección contraria a los que prevalecen en todos los demás frentes de la cultura, su efecto sobre las ideas y el comportamiento debería ser más bien restringido. Esta línea de

⁴⁵ Louis Roussel, Jacques Commaille, Jean Kellerhals y Jean-François Perrin, "Vue d'ensemble" (1983), pp. 233-237.

razonamiento nos lleva a sospechar que, en los países aquí examinados, el derecho y los gobiernos han ejercido quizás mayor influencia al contribuir a reforzar, sin quererlo, aquellas tendencias desintegradoras identificadas por Durkheim y otros autores que cuando se han propuesto, en forma deliberada, ‘fortalecer’ la familia. Antes nos hemos referido a la posibilidad de que la acción gubernamental apoye indirectamente a los individuos y a la familia por la vía de atender a las condiciones en las que la familia y otras estructuras mediatizadoras podrían prosperar. Pero, como ocurre con el problema análogo de proteger el aire y el agua, ello requeriría tanto de la voluntad política de hacer algo como de una visión de largo plazo, los que no abundan en la sociedad moderna. Y, como en el caso de los sistemas ecológicos naturales, existe la posibilidad de que la tarea supere la capacidad de la legislación de influir para mejor.

Hasta aquí, hemos expresado nuestra preocupación ante ese poder ocasional del sistema jurídico de influir negativamente en la vida familiar, y nuestras dudas respecto a su real capacidad de provocar algo más que un débil efecto cuando se trata de apoyar o fortalecer a la familia. Es probable que otras fuerzas sociales habrán de ejercer un mayor influjo que la propia ley a la hora de determinar si habrán de confirmarse las más pesimistas de las sugerencias hechas por Tocqueville y Durkheim. Si, de hecho, ocurre que nuestras sociedades actuales están produciendo demasiados individuos incapaces de ninguna participación efectiva en la vida cívica y de sostener relaciones personales, probablemente esté fuera del alcance del derecho revertir ese proceso. Pero no es tan claro que nos encontremos efectivamente en una situación tan sombría. La historia que hoy nos cuenta el derecho acerca del matrimonio y la vida familiar es, con seguridad, más acendradamente individualista que las ideas y prácticas prevalecientes en los países aquí examinados. Es cierto que el individuo se ha emancipado de hecho, de derecho y en su imaginación, de los vínculos grupales y familiares en un grado históricamente sin precedentes, pero también ocurre que la mayoría de los hombres y mujeres pasan aún la mayor parte de sus vidas en unidades familiares interdependientes desde el punto de vista emocional y económico. Es más, los historiadores y sociólogos de la familia han dado prueba documental de la capacidad notable de esta institución para perdurar a lo largo de la historia —de su habilidad de asumir nuevas formas, de sobrevivir a los grandes cambios históricos y de adaptarse a nuevas condiciones—, todo sin ayuda del sistema jurídico.

Por más frágil y deficitaria que hoy nos parezca, la familia sigue siendo, para la mayoría de nosotros, el único escenario donde podemos realizar nuestra plena capacidad para el bien o el mal, para el goce o el

dolor. Al vincularnos a seres y emociones que son perecederos, la familia nos expone al conflicto, al dolor y la pérdida. De ellos emergen tensiones entre el amor y el deber, entre la razón y las pasiones, entre los objetivos inmediatos y los de largo plazo, entre las motivaciones egoístas y las altruistas. Pero las relaciones entre marido y mujer, entre padres e hijos, también pueden proporcionarnos marcos para resolver esas tensiones. Aun cuando, tras el debilitamiento de los vínculos legales y económicos que hemos explorado en este libro, los principales lazos que hoy mantienen unida a la familia sean exclusivamente los del afecto, tal vez podamos —si preservamos la esperanza— reconocer en esos frágiles lazos alguna analogía de ese Amor con mayúsculas que aún logra conmover a todos los hombres y mujeres de buena voluntad. La nota ejecutada por un intérprete cualquiera en un instrumento puede dar pie a una nota complementaria desde algún otro; un niño que escucha un acordeón del otro lado de la ventana quizás comience a cantar y bailar.

BIBLIOGRAFÍA

- Arraros, José. "Concubinage in Latin America". *Journal of Family Law*, 3 (1963).
- Baade, Hans. "The Form of Marriage in Spanish North America". *Cornell Law Review*, 61 (1975).
- Bassett, William W. "The Marriage of Christians-Valid Contract, Valid Sacrament?" En William W. Bassett (ed.), *The Bond of Marriage: An Ecumenical and Interdisciplinary Study*. Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press, 1968.
- Bénabent, Alain. "La liberté individuelle et le mariage". *Revue Trimestrielle du Droit Civil* (1973).
- Berger, Peter L.; y Neuhaus, Richard J. *To Empower People: The Role of Mediating Structures in Public Policy*. Washington, D. C.: American Enterprise Institute, 1977. [Publicado en castellano en *Estudios Públicos*, 49 (1993).]
- Brissaud, Jean. *A History of French Private Law*. Rapeleje Howell (traductor). South Hackensack, N. J.: Rothman Reprints, 1968.
- Brittain, John. *The Inheritance of Economic Status*. Washington, D. C.: Brookings Institute, 1977.
- Burke, Edmund. *Reflections on the Revolution in France*. Nueva York: Doubleday Anchor, 1973.
- Carbonnier, Jean. *Flexible droit*. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983.
- Coleman, James, et al. *Equality of Educational Opportunity*. Washington, D. C.: Government Printing Office, 1966.
- Commaille, Jacques; Festy, Patrick; Guibenti, Pierre; Kellerhals, Jean; Perrin, Jean-François; y Roussel, Louis. *Le divorce en Europe Occidentale: La loi et le nombre*. París: I.N.E.D., 1983.
- Corbett, Percy E. *The Roman Law of Marriage*. Oxford: Clarendon Press, 1930.

- Coriden, James A.; Green, Thomas J.; y Hentschel, Donald E. (eds.). *The Code of Canon Law: A Text and Commentary*. Nueva York: Paulist Press, 1985.
- De Jouvenel, Bertrand. *Sovereignty: An Inquiry into the Political Good*. Traducido por J. F. Huntington. Chicago: University of Chicago Press, 1957.
- De Reeper, John. "The History and Application of Canon 1098". *Jurist*, 14 (1954).
- De Tocqueville, Alexis. *The Old Regime and the French Revolution*. Traducido por Stuart Gilbert. Nueva York: Doubleday Anchor, 1955.
- . *Democracy in America*, tomo 1. Traducción de George Lawrence. Nueva York: Doubleday Anchor, 1969.
- Donahue, Charles. "The Canon Law on the Formation of Marriage and Social Practice in the Later Middle Ages". *Journal of Family History*, 8 (1983).
- Duncan, William. "The Divorce Referendum in the Republic of Ireland: Resisting the Tide". *International Journal of Law and the Family*, 2 (1988).
- Durkheim, Emile. *The Division of Labor in Society*. Traducción de George Simpson. Nueva York: Free Press, 1964.
- . *Suicide*. Traducción de John Spaulding y George Simpson. Nueva York: Free Press, 1966.
- Eekelaar, John. *Family, Law and Social Policy*. Londres: Weidenfeld & Nicholson, 1984. 2ª edición.
- Esmein, Adhémar. *Le mariage en droit canonique*, Vol. 1. Robert Génestal (ed.). París: Recueil Sirey, 1929 (2ª edición).
- . *Le mariage en droit canonique*, Vol. 2. Robert Génestal y Jean Dauvillier (eds.). París: Recueil Sirey, 1935 (2da ed.).
- Estate of Kieg*, 140P. 2d 163 (Cal. App. 1939).
- Fleig, Walther. *Die Ehescheidung im italienischen Recht*. Bielefeld: Giesecking, 1975.
- Freud, Sigmund. *Civilization and its Discontents*. (Traducción al inglés de James Strachey. Nueva York: Norton, 1961.)
- Gaudemet, Jean. *Le mariage en Occident*. París: Éditions du Cerf, 1987.
- Glendon, Mary Ann. *The New Family and the New Property*. Toronto: Butterworths, 1981.
- . *Abortion and Divorce in Western Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1987a.
- . *Irish Family Law in Comparative Perspective*. The Frances E. Moran Memorial Lecture. Dublín: Trinity College, 1987b.
- . *Sate Law and Family: Family law in Transition in the United States and Western Europe*. Amsterdam: North Holland, 1997.
- Glendon, William. "The Divorce Referendum in the Republic of Ireland: Resisting the Tide". *International Journal of Law and the Family*, 2 (1988).
- Goode, William. *The Family*. Englewood Cliffs, N. J. Prentice Hall, 1964.
- Gottlieb, Beatrice. "Getting Married in Pre-Reformation Europe: The Doctrine of Clandestine Marriage and Court Cases in Fifteenth-Century Champagne". Tesis doctoral, Columbia University, 1974.
- Gough, Aidan R. En "Book Review". *Modern Law Review*, 37 (1974).
- Hafen, Bruce C. "The Constitutional Status of Marriage, Kinship, and Sexual Privacy. Balancing the Individual and Social Interests". *Michigan Law Review*, 81 (1983).
- Hegel, G. W. F. *Philosophy of Right*. Traducción de T. M. Knox. Oxford: Oxford University Press, 1942.
- Helmholz, Richard. "Comment: Recurrent Patterns of Family Law". *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 8 (1985).

- Hübner, Rudolph. *A History of Germanic Private Law*. Francis Philbrick (traductor). South Hackensack, N. J.: Rothman Reprints, 1968.
- Hunt, David. *Parents and Children in History: The Psychology of Family Life in Early Modern France*. Nueva York: Basic Books, 1970.
- Jencks, Christopher, et al. *Inequality: A Reassessment of the Effect of Family and Schooling in America*. Nueva York: Basic Books, 1972.
- Jessep, Owen; y Luluaki, John. *Principles of Family Law in Papua New Guinea*. Waigani: University of Papua Nueva Guinea Press, 1985.
- Jolowicz, H. F. *Historical Introduction to the Study of Roman Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1967 (2ª edición).
- König, René. "Sociological Introduction". En Aleck Chloros (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 4. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1974.
- Lasch, Christopher. *Haven in a Heartless World*. Nueva York: Basic Books, 1977.
- . *The Culture of Narcissism*. Nueva York: Warner, 1979.
- Lev, Daniel S. "Colonial Law and the Genesis of the Indonesian State". *Indonesia*, 40 (octubre 1985).
- Lévi-Strauss, Claude. "Reflections on Liberty". En *The View from Afar*. Nueva York: Basic Books, 1985.
- McWilliams, Wilson Carey. "American Pluralism: The Old Order Passeth". En Irving Kristol y Paul Weaver (editores), *The Americans, 1976*. Lexington: D. C. Heath, 1976.
- . "On Equality as the Moral Foundation for Community". En R. Horwitz (editor), *The Moral Foundations of the American Republic*. Charlottesville, Va.: Univ. of Virginia Press, 1977.
- . "Democracy and the Citizen: Community, Dignity, and the Crisis of Contemporary Politics in America". En Robert A. Goldwin y William A. Schambra (editores), *How Democratic Is the Constitution?* Washington. D. C.: American Enterprise Institute, 1980.
- Madewell v. United States*, 84 F. Supp. 329. E. D: Tenn, 1949.
- Madison, James. *The Federalist*, números 10 y 51.
- Milosz, Czeslaw. "An Interview with Czeslaw Milosz". *The New York Review of Books*, 27 de febrero, 1986, p. 34.
- Minow, Martha. "Beyond State Intervention in the Family: For Baby Jane Doe". *University of Michigan Journal of Law Reform*, 18 (1985).
- . "We, the Family: Constitutional Rights and American Families". *Journal of American History*, 74 (1987).
- Müller-Freienfels, Wolfram. *Ehe und Recht*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1962.
- Noonan Jr., John T. "Novel 22". En William W. Bassett (ed.), *The Bond of Marriage: An Ecumenical and Interdisciplinary Study*. Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press, 1968.
- Parker, Stephen. "The Marriage Act 1753: A Case Study in Family Law-Making". *International Journal of Law and the Family*, 1 (1987).
- Pollock, Frederick; y Maitland, F. W. *The History of English Law*, Vol 2. Cambridge: Cambridge University Press, 1968 (2ª edición).
- Rheinstein, Max (ed.). *Max Weber on Law in Economic and Society*. Edward Shils y Max Rheinstein (traductores). Cambridge: Harvard University Press, 1954.
- . *Marriage Stability, Divorce, and the Law*. Chicago: Chicago University Press, 1971.

- . “The Family and the Law”. En Aleck Chloros (ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, tomo 4, *Persons and the Family*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1974.
- Rodes, Jr., Robert E. “Greatness Thrust Upon Them: Class Biases in American Law”. *American Journal of Jurisprudence* (1983).
- Rousseau, Jean-Jacques. “The Social Contract”. En *The Social Contract and Discourses*, traducción de G. D. H. Cole. Nueva York: Dutton, 1973.
- Roussel, Louis; Commaille, Jacques; Kellerhal, Jean; y Perrin, Jean-François. “Vue d’ensemble”. En Jacques Commaille *et al.*, *Le divorce en Europe Occidentale: La loi et le nombre*. París: Institut Nationale d’Études Démographiques, 1983.
- Sage, Zona. “Dissolution of the Family under Swedish Law”. *Family Law Quarterly*, 9 (1975).
- San Agustín. *The Retractations*. En *The Fathers of the Church*. Washington, D. C.: Catholic University Press, 1968.
- Stewart, Richard. “Reconstitutive Law”. *Maryland Law Review*, 45 (1986).
- . Book Review. *Harvard Law Review*, 101 (1987).
- Stone, Lawrence. *The Family, Sex, and Marriage in England 1500-1800*. Nueva York: Harper & Row, 1977.
- Sundberg, Jacob. “Nordic Laws”. En *Das Erbrecht von Familienangehörigen in positivrechtlicher und rechtspolitischer Sicht*. Frankfurt: Alfred Metzner, 1971.
- . “Facteurs et tendances dans l’évolution moderne du droit de la famille des pays nordiques: Rêves et Réalités”. En *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines* (Actas de las Octavas Jornadas de Estudios Jean Dabin). Bruselas: Bruylant, 1978.
- Synge, John M. *The Tinker’s Wedding*. En *The Complete Plays of John M. Synge*. Nueva York: Random House, 1960 (edición original, 1907).
- Teubner, Gunther. “Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions”. En Gunther Teubner (editor), *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*. Berlín: Walter de Gruyter, 1987.
- Waline, Marcel. *L’individualisme et le droit*. París: Domat Montchrestien, 1945.
- Winch, Robert F. “Marriage”. En *International Encyclopedia of the Social Sciences*. Nueva York: Macmillan, 1968.
- Witte Jr., John. “The Reformation of Marriage Law in Martin Luther’s Germany: Its Significance Then and Now”. *Journal of Law and Religion*, 4 (1986). □