

¿OCASO O ECLIPSE DE LA FAMILIA?
EL MATRIMONIO Y SU PROBLEMA
FUNDAMENTAL FILOSÓFICO-JURÍDICO

Danilo Castellano

1. Un dato de hecho

A fines de los años sesenta del siglo pasado Europa fue agredida por la «contestación», esto es, un movimiento general de protesta (sobre todo estudiantil) que no puede reducirse a los intentos fisiológicos de protagonismo juvenil. El viento fuerte e impetuoso de la protesta pareció entonces arrollarlo todo. Algunos tuvieron la impresión (1) de que las instituciones civiles podían hundirse merced al choque de la ola de un movimiento que, combinando a Reich con Marx, se presentaba hostil a toda forma e insensible a toda institución. *In primis*, frente al matrimonio. Y no sólo el religioso (dejado eventualmente y en la mejor de las hipótesis a la libre elección de las personas), sino también el civil y el civil con efectos religiosos. No pudiéndose en aquellos años por

(1) Para tener idea de la impresión que produjo entonces la «contestación», también en el nivel institucional, es suficiente recordar que, por ejemplo, Charles de Gaulle, presidente de la República Francesa, antes de tomar decisiones en cuanto al orden público del llamado «Mayo francés» o «Mayo del 68», consultó con los jefes de Estado Mayor de las Fuerzas Armadas y dirigió una proclama a la nación. La «contestación», en efecto, fue propiamente un vasto movimiento de revuelta, caracterizado por motivaciones sociales, políticas e ideológicas, orientado a combatir la sociedad «tradicional», con frecuencia confundida con la sociedad sociológicamente «efectiva» en los años finales del decenio de los sesenta del siglo XX. La «contestación» fue un movimiento internacional que afectó no sólo a las instituciones civiles sino también a las religiosas. La misma Iglesia Católica también sufrió una embestida en aquellos años, también porque la «contestación» apareció a muchos conciliable con la presunta (y como tal presentada) «revolución» conciliar de entonces.

razones sociológicas decretar su final, en algunos países se introdujo el divorcio (2) y se pusieron en marcha reformas radicales del derecho de familia (3). En otras palabras, se obró con cautela aunque con decisión: la familia «tradicional» se consideró «superada» (4). Ésta debía ser «redefinida», «repensada» y «reorganizada» a fin de favorecer sobre todo la plena expansión del vitalismo que representaba el alma de la «contestación» (5).

El propósito era nuevo aunque no hubieran faltado en el pasado intentos en tal sentido. Éstos, sin embargo, se habían realizado (sobre todo por las reformas ilustradas y las culturas romántica e idealista) conservando la institución del matrimonio, aunque éste viniera transformado radicalmente en sus presupuestos y en su concepción: el vitalismo se había considerado por estas doctrinas como elemento necesario del instituto del matrimonio y éste, a su vez, como su «forma» necesaria. No importa, al objeto de esta conside-

(2) A este propósito es ejemplar el «caso italiano». El 1 de diciembre de 1970 se aprobó la llamada ley del divorcio. Que fue sometida a referéndum en 1974, con el resultado de la confirmación de la Ley núm. 898/1970.

(3) En 1975, un año después de la confirmación por vía referendaria del divorcio en el ordenamiento jurídico de la República Italiana, se reformó en ésta el derecho de familia con la Ley núm. 151/1975, que acogió muchas instancias de la «contestación», de la cultura jurídica ilustrada y de la *Weltanschauung* romántico-idealista.

(4) También la cultura hegemónica en la cristiandad esposó entonces esta tesis. Bastaría pensar en el apoyo explícito e incondicionado dado a la reforma del derecho de familia italiano y, antes aún, al profuso empeño contra la familia «patriarcal», presentada (erróneamente) como «tradicional». Véanse, por ejemplo, las posiciones del histórico y difundido semanario *Famiglia cristiana* (Alba, Edizioni Paoline, 22 noviembre 1972). Para una crítica de esta opción, considerada «revolucionaria», cfr. Danilo CASTELLANO, *La «contestazione»: una via cattolica al radicalismo?*, Udine, La Nuova Base, 1977, págs. 55-60.

(5) La «contestación», pues, se inspiraba en la doctrina liberal-radical y era fenomenología del liberalismo (aunque el liberalismo se proponía por vía marxista y psicoanalítica). Por lo demás, bastaría considerar atentamente lo que escribe, por ejemplo, el liberal Leonard T. Hobhouse, para convencerse de lo fundado de la afirmación. El liberalismo —escribe, en efecto, este autor— y ha sido «un movimiento de liberación, una remoción de obstáculos y de apertura de cauces para el flujo de actividades libres, espontáneas, vitales (Leonard T. HOBHOUSE, *Liberalism*, vers. italiana, Florencia, Sansoni, 1975, pág. 53).

ración, la forma que asumiese. Lo que destaca es el hecho de que ésta –religiosa o civil– se considerase irrenunciable. El matrimonio, en efecto, se entendía generalmente por estas doctrinas como la vía para elevar «el momento de la viveza natural» –como se expresa, por ejemplo, Hegel– a «vínculo espiritual [...] indisoluble *en sí, en su derecho*»; es decir, el matrimonio era considerado la vía para elevar el vitalismo por encima de la accidentalidad de las pasiones y la pasajera y particular libido (6). Con la «contestación» y con las reformas del derecho de familia a que dio vida, así como con la introducción del divorcio, se producía un vuelco: la accidentalidad de las pasiones y la libido pasajera y particular debían prevalecer porque eran manifestación de «autenticidad» (entendida a la manera de Heidegger). Todo vínculo, sobre todo cuando es público e institucional, era considerado una negación del derecho a la libertad (propia- mente a la «libertad negativa»), un sofocar el vitalismo. Ninguna obligación, en este perspectiva, debía (y debe) ser asumida y menos aún impuesta. Todos habrían tenido (y tendrían) derecho a ser ellos mismos, entendiendo por «sí mismos» la inmediatez de su voluntad contingente, de sus pulsiones momentáneas, de sus deseos vitalistas.

2. Dos palabras sobre el título

Antes de proceder resulta oportuno precisar (y, por tanto, de aclarar) el significado del título del presente trabajo. «Ocaso», según los diccionarios, puede tener el significado de «final». Decir, por ejemplo, que la vida está en el ocaso significa que está acabando. «Eclipse», en cambio, es sinónimo de «oscurecimiento» (parcial o total) de una realidad. Hablar de «ocaso» o de «eclipse» de la familia significa preguntarse si la familia va hacia su fin o si solamente se halla «oscurecida» en el tiempo presente. También su «oscurecimiento», como quiera que sea, comporta una dificultad:

(6) Cfr. Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Lineamientos de filosofía del derecho*, parte III, sección I, §§ 161, 163.

la de acoger de modo adecuado, completo, su esencia y su fin. Si no se acoge su esencia, esto es, su concepto (regulador del obrar en cuanto «orden» de la naturaleza de una «cosa», que ésta impone a la voluntad humana), no es posible ni conocer su finalidad ni obrar –sobre todo en el plano legislativo positivo– de conformidad con su naturaleza, es decir, en el respeto de su esencia. Las normas positivas corren el riesgo, así, de hacerse instrumento del desorden y de crear dificultades para alcanzar el fin: en el caso *de quo* el fin propio de la familia.

3. Una observación preliminar más

De familia se ha hablado siempre en muchos sentidos. En la época contemporánea, sin embargo, se habla a menudo de familia en sentido impropio, a veces erróneo. En el pasado, en efecto, se ha hablado de la familia como sociedad conyugal, parental, doméstica, etc. Las definiciones usadas captaban y subrayaban un aspecto de la realidad familiar, que no excluía los otros. Estas definiciones estaban abiertas a la recíproca acogida, esto es, permitían su integración sin excluir el núcleo más profundo y escondido, representado por el contrato que origina el *consortium omnis vitae* [clásica definición del jurista romano Modestino (7)], que no es el mero *reconocimiento* de una opción de la voluntad (como entendieron, por ejemplo, el idealismo y el romanticismo), sino el necesario permanecer del acto del matrimonio, que no puede no permanecer en el tiempo en tanto la permanencia viene exigida por su propia naturaleza y finalidad. Hoy, en cambio, las definiciones sociológicas y legales (positivas) de familia se han multiplicado. Se habla, por ejemplo, de familia «nuclear», pero también de familia «extendida» (8). En este caso, la segunda definición excluye a la primera, en cuanto que en la «extendida», tal y como se entiende habitualmente, no hay núcleo: su composición

(7) *Digesto*, 23, 2, 1.

(8) El término se usa aquí en un sentido estrictamente sociológico, no es el jurídico o institucional.

variable la hace –como diría un sociólogo contemporáneo– «líquida» (9). Se habla también, por poner otro ejemplo, de matrimonio y de familia homosexual, negando así a la familia su finalidad natural (10). En resumen, debemos registrar hoy una confusión terminológica que es, propia y primeramente, una confusión conceptual y, casi siempre, signo de decadencia moral.

Es oportuno, por tanto, buscar de captar la naturaleza de la familia para poder considerar, después, lo que reclama en el plano jurídico.

4. El concepto de familia

Entre las múltiples definiciones que se han hecho de la familia, me parece que la aristotélica es la más clara y la más abierta a la hora de acoger organizaciones sociológicas diversas de la propia familia, conservando inalterado su «núcleo». Y esto porque es una definición que capta el concepto, o lo que es lo mismo, la esencia de la familia. La definición aristotélica de la familia conserva su actualidad en el tiempo a pesar de las diversas exigencias organizativas y a pesar de los modelos de familia a los que se ha dado prioridad en cada época. Por lo tanto, Aristóteles afirma que la familia es «la comunidad que se constituye en la vida cotidiana según la naturaleza» (11).

Ante todo se subraya que la familia *se constituye*. Si se constituye significa que ésta, aun siendo una comunidad natural, comienza a partir de un determinado momento: con el contrato de matrimonio que, en calidad de contrato, debe prever el libre consentimiento de las dos partes y debe tener una *causa* intrínseca. Por lo tanto, el contrato de matrimonio requiere que las partes sean libres, es decir, que

(9) Véase, por ejemplo, las tesis de Zygmunt Bauman.

(10) «Matrimonio» deriva de la fusión de dos palabras, *matery munus*, y significa propiamente deber de engendrar. El matrimonio era tarea de la madre. El padre tenía, en cambio, el deber de proveer al sustento de la familia con el *patrimonium*. Hablar de «matrimonio» homosexual es, por tanto, una contradicción en los términos, un auténtico absurdo.

(11) ARISTÓTELES, *Política*, I, 1252a.

estén en disposición de prometer una entrega recíproca y total, sin reservas. Luego requiere una *causa* que está representada por la procreación y educación de los hijos («impulso natural» lo define Aristóteles), la cual exige una oblación duradera de los cónyuges no sólo para «conservar» las «propias» criaturas sino también para que se conviertan en lo que son por naturaleza (12).

Además, se subraya que la familia *se constituye* por una necesidad exigida por el orden natural. De hecho, es necesario que se «unan los seres que no son capaces de existir separados el uno sin el otro, por ejemplo la hembra y el varón con vistas a la procreación», observa también Aristóteles (13). No en el sentido, hoy difundido, según el cual en el origen estaría la pareja. La pareja viene después de los seres individuales aunque es necesaria para su procreación. De hecho, es necesaria para la procreación. El ser varón o hembra es una característica del individuo, no su esencia. Ya que la naturaleza (*rectius* Dios, deberemos decir nosotros que razonablemente admitimos, a diferencia de Aristóteles, la creación) no hace nada por casualidad, está claro que debe haber una razón de la diferencia de sexos, los cuales no sólo son interdependientes sino que tienen también una razón (una finalidad) de su existencia y de su interdependencia. Por eso el denominado «matrimonio» homosexual es un absurdo: significaría que la voluntad se impone a la realidad y que el pensamiento sería sinónimo de fantasía, cosa teórica y jurídicamente inaceptable. Inaceptable porque el pensamiento sólo puede ser pensa-

(12) Una obra de Marcel y Marie De Corte, dedicada a un hijo muerto jovencísimo (Marcel y Marie DE CORTE, *Deviens ce que tu es. Léon notre fils (1937-1955)*, París, NEL, 1969), expresa muy bien, desde el título, la enseñanza de los clásicos según la cual el hombre debe convertirse en lo que es. El convertirse no sólo presupone el ser, sino que tiende a la perfección del propio ser. «Convertirse en lo que se es», por tanto, es deber de todo hombre. Es tensión de toda la vida, porque nunca el hombre es perfecto. La búsqueda de la perfección de sí mismos, que significa la plena actualización de la propia esencia, es imperativo de la naturaleza y para la naturaleza inteligente y libre; imperativo que sólo puede ser respetado con la ayuda de quien (autoridad) está llamado a ayudar a las personas a crecer según el fin objetivo inscrito en su naturaleza.

(13) ARISTÓTELES, *Política*, I, 1252.

miento de la realidad y porque la realidad siempre debe ser considerada por el jurista tanto por su vocación intelectual como por la aplicación de las normas positivas. A este propósito se puede aludir, por ejemplo, a una prescripción de los mismos Códigos civiles que establecen que la realidad disimulada (de los actos) prevalece sobre la realidad simulada. Por lo tanto, «según la naturaleza» es y sólo puede ser el matrimonio/familia heterosexual.

Además, debe indicarse que la familia *se constituye* «en la vida cotidiana», es decir, para responder a las necesidades naturales y a las exigencias humanas de la vida diaria. Las necesidades «naturales» y las exigencias «humanas» no son las necesidades inducidas, las pasiones humanas ni las opciones irracionales. En definitiva, no son los dictados de una vida desordenada; y lo que es más, la familia sirve también para evitar caer en el desorden: debiendo ésta educar a los hijos, presupone que los educadores (aquellos que «mandan» diría Aristóteles) educan según la racionalidad, es decir, según el orden de la naturaleza que impone a cada uno (mandado o mando) alcanzar y usar la racionalidad (característica propia del ser humano) para poder vivir autónomamente, es decir, determinando por sí mismos las normas que la naturaleza humana impone respetar al hombre por ser hombre. Sin embargo, presupone también un orden que no viene impuesto por la voluntad arbitraria de los demás (y por lo tanto meramente convencional), sino que forma parte de nosotros mismos, siendo incluso nuestro ser esencial. Por lo tanto, el legislador no puede lanzar legítimamente cualquier legislación relativa al derecho de familia, estando vinculado al orden de la propia familia.

Por último, observamos que la familia es una comunidad. Por lo tanto mucho más que una mera sociedad y, en cualquier caso, requiere como ésta un «principio» formal que la vuelva «una». Cosa imposible en presencia de la anarquía introducida por norma en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, como por ejemplo el italiano: de hecho, en Italia se ha aprobado y promulgado la Ley de 19 de mayo de 1975, núm. 151, con la cual se introdujo la dis-

gregación de la familia como observó un (entonces) joven estudioso (14).

5. Consecuencias jurídicas de la definición/concepto de familia

Teniendo en cuenta lo dicho al comentar la definición/concepto de familia de Aristóteles, se subraya que ya que el derecho no es un instrumento para constituir la realidad sino una regla derivada de la realidad (*non ex regula enim jus sumatur sed ex jure quod est regula fiat* enseñaron justamente los juristas romanos), la familia no depende de la voluntad del legislador, no depende de las definiciones de matrimonio y de familia nominalistas que éste (legislador) asume y que son expresión y, en cualquier caso, conducen al nihilismo jurídico. Por eso el legislador no puede considerar que está legislando realmente cuando intenta hacer de las normas el instrumento para el seguimiento de una ideología, de cualquier ideología. El derecho surge del hecho (*ex facto oritur jus*); en el caso de la familia del hecho del contrato matrimonial cuya *causa* es indisponible por las partes. El hecho/acto del matrimonio impone, por lo tanto, considerar la realidad del matrimonio y de la familia, es decir, reconocerlos como son. La naturaleza del matrimonio y de la familia impone, por lo tanto, un acto de humildad intelectual. Sólo así se evitará hacer del derecho un instrumento irracional, utópico e injusto. El matrimonio que ya es familia y que está, en cualquier caso, en el origen de la familia se impone, por lo tanto, como necesariamente heterosexual, monogámico, indisoluble, unitario y subsidiario.

Heterosexual, porque de lo contrario no existirían las premisas y las condiciones para alcanzar su fin natural, es decir, la procreación.

(14) Véase Fabio MARINO, «La disgregazione della famiglia: appunti sulla riforma e sulla sua applicazione (Legge 19 maggio 1975, núm. 151)», en AA.VV., *Questione cattolica e questione democristiana*, Padua, Cedam, 1987, págs. 201-226.

Monogámico, porque de lo contrario no estaremos en presencia de la libre y recíproca entrega total. De hecho, la poligamia no permite contraer matrimonio. Incluso admitiendo que ambas partes –cosa que, en las sociedades que la practican y en los ordenamientos jurídicos que la reconocen, no se produce ni de hecho ni de derecho, ya que a la mujer no se pide el libre consentimiento– se unan libremente y que se unan con la finalidad de procrear, la unión que se deriva se queda en el plano meramente instrumental. La mujer se comprometería a ofrecer un medio para la procreación, una prestación ocasional, limitada en el tiempo y circunscrita: debería concebir y dar a luz arrendando, en el mejor de los casos, su cuerpo de igual modo a lo que sucede con la práctica del vientre de alquiler, que no origina ciertamente el matrimonio.

Indisoluble, porque lo exige ante todo la naturaleza de la entrega que postula el matrimonio y porque también lo requieren las obligaciones que emanan del matrimonio (intercambio de ayuda, educación de los hijos, etc.).

Unitario, porque cada comunidad requiere el principio formal de la unidad. Por lo tanto, el matrimonio no puede ser acéfalo, como tampoco puede serlo la familia. Algunos autores han ido más allá hablando de necesidad de un orden jerárquico o piramidal (15). Exactamente lo contrario de lo reivindicado por el individualismo contemporáneo y por los denominados movimientos libertarios y traducido en norma positiva, por ejemplo, por el legislador italiano que, reformando el derecho de familia en 1975, introdujo la diarquía entre los cónyuges, es decir, la anarquía ya que –como hemos observado (16)– cuando se afirma la diarquía entre las dos partes se afirma precisamente la anarquía. Tanto que el legislador ha considerado necesario prever la reglamentación del «conflicto conyugal» asignando al juez, en primera instancia, una función mediadora y, en segunda instancia, el poder de adoptar, «con procedimiento no impug-

(15) Véase Adriano BERNAREGGI, «Il matrimonio e la famiglia nei loro fondamenti naturali», en *La famiglia cristiana*, Milán, Vita e Pensiero, 1927, págs. 61-63.

(16) Véase Fabio MARINO, *op. cit.*, pág. 214.

nable, la solución que considere más adaptada a las exigencias de la unidad y de la vida de la familia» (art. 145 CC italiano vigente tras la citada Ley núm. 151/1975).

Subsidiario, porque debe dar respuesta a las necesidades cotidianas, que requieren una diversidad de *status*, papeles y funciones (los padres no son los hijos, la madre no es el padre, etc.) para satisfacerlas «según la naturaleza», es decir, según un orden racional que cada uno debe respeto en la posición y desde la posición auténticamente jurídica en la que se encuentra.

De lo dicho brevemente sobre las características esenciales del matrimonio, que es la fuente de la familia, se deriva que toda legislación positiva que pretenda introducir formas alternativas de «matrimonio» al heterosexual, que permita la poligamia o tome por matrimonio los denominados comúnmente uniones civiles (o pactos civiles de solidaridad), que introduzca la disolución o el divorcio, que en nombre de la libertad y de la igualdad ilustradas haga añicos el principio formal de la unidad o que considere cualquier opción individual como *causa* del matrimonio, no sirve de reglamentación del matrimonio y de la familia sino que confunde el ejercicio del delirio de omnipotencia con el ejercicio del poder auténticamente jurídico y propiamente político. De este modo, impide a la familia como comunidad natural conseguir su fin y llevar a cabo sus tareas. Sin embargo, lo natural, aunque se ve obstaculizado, combatido, reprimido, vuelve a surgir continuamente. Tanto que, en el intento de dar justificación racional al reconocimiento de algunos derechos positivos para las denominadas «familias de hecho», la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia han invocado criterios de evaluación de los hechos, no idóneos para una lectura objetiva de la realidad, pero que representan la necesidad de introducir por la ventana lo que se había considerado poder dejar en la puerta.

6. Exigencias de la realidad y del derecho y contradicciones legislativas y jurisprudenciales

Nunca se insistirá lo suficiente en la vocación realista del derecho que no permite proceder *more geometrico*. La geometría legal, en el caso del matrimonio y de la familia, conduce de hecho, por una parte, a sostener (como hizo, por ejemplo, el jurista italiano Calamandrei) que lo que nace de un negocio jurídico nunca puede ser natural (17), es decir, lleva a teorizar el positivismo absoluto; por otra, impone a la jurisprudencia dar razón únicamente de la coherencia en la aplicación de la ley (ya sea constitucional u ordinaria), impidiéndole ir más allá de lo «dicho» explícitamente (es decir, puesto) y vinculándola a la abstención de cualquier juicio de valor, que veda así, al menos de hecho, una profunda hermenéutica de la norma.

Lo que sucede es que los Tribunales Supremos no se atienen coherentemente hasta el final al criterio hermenéutico-metodológico que ellos mismos enuncian. A este propósito bastará un ejemplo. El Tribunal Constitucional italiano, al que se recurrió hace casi un cuarto de siglo para el reconocimiento de la «familia de hecho», sentenció (véase Sentencia núm. 237/1986) que se le concedía el reconocimiento a condición de que se «caracterice por un grado probado de estabilidad». Ya hemos observado en otro lugar (18) que la verificación de la estabilidad es impo-

(17) Piero Calamandrei sostuvo en la Asamblea constituyente la tesis de que es una «contradicción en los términos [...] hablar de una sociedad natural que surge del matrimonio, en definitiva, de un negocio jurídico». Cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, vol. II (sesión del 23 de abril de 1947), Roma, Camera dei Deputati-Segretariato Generale, 1971, pág. 1201. La tesis ha sido retomada por algunos autores contemporáneos (véase por ejemplo, Roberto BIN, «La famiglia: alle radici di un ossimoro», en *Studium iuris*, Padua, Cedam, 2000, pág. 1066).

(18) Cfr. Danilo CASTELLANO, «Della familia: brevi considerazioni sulla sua essenza, sulle sue finalità e sulla principale causa della sua attuale decadenza», en Miguel Ayuso (ed.), *Dalla geometria legale-statualistica alla riscoperta del diritto e della politica*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pág. 213.

sible cuando falta la existencia de la institución, la cual (existencia) no puede constatarse ni siquiera en presencia de la convivencia *more uxorio* de dos personas de sexo diferente bajo el mismo techo en una comunión material y espiritual considerada definitiva, constituida, en cambio, no *como* matrimonio sino *como imitación* del matrimonio. Sin embargo, lo que nos interesa subrayar, es el hecho de que el Tribunal Constitucional italiano considerara necesario invocar el criterio de la estabilidad (que alude al carácter *institucional* del matrimonio y de la familia: de hecho, es institucional lo que dura en el tiempo). Dicho de otro modo, el Tribunal Constitucional, aun no sosteniendo lo que se indicará, sentenció que la «familia de hecho» para ser considerada familia en los hechos debe constituirse institucionalmente. De lo contrario, no sería posible hablar de estabilidad no sólo por lo que ya hemos dicho (falta de su existencia) sino también porque la estabilidad debe admitir y se identifica con la indisolubilidad: de hecho, donde se reconozca el «derecho al divorcio» o al repudio o se encuentre en presencia de una negativa a contraer formal y sustancialmente matrimonio (como en el caso de las denominadas «familias de hecho» tal como se entiende sociológicamente), toda forma de estabilidad sería imposible, incluso siendo una tal comunión material y espiritual de dos personas de sexo diferente necesariamente provisional y precaria, es decir, siempre revocable y a veces revocable *ad nutum* (lo que sería propiamente *repudio*).

La indicación/exigencia facilitada por el Tribunal Constitucional italiano es, por tanto, significativa, ya que impone considerar, yendo más allá de la sentencia del propio Tribunal pero no alterándola, que el «hecho» del matrimonio/familia puede ser relevante en el plano jurídico sólo si es esencialmente matrimonio/familia (es decir, si es ante todo acto) y, con este fin, debe contraerse/constituirse en las formas jurídicas previstas por ordenamientos jurídicos que respetan y reconocen el orden natural y que, por lo tanto, consideran matrimonio sólo el constituido en base a los supuestos y en el respeto de las características del apartado).

El ejemplo dado evidencia, en cualquier caso, que la teoría iuspositivista no supera siquiera la prueba de los casos que la jurisprudencia de los Tribunales debe resolver, aunque la solución ofrecida no sea absolutamente coherente con los supuestos requeridos para la solución efectiva de los casos.

Por lo tanto, la familia interpela a los juristas en el sentido de que están obligados a ir *más allá* del formalismo jurídico que, como es bien sabido, termina en una forma abierta o enmascarada de nihilismo. La cuestión planteada por el reconocimiento de la «familia de hecho» explicita esta exigencia.

7. El eclipsarse contemporáneo y progresivo de la familia y el surgimiento simultáneo de cuestiones jurídicas

Llegados a este punto, debemos centrarnos en algunos problemas jurídicos que surgen a medida que el oscurecimiento de la familia se hace más extenso e intenso.

No hay duda de que el matrimonio y la familia han sufrido una auténtica agresión por parte de la ideología ilustrada (entendida *lato sensu*), que representa la levadura de las diversas harinas usadas en los distintos regímenes políticos para elaborar el pan de su gusto. Desde esta óptica hay diferencias, incluso relevantes, entre las harinas usadas y el pan elaborado por ejemplo por Napoleón I o por el legislador italiano de 1975. De hecho, cada uno ha pretendido «instituir» el matrimonio y la familia según finalidades asumidas como dignas de ser perseguidas para responder a exigencias ideológicas, prescindiendo por lo tanto con frecuencia de la consideración de la finalidad natural del matrimonio y de la familia. Desde otra óptica, la que subyace a las formas y que representa su sustancia y su alma y que, por lo tanto, toca el aspecto esencial del matrimonio/familia, el pan se ha elaborado con una única levadura. De hecho, en el fondo de la reforma napoleónica y de la reforma del derecho italiano de familia del 1975 subyace –como acabamos de decir– el olvido de la realidad y la pretensión del legislador

de plasmar las «cosas» según un proyecto elaborado teóricamente y, por lo tanto, racional, considerado capaz de sustituirlas, constituyéndolas legalmente.

Para comprender la afirmación bastaría, por una parte, recordar la polémica fundada de Antonio Rosmini contra el «matrimonio» tal como lo prevé el Código de Napoleón (19) y, por otra, centrar la atención en la evolución de la legislación y (en consecuencia) de la jurisprudencia italiana en la materia.

Para la cuestión que hemos de considerar, bastará con hacer referencia a título de ejemplo a la legislación italiana de la Italia republicana; ejemplo especialmente esclarecedor y, en algunos aspectos, desconcertante, ya que revela la plena acogida de la teoría ilustrada también por parte de los católicos, que fueron los principales defensores del «nuevo derecho de familia» en 1975 después de haber sido artífices determinantes y aplicadores entusiastas (aunque con cierta inseguridad inicial) de la Constitución de la República Italiana, todavía vigente (20).

Ante todo se observa que de los presupuestos colocados como fundamento del orden constitucional (soberanía popular, personalismo individualista contemporáneo, liber-

(19) Véase Antonio ROSMINI, *Filosofía del diritto*, vol. IV, edición de Rinaldo Orecchia, Padua, Cedam, 1969, en especial las páginas 1088-1103. A este propósito, véase también Danilo CASTELLANO, «Una polemica di Rosmini contro il Codice di Napoleone», en AA.Vv., *L'Europa e la codificazione*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, págs. 119-125.

(20) La tesis de aquellos (véase, por ejemplo, entre la amplia literatura, Filippo VARI, *Contributto allo studio della famiglia nella Costituzione italiana*, Bari, Cacucci, 2004, pág. 139) que sostienen que el legislador italiano en materia de derecho de familia habría «traicionado» el diseño constitucional, no es convincente. De hecho, para sostenerse debe hacerse referencia no al texto normativo de la Constitución sino a las intenciones con las cuales algunos grupos aprobaron el artículo y el texto constitucional. Aquellas que Jemolo, por ejemplo, definió como «frases grandilocuentes» y con varios sentidos, usadas por el legislador constituyente, permiten hermenéuticas que el Tribunal Constitucional ya ha consagrado definitivamente con los denominados principios de laicidad y de absoluta autodeterminación y que, como ha demostrado un constitucionalista contemporáneo (de orientación católica), implican la secularización del ordenamiento jurídico (véase Pietro Giuseppe GRASSO, *Costituzione e secolarizzazione*, Padua, Cedam, 2002).

tad como libertad negativa, igualdad como identidad formal y abstracta, etc.) se derivan las normas de rango constitucional ahora invocadas para el reconocimiento de las «familias de hecho», de las parejas que conviven de forma estable, del «matrimonio» entre homosexuales y así sucesivamente. Las mismas normas han requerido la reforma radical del Código Civil italiano de 1975 a propósito del derecho de familia, que es por lo tanto aplicación coherente de una decisión de política legislativa aprobada en 1947/48. Esto no sólo afecta a la también importante cuestión de la «caída» del adjetivo «indisoluble» con el que se definía el matrimonio en el Proyecto de Constitución (21), sino a la propia *ratio* de la Constitución que, siendo norma de grado superior, no podía (y no puede) no incidir en los artículos de los códigos definidos de grado inferior.

De ahí deriva un proceso gradual pero inevitable, primero de acorralamiento del matrimonio y de la familia y, luego, una constante e intensa acción de bombardeo de los mismos con armas «legales», usadas en cambio contra el derecho. De hecho, el proceso sirvió (y sigue sirviendo) para reducir parte (algunos esperan que todas) de las coherentes consecuencias jurídicas derivadas del concepto de matrimonio/familia que hemos tratado en los epígrafes 4 y 5.

De este modo se despenalizó en primer lugar el adulterio y el concubinato. En nombre de una igualdad abstracta (el Tribunal Constitucional italiano, a tal fin, invocó sobre todo los artículos 29 y 2 de la Constitución), que prescinde de la obligación de fidelidad contraída con el matrimonio, se sentenció que la previsión penal representaba una disparidad de tratamiento y, por lo tanto, debía considerarse inconstitucional. El legislador, por su parte, no advirtió la obligación de encontrar solución a la sentencia del Tribunal

(21) Para tener una idea sobre la cuestión y sobre la praxis de los diputados democristianos (elegidos con los votos católicos) en la Asamblea constituyente remito a Danilo CASTELLANO, *De christiana republica*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, así como para profundizar en la cuestión «personalismo/ordenamiento jurídico» en *Id.*, *L'ordine politico-giuridico «modulare» del personalismo contemporaneo*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 2007.

Constitucional núm. 126/1968 (relativa al adulterio) ni a la sucesiva núm. 147/1969 del mismo Tribunal, con la que se despenalizó el concubinato. De hecho, por el bien de la familia se habría debido «reforzar», no debilitar, el deber moral y jurídico de fidelidad (que permanece) con una previsión penal que castigase a ambos cónyuges infieles.

Luego, en 1970, se introdujo la institución del divorcio, que cambió radicalmente la institución del matrimonio civil previsto hasta entonces por el ordenamiento jurídico: la entrega total y recíproca se volvió, de hecho, imposible, ya que se volvió revocable aunque sólo pueda revocarse en los casos previstos y según modalidades impuestas por la norma.

Además, se eliminó una de las causas de invalidez del matrimonio particularmente significativa para entender el eclipse contemporáneo de la familia como auténtica «sociedad natural». Así, la impotencia ya no constituye causa de nulidad a no ser que sea materia de error esencial cometido el otro cónyuge (nuevo art. 122 CC italiano). Con lo que se niega la finalidad propia del matrimonio que –como hemos dicho– se orienta por su naturaleza a la procreación.

Sin embargo, sobre todo, sustituyó a la familia *comunidad* la familia *asociación* (22), conservando la patria potestad pero no como principio unitario de la comunidad conyugal: con el nuevo derecho de familia italiano se introdujo, de

(22) El ordenamiento jurídico italiano ha registrado esta transformación principalmente con la Ley núm. 151/1975. Sin embargo, como hemos dicho, la *ratio* de esta ley y la finalidad que persigue sientan sus raíces en la Constitución. Es significativo que Togliatti en la sesión de la I Subcomisión de la Asamblea constituyente del 30 de octubre de 1946 haya propuesto una formulación cuyo contenido no se entendió bien en su momento: «La familia –propuso, de hecho, Togliatti– se reconoce como asociación humana natural [...]» (*La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, cit., vol. VI, pág. 635). No debe crear confusión el adjetivo «natural» usado, ya que en este caso puede significar tanto «espontánea» como «naturalista»: de hecho, la asociación es artificial por su naturaleza. Con este propósito es significativo que Togliatti, durante la votación en la sala, se haya opuesto a la separación de la votación del texto propuesto para el actual art. 29 Const. (como exigió, en cambio, Calamandrei). Esto en absoluta coherencia con las posiciones del Partido Comunista italiano que deseaba que la familia estuviese regulada por el matrimonio pero que, al mismo tiempo, el matrimonio no se declarase indisoluble para no prejuzgar la cuestión del divorcio.

hecho, el denominado principio diárquico (en realidad anárquico, como hemos dicho), sometiendo al juez la solución de posibles controversias familiares e incluso las decisiones cruciales que le afectan. Esto llevó, a pesar de los criterios impuestos retóricamente al juez de que debe velar por la unidad y la vida de la familia, por una parte, a la disolución de la *comunidad familiar* en virtud del individualismo protegido por ley en su interior y, por otra, a la absorción de una sociedad natural como la familia en el Estado: de hecho, cuando compete al juez decidir ejerciendo de manera reforzada los poderes/deberes propios de la patria potestad, allí se han puesto las premisas del totalitarismo. A este propósito, se subraya que el totalitarismo, siempre inaceptable, acentúa su perversidad intrínseca (y por lo tanto se hace todavía más inaceptable, por así decirlo) cuando se combina con la anarquía, cuando poderes arbitrarios de la misma naturaleza (pero de difícil ejercicio contemporáneo) se ejercen (o se invoca su ejercicio) simultáneamente y, tal vez, incluso de manera combinada. En este caso el ordenamiento jurídico resulta contradictorio. Es el caso de la Ley núm. 164/1982 de la República Italiana, que prevé la disolución *ope sententiae* del matrimonio válidamente contraído en el caso de «rectificación de la atribución de sexo» (o «reasignación de sexo») solamente para el matrimonio celebrado con rito religioso o con rito concordatario, al haber establecido la cesación de sus efectos civiles tras la inscripción. En los demás casos la disolución sólo puede producirse mediante recurso. En otras palabras, si una de las dos personas que tiene contrato matrimonial válido y vigente (y, por lo tanto, era de sexo diferente de la otra) decide cambiar de sexo, lo cambia efectivamente y se le «rectifica», el matrimonio (que no sea religioso o concordatario) puede disolverse pero sólo mediante recurso. Lo que implica: a) que se permite a la persona/cónyuge «pasar» de un sexo al otro tras haber contraído matrimonio; b) que el cambio de sexo tiene como efecto una «rectificación de atribución» en los registros del estado civil; c) que dicha «rectificación» puede tener como efecto añadido tanto la disolución del matrimonio como, por el contrario, su mantenimiento, dependiendo

do del ejercicio de la facultad concedida a uno de los dos cónyuges o a ambos; d) que la disolución no se produce en todos los casos ni *ope legis* ni por acción *ex officio*; e) que a falta de recurso, el matrimonio contraído de forma válida y legal entre dos personas heterosexuales sigue surtiendo efecto en presencia, sin embargo, de una realidad muy diversa, al convertirse ambas personas (al menos en parte, ciertamente de modo formal y en el registro) del mismo sexo.

Por lo tanto, como vemos, el «matrimonio» entre homosexuales se introdujo de hecho también en Italia, como en otros muchos países (España incluida). La introducción excepcional pero real se produce por vía singular y no en forma de celebración (como acto constitutivo, por lo tanto), sino en forma de conservación del estado de cónyuge (y también de padre y/o de madre) anteriormente asumido y, luego, mantenido como *privilegium* aunque contra natura. A esto se ha llegado con base en la «doctrina personalista» contemporánea, invocada también para el ejercicio de otros muchos «derechos», según la cual todos tenemos siempre derecho a la autodeterminación absoluta (23).

8. El derecho de familia entre fundamento y «fuente de producción»: un problema básico y actual para la familia eclipsada

En Italia se ha llegado a este punto también en virtud de la Constitución, no –como afirman algunos– a causa de su «traición». En diversos países, después, en virtud de su ordenamiento jurídico se ha llegado a eclipsar el matrimonio y la familia también a causa de la doctrina según la cual el derecho, en vez de tener un fundamento, sería el producto de las «fuentes», entendidas desde el punto de vista del procedimiento. En otras palabras, «jurídico» sería sinónimo de «legal». También por lo que se refiere al matrimonio y a la

(23) Véanse, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional italiano núm. 203/1989, núm. 13/1991 y núm. 334/1996.

familia, no habría otra vía para determinar la juridicidad que el recurso a la voluntad del legislador. Hasta hace poco, se sostenía en la voluntad del Estado.

Esta teoría ha vuelto muy difícil la hermenéutica de los ordenamientos jurídicos y de las Constituciones vigentes. Tanto que los propios Tribunales Constitucionales, aun ateniéndose estrictamente al denominado derecho «dado» (es decir «puesto»), han oscilado entre una consideración de la familia como *institución supraindividual* (véase Sentencia del Tribunal Constitucional italiano núm. 8/1996), que requiere una disciplina que, a diferencia de la convivencia *more uxorio*, dé respuesta no sólo a las exigencias de protección de las relaciones afectivas individuales sino también a las de la protección de la *institución familiar* basada en la estabilidad de las relaciones (véase Sentencia del Tribunal Constitucional italiano núm. 352/2000), y otra como mero «lugar de los afectos», de cualquier afecto, también de aquellos identificados erróneamente con las pasiones o el deleite. Se aceptó así el «principio vitalista», postulado por las doctrinas gnósticas y, en concreto, por la doctrina liberal y la del personalismo contemporáneo; «principio vitalista» que también ha animado la «contestación», como hemos destacado al inicio, y que, en vez de defender y promover al sujeto, lo abandonan y a veces lo ayudan en el proceso de autodisolución.

El eclipse de la familia en nuestro tiempo plantea, entonces, el problema de la necesaria determinación de su naturaleza que, como hemos visto, es supuesto y condición de la juridicidad que le afecta. Las obligaciones derivadas del acto del matrimonio son, de hecho, obligaciones meramente jurídicas en el sentido más amplio y completo del término, es decir, son obligaciones naturales y por lo tanto deben ser también jurídico-positivas.

Por lo tanto, el derecho de familia no puede prescindir de la familia, aunque –teniendo en cuenta las diversidades sociales, históricas, económicas, etc.– debe regular las modalidades contingentes a través de las cuales responder mejor a las instancias jurídicas planteadas por una comunidad natural que es al mismo tiempo institución jurídica y que hoy, erróneamente, se piensa que puede y debe depender

únicamente de los «actos hermenéuticos» del poder o de su pretensión de «constituir» las «cosas». Cuando se habla de poder, se piensa ante todo en el poder definido soberano y coherentemente (respecto a la soberanía invocada y reivindicada, ya sea del Estado o del pueblo) ejercido. El ejercicio del poder soberano, sin embargo, lo reivindican y usan también hoy las personas y ciudadanos (o bien individuos o ciudadanos) que invocan el derecho a tener derechos (protegido en muchos casos por el ordenamiento jurídico), pero invocan también el derecho a dar contenido a ese derecho (24). Es el caso, por ejemplo, de la citada Ley núm. 164/1982 de la República italiana, que deja la facultad al interesado de elegir entre mantener el matrimonio (viejo en una situación nueva) o disolverlo. Sin embargo, el matrimonio y la familia no pueden dejarse ni al arbitrio del Estado, del pueblo o de los individuos. Por eso, sobre todo a propósito del derecho de familia, es necesario superar la ya antigua dogmática moderna relativa a las «fuentes de producción» del derecho para redescubrir su auténtico fundamento. Esto ayudaría a resolver muchas cuestiones jurídicas planteadas por el actual eclipse de la familia.

(24) Incluso la República de Irlanda, regida por una Constitución formalmente católica, ha adoptado este camino para la «creación» y legitimación del derecho. Bastará recordar que el 22 de mayo de 2015 ha tenido lugar en este país un referéndum sobre el llamado matrimonio homosexual. En otras palabras, Irlanda ha creído individuar en la voluntad soberana del pueblo la competencia última para definir la «naturaleza» del matrimonio y para permitir eventualmente su codificación aunque sea contra la naturaleza. El referéndum, como es sabido, ha tenido un resultado favorable (62%) al «reconocimiento» del «matrimonio» entre homosexuales.