

LA FAMILIA COMO SOCIEDAD NATURAL

José Joaquín Ugarte G.

INTRODUCCIÓN

El tema que nos corresponde tratar ha sido relativamente pospuesto —no obstante su jerarquía— en los actuales estudios de Filosofía del Derecho, que se han centrado más bien en los derechos individuales, en el orden político, y, por cierto, en la teoría general de la justicia. Pero la crisis actual de la familia, derivada en parte de la corrupción de las costumbres y en parte del agnosticismo ético, hace urgente el estudio de dicha institución desde el punto de vista del derecho natural.

Actualmente, se ha propuesto entre nosotros un proyecto de reforma del Código Civil, en cuanto al régimen familiar, que contempla la abolición de la autoridad del marido como jefe del hogar, la obligación de la mujer de concurrir a la mantención de la familia con recursos económicos, y la proscripción del régimen de comunidad de bienes, que es ahora optativo, y goza de preferencia legal, para ser substituido por un sistema híbrido en que cada cónyuge tiene en la práctica un patrimonio que gobierna con plena capacidad, y del que ha de hacer partícipe al otro.

Sostenemos que semejantes reformas, al menos las dos primeras, son contrarias a la ley natural, y que son un paso importante hacia el establecimiento del divorcio vincular y hacia la destrucción de la familia. Es lo que intentamos demostrar en las líneas que siguen. Al efecto —y como un estudio de filosofía jurídica ha de ser siempre abstracto—, nos referiremos en sendos apartados a la familia como sociedad natural y a la autoridad familiar, para, en un acápite final, deducir las conclusiones pertinentes respecto del mencionado proyecto de reforma legislativa.

Para terminar estas palabras preliminares, sentimos la necesidad de dejar constancia de que el presente trabajo, a pesar de sus muchas —acaso demasiadas— referencias escolásticas, no es sólo fruto del afán conceptual, propio de la cátedra, sino también, y muy principalmente, de la experiencia profesional que como abogado le ha cabido al autor en problemas familiares.

I. LA FAMILIA COMO SOCIEDAD NATURAL

1. *La familia como sociedad*

El hombre es un ser sociable. En efecto, estando estructurado de materia prima y forma substancial, es imposible que realice toda la perfección propia de la humanidad un solo individuo: cada cual es una versión propia y única de ella, y todos son complementarios entre sí, tendiendo a darse la perfección en el conjunto de la especie. Este orden de unos hombres a otros es la sociabilidad. De ella surgen, como actualizaciones, las diversas sociedades humanas, tanto naturales, esto es, dispuestas por la naturaleza, como voluntarias.

Habiendo encargado la naturaleza —el Autor de la naturaleza— al hombre su propia reproducción, instituyó los sexos. Y siendo la generación de un ser semejante una obra que compromete todo el ser de los que lo engendran, todo él ha sido modificado por la diferenciación sexual, resultando de ello una complementación y correlatividad completas entre el varón y la mujer. Por eso, su unión se ordena no sólo a la generación de la prole, sino a toda la vida de ellos.

De estas premisas se sigue que la familia, que comprende la sociedad conyugal, o unión de los esposos, y la sociedad paterno filial, o unión de padres e hijos, es una sociedad natural, pues si bien el matrimonio es un acto voluntario, su fin primero: la generación, y su fin secundario: la mutua ayuda y vida común de los cónyuges, son impuestos por la naturaleza, no a cada nombre como individuo, necesariamente, pero sí a la humanidad como conjunto.

Y la familia es sociedad natural en mayor grado que la sociedad civil, pues su fin es más necesario, y la inclinación a formarla más fuerte. Por lo cual la familia es anterior al estado, con prioridad ontológica o de naturaleza.

Tal es la enseñanza de Aristóteles: “Así pues —dice el filósofo en la *Política*— la primera unión de personas a que da origen la necesidad es la que se da entre aquellos seres que son incapaces de vivir el uno sin el otro, es decir, es la unión del varón y la hembra para la continuidad de la especie, y eso no por un propósito deliberado, sino porque en el hombre, igual que en los demás animales y las plantas, hay un instinto natural que desea dejar detrás de sí otro ser de la misma clase...”¹.

Luego, en la *Ética Eudemia* nos dice el Estagirita que el hombre, además de animal social o político, es un “animal familiar”²; y en la *Ética a Nicómano* establece el carácter natural de la familia, su prioridad ontológica respecto del estado, y los fines del matrimonio, tales cuales

los ha enseñado después toda la tradición occidental, incluida la teológica. Oigámosle:

“Entre el hombre y la mujer la afección mutua parece ser un efecto de la naturaleza; el hombre naturalmente se inclina más a vivir en pareja que en sociedad política, tanto más que la familia es anterior a la sociedad y más necesaria que esta última, y que la reproducción es común a todos los seres vivos. Sin embargo, para los demás seres, la unión no va más lejos, mientras que el hombre no se une a la mujer solamente para la procreación, sino también para la búsqueda de todo lo que es indispensable para la existencia”³.

Santo Tomás, en su exposición de la Etica a Nicómaco, confirma esta enseñanza, diciendo que mucho más está en la naturaleza del hombre ser animal familiar que político, por ser más natural lo que tiene mayor prioridad y es más necesario; y porque la procreación, que es el fin de la unión conyugal, es común al hombre con los demás animales, lo que no ocurre con la vida política, siendo más natural en un ser lo genérico que lo específico. Para demostrar Santo Tomás la prioridad ontológica de la sociedad doméstica respecto de la civil, da el argumento de que la parte tiene prioridad respecto del todo⁴.

Además, subraya Santo Tomás, glosando el citado pasaje de Aristóteles, que la vida doméstica o familiar es privativa de los hombres, los que no se juntan sólo para la procreación de los hijos, como los demás animales, sino también para aquellas cosas que son necesarias a la vida. Es decir, la familia se ordena a la suficiencia de la vida doméstica⁵.

Filósofos y sociólogos ha habido, y hay, que consideran la familia como una creación artificial del individualismo. Por todos vale Platón, en cuya “República” tenemos acaso la más pura y genial teorización del comunismo. En este diálogo sobre lo justo, hace el autor decir a Sócrates, como resumen de su concepción, las siguientes palabras:

“Ea, pues, Glaucón, hemos convenido en que en una ciudad debidamente regida habrán de ser comunes las mujeres, los hijos y toda la educación y, asimismo, cuantas actividades tengan relación con la guerra y con la paz” (L. VIII. 543 a).

Sin perjuicio de que en la misma República manifiesta Platón sus dudas acerca de la factibilidad del sistema propuesto (472 c-e), en su diálogo Las Leyes, compuesto en los últimos tiempos de su vida, el filósofo reconoce, en cierto modo, la familia privada, monogámica, fundada en el matrimonio, indisoluble y ordenado necesariamente a la procreación, como instituida por la ley natural. Dice al respecto el Ateniense, que representa la doctrina platónica:

“Y puesto que hemos llegado a este punto, en lo concerniente a esta ley, y puesto que lo único que nos ha hecho caer en la incertidumbre ha sido la corrupción de la gran mayoría, declaro que nuestra ley ha de seguir adelante sin desfallecer en este camino, proclamando que nuestros ciudadanos no deben ser inferiores a los pájaros y a otros innumerables animales que, nacidos en grandes manadas, hasta que llegan a la edad de procrear, viven en la continencia, puros de toda cópula y castos; y que, una vez llegados a dicha edad, se aparean según sus gustos, macho con hembra y hembra con macho, y pasan el resto de su vida justa y santamente, firmes en los primeros pactos de su amistad; ahora bien, es necesario que nuestros ciudadanos sean más virtuosos que los animales...” (L. VIII, 840 c.).

Antes el Ateniense había dicho ser de ley natural la ordenación de la vida sexual a la procreación de los hijos, y contrarios a la ley natural todo otro uso de ella y el aborto:

Ateniense.— “Tu observación es muy oportuna, pues es esto exactamente lo que yo quería decir al hablar del procedimiento que tengo para imponer esta ley, y que exige que se obedezca a la Naturaleza en esa cópula destinada a la procreación; que se abstenga de unirse a otro hombre; que no se dé muerte deliberadamente al género humano; que no se siembre sobre rocas y piedras, donde la semilla nunca echará raíces en que la Naturaleza consiga su reproducción; que se abstenga, finalmente, todo el mundo de todo surco femenino en que no se quiera brote la semilla sembrada. Si esta ley alcanza permanencia y vigor a la vez, con tanta fuerza como se impone actualmente la que prohíbe todo comercio entre padres e hijos, y si en las demás clases de uniones consigue esa misma fuerza, como es debido, resultará enormemente beneficiosa. Su conformidad con la Naturaleza es, en efecto, su primer mérito; además aparta a los hombres de esa rabia y locura eróticas, así como de toda clase de adulterios y de todos los excesos en el comer y en el beber, y hace que los hombres amen más a sus propias mujeres; en fin, se conseguirán otros muchos bienes, apenas logre alguien imponer esta ley” (L. VIII, 839 a — 839 b). (Este párrafo y el anterior se han tomado de la traducción de Francisco de P. Samaranch, incluida en la 2ª edición de las Obras Completas de Platón, de Aguilar, Madrid, 1969).

Junto con ser una sociedad natural, la familia es una sociedad completa, según la nomenclatura introducida por Liberatore; es decir, es una sociedad que mira a la personalidad entera de sus individuos, y reclama, en cierto aspecto, la cooperación de todas las facultades y potencias de que están dotados⁶.

Por ser la familia una sociedad natural, la autoridad que la rige es de institución divina, y ni sus fines, ni las relaciones que hay entre sus miembros, pueden ser alterados por la voluntad humana.

El bien común de la familia lo constituyen los hijos, como señala Aristóteles en la *Ética a Nicómaco*⁷ y la mutua ayuda, la suficiencia de la vida doméstica y la amistad o amor de sus miembros. "La familia, además, es una especie de amistad", dice el Filósofo⁸, añadiendo que se dan en ella las razones de la amistad fundada en la utilidad, de la que se funda en el deleite y de la que tiene por base la virtud, cuando sus miembros son virtuosos⁹.

Los hijos —dice Aristóteles en hermosa doctrina— son un bien para los padres, más que éstos para aquéllos, porque los padres actualizan sus potencialidades al generarlos y criarlos, ya que "la actividad es una cosa más deseable". Por eso los padres aman más a sus hijos que los hijos a sus padres¹⁰.

2. *Relaciones de la familia con la sociedad civil*

Hemos dicho, siguiendo a Aristóteles y Santo Tomás, que la familia es en mayor medida una sociedad natural que el Estado o sociedad civil; y que tiene, respecto de éste, prioridad ontológica o de naturaleza.

Ahondando en estos conceptos, cabe precisar que así como el Estado, por ser un todo de orden, una unidad accidental, tiene por finalidad a los individuos que lo componen, para cuyo bien no es sino un medio, así también, se ordena a las familias que lo integran. Más aún, creemos como Liberatore, que los individuos nunca pertenecen al Estado sino a través de una familia —sea regular o irregular—.

Señala el ilustre filósofo italiano que los individuos pertenecen a la sociedad civil en cuanto ya son miembros de la sociedad doméstica. Y se apoya en los siguientes argumentos: en primer lugar —dice— por la sola obra de la familia se da a los individuos su integridad y viabilidad; luego —añade— el concepto y la necesidad de la familia se unen mucho más estrechamente a la naturaleza del hombre que el concepto y la necesidad de la convivencia política; por lo cual, agrega, sea que se considere el orden de la razón, o la inclinación sensible, o el proceso del origen, el individuo antes se une en la familia y de ahí en la sociedad civil; más aún, concluye, por sí mismo, sólo se une en la sociedad civil, en cuanto la familia a que pertenece está congregada en la sociedad civil y concurre a formarla en calidad de parte"¹¹.

De las premisas expuestas, deduce Liberatore que los derechos de la familia son anteriores a los del Estado, y más inviolables que ellos; que la autoridad civil nunca puede cambiarlos ni disminuirlos, sino que, más

bien, ha de robustecerlos, garantizarlos y tutelarlos; y, por último, que son más imperiosos u obligatorios, y anteriores, para los individuos los vínculos domésticos que los civiles ¹².

También Zigliara enseña que la sociedad civil supone el matrimonio y la sociedad doméstica ya constituidos y ellos son en cuanto a su ser, es decir, intrínsecamente, independientes de la sociedad civil. La razón es que la ley natural encomienda a los individuos, dándoles la inclinación y los órganos necesarios, la procreación del género humano: todo ello con independencia de la ley civil, e incluso con anterioridad a la existencia misma de la sociedad. Como la ley de la propagación del género humano es independiente en absoluto de la potestad civil, también debe serlo el medio establecido por la naturaleza para cumplir esa ley, o sea, el matrimonio ¹³.

En apoyo de esta doctrina cita Zigliara a Santo Tomás, quien resolviendo la cuestión de si los hombres deben obedecer a sus superiores en todo, responde que los súbditos sólo están obligados a obedecer en aquellas cosas exteriores que se obran por el cuerpo, pero con excepción de las que pertenecen a la naturaleza del mismo; pues en ellas sólo a Dios están sujetos, porque por la naturaleza todos los hombres son iguales, como por ejemplo, lo tocante al sustento del cuerpo y a la generación de la prole ¹⁴.

Naturalmente y no obstante su superioridad ontológica sobre el Estado, la familia al no ser sociedad perfecta o autobastante se subordina accidentalmente a éste, al igual que los individuos, para la consecución del bien común; en este sentido tiene prioridad la sociedad civil sobre la doméstica y por ello es que el Estado puede regir las relaciones extrínsecas de la sociedad doméstica con él mismo y los llamados "efectos civiles del matrimonio", en aquello que la naturaleza no ha dejado suficientemente determinado, como —para poner los ejemplos de Liberatore— los límites de la potestad paterna, no bastantemente definidos por la naturaleza, el orden de sucesión en la herencia, la época de la emancipación de los hijos, la tutela pública que se haya de dispensar a los cónyuges y otras cosas semejantes ¹⁵.

Los principios que hemos expuesto sobre las relaciones entre la familia y el Estado han sido constantemente enseñados por los Pontífices Romanos. León XIII, en su magna encíclica *Rerum Novarum* se expresa así: ... "siendo la familia lógica y realmente anterior a la sociedad civil, se sigue que sus derechos y deberes son también anteriores y más naturales" (Nº 9). Y luego añade: "Es tal la patria potestad, que no puede ser ni extinguida ni absorbida por el poder público, pues que tiene idéntico y común principio con la vida misma de los hombres. *Los hijos son algo del padre* y como una cierta ampliación de la persona paterna, y, si hemos de hablar

con propiedad, no entran a formar parte de la sociedad civil sino a través de la comunidad doméstica en la que han nacido" (Nº 10). Luego Pío XII, en alocución de 18-IX-1951 dirigida a una peregrinación francesa de padres de familia católicos, titulada después "Un Pelerinage", confirma esta doctrina: "Para el cristiano —dice el Papa— existe una regla que le permite determinar con certeza la medida de los derechos y de los deberes de la familia en la comunidad del Estado. Se formula así: la familia no existe para la sociedad, sino la sociedad existe para la familia. La familia es la célula fundamental, el elemento constitutivo de la comunidad del Estado..." (Nº 7) ¹⁸.

3. Conclusiones

Como síntesis de este primer apartado, podemos anotar las siguientes conclusiones:

a) La familia es una sociedad natural, lo que significa que sus fines, sus derechos y deberes esenciales y las relaciones éticas y jurídicas que crea entre sus miembros, también esenciales, son establecidos por la ley natural y quedan en absoluto substraídos a la jurisdicción del legislador humano salvo en cuanto a determinaciones accidentales, cuando la misma ley natural deje lugar a ellas. Lo mismo cabe decir del matrimonio o sociedad conyugal, que es parte constitutiva de la familia y su principio, al menos en la intención de la naturaleza.

b) La familia es una sociedad completa, es decir, mira a toda la personalidad de sus miembros, y se ordena, por tanto, no sólo a la generación y educación de los hijos, sino también a la suficiencia de la vida doméstica y a la amistad o amor de sus miembros, incluso a la amistad que se basa en la virtud.

c) La familia tiene prioridad ontológica sobre el Estado o sociedad civil, siendo ésta para aquélla y no viceversa; sin embargo, no es una sociedad perfecta, y está accidentalmente subordinada a la sociedad civil.

Toda sociedad recibe su forma —orden ético jurídico en que consiste su fin— de la autoridad que le es propia. El apartado siguiente —para completar este estudio de la familia como sociedad natural— tratará de la autoridad en la familia.

II. LA AUTORIDAD EN LA FAMILIA

En la familia —y en la sociedad conyugal, que le da origen— como en toda sociedad, es necesaria la existencia de una autoridad.

Por otra parte, siendo la familia una sociedad natural, y más natural que el Estado y anterior a éste, su autoridad no ha podido quedar en

absoluto entregada al establecimiento de la ley civil o positiva, sino sólo de la natural; ni puede corresponder a algún agente extrínseco, como sería, por ejemplo, un funcionario estatal.

Por último, siendo la familia una sociedad tan necesaria a la naturaleza, tan primaria y elemental, y de objetivo tan concreto y constante, el establecimiento de su autoridad no podía quedar en absoluto librado al arbitrio de sus miembros, sino fijado ya por la misma naturaleza, mediante las diferencias que son base de la sociedad doméstica: es decir, la que va de los padres a los hijos, y la que va del marido a la mujer.

1. *La generación y la autoridad paterna*

La acción causal o creadora es el fundamento último, o, si se prefiere, el primer título de toda autoridad.

En otras sociedades no hay miembros que ejerzan una acción creadora respecto de los demás. En la familia sí; los padres generan a los hijos, y una vez que les han dado el ser, los crían, alimentan y educan, hasta completar su formación física, intelectual y moral, como una consecuencia de haberlos traído a la vida. Los hijos son efectos de sus padres, son como una ampliación de su persona, para emplear las palabras de León XIII más arriba citadas, en virtud del principio de que en el efecto siempre está la causa, aun cuando lo trascienda.

Por eso dice Aristóteles en la *Ética* a Nicómaco, Lib. V (1134 b), que el hijo es algo del padre, en cierto modo; y lo confirma Santo Tomás (*Suma Teológica* 2-2, q. 54. a 4). De donde se concluye que entre padres e hijos, en cuanto tales, no se dan propiamente relaciones de justicia, que suponen una perfecta alteridad, es decir, que sus dos sujetos sean seres perfectamente distintos, sino que se da un derecho meramente analógico, como luego veremos, y que se llama "paterno".

Al que causa o crea algo le incumbe hacerlo con un fin, y conducirlo y ordenarlo a él: cuando lo causado o creado es un ser libre, un sujeto moral, se le ordena a su fin mediante la facultad moral llamada autoridad.

Como ambos padres son causa de los hijos que engendran, es obvio que a ellos les corresponde gobernarlos. Su autoridad se llama paterna. Por eso el sentido común y la práctica universal reconocen autoridad sobre los hijos a ambos padres. También, explícita o implícitamente, los filósofos y los teólogos. Así, por ejemplo, dice Domingo de Soto: "... los hijos y los criados tienen la misma obligación de obedecer a la madre de familia que al padre"¹⁷. Y Molina, por su parte expresa: "... Y así como al autor de la naturaleza, de quien hemos recibido la existencia y los demás bienes, debemos religión, veneración y obediencia: así a los padres, de los cuales recibimos el ser, el alimento, la educación y otros bienes, debemos,

en su orden y grado, piedad, veneración, sujeción y obediencia, como lo enseñan la naturaleza de las cosas y la luz natural del intelecto. Más, sin embargo, debemos estas cosas al padre que a la madre: porque mayormente respecto de él, concurre todo aquello de donde nace el título de la potestad paterna sobre los hijos”¹⁸.

Molina señala que es mayor la obligación de los hijos para con el padre, en razón de la potestad marital, a que luego nos referiremos.

Este principio de la sumisión de los hijos a ambos padres es recogido por nuestro Código Civil en su artículo 219, que dice así:

“Los hijos deben respeto y obediencia a su padre y su madre; pero estarán especialmente sometidos a su padre”.

Es interesante anotar que el Código Civil francés no contenía igual disposición. Su artículo 373 decía: “Sólo el padre ejerce esta autoridad durante el matrimonio”.

Posteriormente, fue modificado por la ley de 23 de julio de 1942, que permitió el ejercicio de la autoridad a la madre, pero no en forma normal, como ocurre entre nosotros, sino en casos en que se entiende estar impedido el padre. Después ha habido otras modificaciones.

El poder del padre sobre los hijos se asemeja al del rey, dice Aristóteles en la Política (Lib. I, cap. 5); y en la Ética a Nicómaco (Lib. VIII, cap. X).

Por su propia naturaleza, el poder paternal sólo se extiende a aquellas cosas relativas a la educación de los hijos, y se va atenuando a medida que ellos se desarrollan.

2. *La diferencia funcional de los padres y la autoridad marital*

Por el título de la procreación y educación que hasta ahora hemos analizado, la autoridad familiar corresponde a ambos padres. Sin embargo, siendo elemento esencial a toda autoridad la unidad, que es la condición *sine qua non* de su poder decisorio, la autoridad de la familia ha de residir primordialmente en uno de los cónyuges; pues, de lo contrario, no existiría elemento alguno que permitiese dirimir una disparidad de criterios, anulándose entre sí los pareceres encontrados de ambos consortes.

Sería absurdo ir a buscar —atribuyendo igual autoridad a ambos cónyuges— un elemento externo que dirimiese sus discrepancias, como, por ejemplo, la autoridad civil; pues una sociedad natural, y anterior al Estado, no podría carecer de un órgano que la rigiese, ya que la naturaleza nunca falta en lo necesario.

Es indispensable, entonces, señalar a uno de los padres como jefe de la familia. Y la naturaleza designa al padre, al marido, al varón, para ese cargo.

La autoridad familiar reside, pues, primordialmente en el padre. Su título para detentarla estriba en la diferencia de las funciones que la naturaleza impone a cada cónyuge en la familia y que trae una consiguiente diferencia de aptitudes y cualidades.

Comencemos por analizar la función materna. Si bien esencialmente ambos padres concurren por igual a la generación de los hijos —como lo demuestra la moderna biología—, accidentalmente coopera mucho más la madre, encargada como está de la gestación, del alumbramiento, de la crianza. Además, la parte de la madre en la educación de los hijos es, sin duda, mayor que la del padre.

La etimología da testimonio de esta verdad de sentido común. La palabra “matrimonio” quiere decir “oficio de madre”, del latín *mater* y *munus*, como lo hace ver Don Alfonso X en la ley 2, tít. 2, Partida cuarta. Dice el Rey Sabio que el casamiento se llama “matrimonio”, que significa “oficio de madre”, y no “patrimonio”, “porque la madre sufre mayores trabajos con los hijos, que el padre. Ca como quier que el padre los engendra, la madre sufre muy grand embargo con ellos, de mientras que los trae; e sufre muy grandes dolores, quando han de nacer; e despues que son nascidos ha muy grand trabajo, en criar a ellos mismos por sí. E ademas desto, porque los fijos, mientras son pequeños, mayor menester han de la ayuda de la madre, que del padre. E por todas estas razones sobredichas, que caben a la madre de fazer, e non al padre, por ende es llamado Matrimonio e non Patrimonio”.

La naturaleza, al encomendar a la mujer la maternidad, le ha dado cualidades especiales para ella, tanto biológicas, como psicológicas.

Oigamos a una psicóloga, Anne Anastasi, profesora de la Universidad de Fordham:

“Los distintos papeles que los machos y las hembras desempeñan en la función reproductora pueden conducir a algunas otras diferencias sexuales en el desarrollo emocional, funcionamiento intelectual y rendimiento... es evidente que el largo período de gestación y crianza del niño, que biológicamente recae sobre el cónyuge femenino, influye de modo importante en la diferenciación en los sexos de intereses, rasgos emocionales, objetivos vocacionales y rendimiento en muchos aspectos”.

“La influencia de las hormonas sexuales sobre la conducta es una fuente directa de diferencias entre los sexos en rasgos psicológicos, por encima de la contribución que tales hormonas tengan en la función reproductora...”.

Más adelante nos dice la autora que, en virtud de su estructura cromosómica, “los dos sexos difieren en todas y cada una de las células de su cuerpo” (Psicología Diferencial, Aguilar, Madrid, 1966, 2ª ed., pág. 421).

Leclercq, resumiendo enseñanzas de muchos autores, nos dice:

"... La sensibilidad desempeña en ella un papel más importante que en el hombre. Razona menos y siente más. No se puede decir que sea menos inteligente, sino que lo es de otro modo. Su inteligencia está más ligada a la sensibilidad; esto es lo que le otorga sus dones de intuición, característica esencial de la inteligencia femenina, y su poca afición por el raciocinio y la abstracción"¹⁹.

El médico francés Biot dice, por su parte:

"A medida que se lleva adelante nuestra encuesta entre los biólogos, se nos aparece la maternidad como el fenómeno que domina toda la vida fisiológica de la mujer: ser madre es para ella una expresa vocación Biológica" (Ce que la biologie nous apprend de la nature de la femme, pág. 140)²⁰.

L. M. Terman y Catherine Miles, en su obra *Sex and Personality* (Studies in masculinity and femininity, Nueva York, Mc Graw-Hill, 1936), como fruto de un estudio estadístico, nos dan la siguiente información sobre las mujeres: "Por otro lado, las hembras de nuestros grupos han demostrado un marcado interés por los asuntos domésticos y por los objetos y ocupaciones estéticas; han preferido claramente ocupaciones más sedentarias e interiores al hogar, más directamente serviciales, particularmente para con los jóvenes, los menesterosos y los desgraciados. En apoyo y suplemento de éstas se encuentran las diferencias más subjetivas: las de disposición y dirección emocional... Las hembras se manifiestan como más conserativas y amables, más descontentadizas y estoicamente sensibles; en general, más emocionales (o al menos más expresivas de las cuatro emociones consideradas); más estrictas desde el punto de vista moral, si bien admitiendo en sí mismas una debilidad en el control emocional y (aunque menos notable) en el físico"²¹.

De todo lo anterior, que por lo demás pertenece al acervo de experiencia de cualquier persona normal, se deduce que la mujer tiene sus facultades intelectual y volitiva, y sus inclinaciones todas condicionadas por su vocación a la maternidad, lo cual se traduce en que prima en ella el conocimiento que se suele llamar intuitivo, y que más rigurosamente hemos de llamar en términos tomistas "por connaturalidad o inclinación", sobre el conocimiento conceptual.

El conocimiento por connaturalidad, que en cierto modo sigue al afecto, resulta de la experiencia en la propia subjetividad, de las cosas que están como incorporadas a ella por el afecto que se les tiene. Es en cierto aspecto superior al conocimiento conceptual, obtenido de aplicar la abstracción a las imágenes que nos dan los sentidos. Es un conocimiento vital —no abstracto— que alcanza la individualidad de lo conocido. Pero es inferior al

conocimiento conceptual por carecer de su universalidad de su generalidad, lo que impide aplicarlo a todo aquello de que no se tenga una experiencia directa y profunda. Por ello, su radio de acción es mucho menor, y se aplica mejor a la vida interior del hogar que a la adopción de las decisiones propias del gobierno de la familia, que suponen una visión más abstracta y general de la vida y del medio social.

La prudencia, o recta razón de lo agible o "actuable", si bien es virtud que conoce las cosas singulares, y sirve para dirigirse moralmente a sí mismo y para que el que ejerce un poder dirija a sus súbditos, presupone conocimiento conceptual, es decir general, universal o abstracto, pues consiste en aplicar la razón a la acción ²².

El consejo es el acto mediante el cual se indaga, en el orden práctico, cuáles son los medios más aptos para el fin propuesto. Es la deliberación; y como supone cierto caudal de conocimientos conceptuales, a los que es menos dada la mujer, dice Aristóteles que ella está sujeta al varón en cuanto al gobierno de la familia, porque tiene un menor desarrollo en la parte deliberativa del alma: la tiene sin una plenitud de autoridad. Al respecto, cabe citar los siguientes pasajes:

"... el varón, en efecto, es, por naturaleza, más apto para el mando que la mujer —excepto en algunos casos en que la unión se haya realizado de una manera contraria a la naturaleza..." ²³.

"... el hombre libre gobierna al esclavo, el hombre gobierna a la mujer y el padre gobierna a los hijos, todo ello de distinta manera, y todos poseen las distintas partes del alma, pero las poseen de distintas maneras; el esclavo, en efecto, no ha conseguido en absoluto la parte deliberativa del alma: la mujer la tiene, pero sin una plenitud de autoridad, y el niño la tiene pero en una forma aún sin desarrollar. Por eso el gobernante debe poseer la virtud intelectual en su plenitud" ²⁴.

Glosando estos pasajes dice Santo Tomás:

"... el varón tiene una natural primacía, respecto de la mujer, a no ser que ocurra algo que constituya excepción a lo natural, como en los hombres afeminados..." ²⁵.

"... la mujer, como es libre, tiene la facultad de deliberar, pero su deliberación es débil. De lo cual el motivo es porque siguiendo la debilidad de la naturaleza, su razón adhiere sin firmeza a lo que ha deliberado, pero luego se aparta de ello por efecto de pasiones, como por ejemplo, de concupiscencia, o ira, o de temor o de alguna semejante" ²⁶.

Sin que pretendamos aferrarnos ciegamente a las explicaciones psicológicas de estos insignes maestros, no podemos desconocer que, cualesquiera sean las observaciones que los modernos científicos puedan hacerles, ellas recogen en substancia el mismo hecho que registra la ciencia actual, del

que siempre la humanidad ha estado consciente: o sea, que la mujer es naturalmente menos apta, o, en todo caso, menos inclinada para el conocimiento abstracto y general, y menos firme en sus resoluciones, que el hombre, a causa de su afectividad y de su carácter más apasionado. Y ésta es una primera razón para atribuir el poder directivo de la familia al varón. Pues la autoridad es acto del intelecto, si bien en su función práctica.

Pero hay una segunda razón, más sólida sin duda, e íntimamente ligada con la anterior. La mujer tiene como función propia la crianza y educación de los hijos: su inteligencia intuitiva y su sensibilidad exquisita la hacen mucho más apta que el hombre para comunicarse con ellos y conocer sus necesidades; y, además, para conformar la intimidad del hogar. Esta es la función misma del matrimonio —oficio de madre—; y si al marido no le cabe desempeñarla por sí en forma primordial, su propio oficio no puede ser sino el de dirigirla, conforme al conocimiento menos vital pero más universal para el que es más apto o que al menos tiene más ocasión de desarrollar y que le permite abarcar mejor las relaciones de la familia con el mundo exterior al que pertenece.

Lo dicho no significa reconocer una superioridad al marido ni a su función desde un punto de vista absoluto; importa tan sólo establecer una superioridad relativa a la dirección de la familia. Acaso sea más noble en sí misma la función de formar más directamente a los hijos; pero ello no autorizaría a transferir el poder directivo a la mujer, privándola de su oficio natural.

La Psicología diferencial congruentemente con lo que hemos expuesto respecto de la mujer, ve en el hombre un mayor poder de abstracción y generalización, una mayor inclinación a la ciencia, una mayor tendencia a dominar, y concretamente, a gobernar a la mujer; una mayor agresividad, más espíritu de lucha, y mayores inclinaciones y aptitudes para emprender obras exteriores y salvar obstáculos.

Volvamos a oír a los especialistas:

La Profesora Anastasi ya citada atribuye la autoridad marital, básicamente, a las diferencias sexuales:

“Es evidente que los papeles y estereotipos del sexo varían en tiempos y lugares distintos, y esta evidencia no sólo se desprende a través de la antropología, sino también por nuestra propia historia cultural. A buen seguro, pueden identificarse unas pocas diferencias en la conducta que aún persisten. Estas resultan indudablemente de algunas de las diferencias físicas que consideramos en la sección precedente. Así la extendida aceptación de la dominancia del varón en las diversas culturas puede relacionarse con las diferencias sexuales en constitución física y fuerza muscular, así como en las hormonas sexuales. Pero la intensidad de la dominancia

de estas diferencias sexuales varía considerablemente de una cultura a otra, como la forma en que se expresa²⁷.

L. M. Terman y Catherine Miles, sacando las conclusiones de sus informes estadísticos, dicen:

“Desde cualquier ángulo que se le examine, los varones incluidos en los grupos de tipificación evidenciaron claro interés por el riesgo y la aventura, por ocupaciones exteriores que requieran esfuerzo físico, por la maquinaria y las herramientas, por la ciencia y los fenómenos físicos y por las invenciones... Los varones directa o indirectamente manifiestan mayor autoafirmación y agresividad; expresan más atrevimiento y arrojo, modales, lenguaje y sentimientos más bastos”²⁸.

Citaremos por último, sobre este punto, a Roger Piret, que tipifica así al sexo masculino:

“Orientación biológica y personalidad están indiscutiblemente en constante interacción. Los contenidos de la masculinidad y de la femineidad pueden, pues, explicarse —al menos en parte— como los efectos de una diferenciación sexual que tiende a desarrollar dos modos de vida distintos. El hombre posee un organismo más fuerte, una sexualidad más desarrollada, un dinamismo agresivo y expansivo. Todo su ser lo empuja hacia una existencia más independiente, dedicada a la acción y sabiendo ubicarse con respecto a lo real, como lo demuestran notablemente su capacidad de reorganización espacial y su poder de abstracción. Se puede afirmar, con Buytendijk, que el mundo viril, el del *homo faber*, está hecho de obstáculos contra los cuales tropieza el hombre, y de medios por los cuales él actúa. El ser masculino se determina en referencia a las tareas a realizar”^{29, 30}.

La caracterización del varón nos lleva a precisar su propia función en la familia: ella es el sustento y protección de la misma: su fuerza para el trabajo, su mayor vigor físico, y su intelecto más volcado al mundo exterior; su participación meramente episódica en la generación de los hijos, en contraste con la carga que pesa sobre la mujer de la gestación y de la lactancia, todo lo designa a él para ser el sustento y amparo de su familia. Por eso, al conjunto de bienes de una persona, se le llama “patrimonio”, que etimológicamente quiere decir “oficio de padre”.

La diferencia de funciones, no ya intelectuales, sino físicas, que anotamos, es decir, la que hay entre la maternidad con su ciclo de preñez y lactancia por una parte, y el oficio del padre de procurar el sustento, de trabajar para ello, y ser el amparo de la mujer y de los hijos por otra, determinan una tercera y última razón para atribuir el poder directivo de la familia al marido: si es el marido el llamado a enfrentar el mundo exterior, ganándolo como sustento y ayuda, y evitándolo como peligro, y en

ese mundo se ha de desarrollar la familia, a él ha de corresponder la facultad de dirigirla ³¹.

Todas las razones expuestas nos conducen a afirmar sin ninguna vacilación, desde un punto de vista filosófico jurídico, que la autoridad de la familia reside por derecho natural en ambos padres, pero primordialmente en el marido.

Se trata de un principio de derecho natural secundario, a nuestro juicio, pues si bien la procreación y crianza de la prole son objeto de normas de derecho natural primario, las que imperan y regulan la constitución de la familia monogámica, cimentada en un matrimonio indisoluble y jurídicamente estructurada, por referirse a medios para la consecución de aquellos objetivos, son de derecho natural secundario o de gentes, y de segundo grado, al estar al alcance de cualquier persona con uso de razón.

La Filosofía del Derecho, en general, se ha pronunciado siempre por la autoridad del varón como de ley natural. Aparte de Aristóteles y de Santo Tomás, cuyos textos pertinentes hemos transcrito más arriba, podemos citar, entre los autores clásicos, a Molina, el cual nos dice que "el varón de suyo por la naturaleza, es cabeza de la mujer, sobre la cual, por tanto, conviene que tenga primacía; debiendo la mujer estarle sometida y obedecerle, determinándolo así la natural ventaja en las fuerzas y el juicio, por el cual el hombre excede a la mujer" ³²; a Domingo de Soto, según el cual el varón y la mujer se ordenan a la administración común de la familia, pero no en la misma proporción, y la mujer está obligada a obedecer al marido, a quien se une para la procreación de la misma prole, siendo no parte del marido sino comparte con él ³³; a Grocio, para quien, por Derecho Natural, la diferencia de sexo hace que la autoridad de los cónyuges no sea igual, pasando a ser la mujer miembro de la familia del marido, y correspondiendo a éste regular el domicilio ³⁴.

Entre los modernos, descuella Liberatore como uno de los que con más profundidad y detenimiento ha tratado el tema en la filosofía tomista. Comienza su exposición refutando a Ahrens, quien si bien reconoce diversidad de funciones entre el marido y la mujer en la familia, sostiene que la condición de uno y otro es absolutamente igual, que la naturaleza del matrimonio no tolera en modo alguno la potestad marital, y que la sociedad doméstica ha sido constituida con dos cabezas: con una que la represente en lo exterior y con otra que dirija su vida interna.

Dice Liberatore que aparte de "las dificultades y perturbaciones que de esta igualdad y monstruosa duplicidad de cabezas se seguirían en la familia; ciertamente ya la fisiología, ya el sentido común del género humano y las mismas sagradas escrituras nos llevan a juzgar lo contrario". "En efecto —continúa—, no puede negarse que la complejión de la mujer es

más débil que la del varón, el cual, la aventaja largamente por la fortaleza del cuerpo, la agilidad de las fuerzas, la solidez de los miembros". "Y también —añade— las virtudes del alma, como la prudencia del consejo y la constancia de la voluntad se desarrollan de un modo mucho más excelente en el sexo masculino, aunque, en cuanto a su esencia, igualmente se encuentran en el femenino. Aquí, por obra de la misma naturaleza, guía y maestra, en todas las naciones, el hombre prevalece sobre la mujer en la familia, sin que nada hayan podido valer nunca contra esta costumbre las voces de los innovadores" ³⁵.

Semejantes razones, aunque más sucintamente, da Zigliara ³⁶. Taparelli, por su parte, tras aducir de paso las diferencias intelectuales y la flaqueza del ánimo, se expresa así: "... *necesaria y constantemente* en el estado conyugal la mujer tiene que pasar la mitad de sus años más floridos en las molestias del embarazo, y la otra mitad en los afanes de la lactancia. Por consecuencia es *naturalmente como mujer* menos apta para la vida activa, y de aquí el que la naturaleza misma la condene en el matrimonio a cierta dependencia; dependencia que puede sin duda ser mitigada y aún neutralizada por otros respectos, pero que se funda en el orden mismo de naturaleza relativamente al fin principal de la sociedad propagadora" ³⁷. Después agrega el mismo autor: "La sociedad conyugal, como trabada que está esencialmente con las demás formas de sociedad doméstica (sociedad de interés, de amistad, de educación, etc.), lleva en su seno un germen de autoridad acomodable a varias formas. Pero como quiera que el primero de sus objetos sea la propagación de la especie humana, y la realización de este objeto hace esencialmente a la mujer necesitada de un amparo, que sólo el hombre puede darla; de aquí que por ley de naturaleza exista en la sociedad conyugal un principio de desigualdad a favor del marido, y que la esposa por su calidad misma de mujer, dependa naturalmente de él" ³⁸.

Por último, y para dar término a esta revista del pensamiento iusnaturalista, conviene citar a Leclercq, autor contemporáneo, que recogiendo todas las inquietudes actuales, expresa así su conclusión:

"No se debe, sin embargo, exagerar, este deseo de independencia. En algunos feministas llega a ser una obsesión. Es conforme a la naturaleza y a las mismas aspiraciones de la mujer que el marido sea el jefe de la familia. Los feministas pretenden negarlo, pero van contra toda experiencia humana. La mujer busca normalmente en el hombre la energía, la resolución y el sentido de la responsabilidad que caracterizan al sexo viril. La mujer puede ser superior al hombre por la finura y la delicadeza; puede por ello conseguir el mayor dominio sobre él; pero espera del hombre que sea el dueño, y desea apoyarse en él. Una mujer normal-

mente equilibrada padece si se siente superior a su marido por la voluntad y la inteligencia, mientras que un hombre normalmente equilibrado sufre al sentirse inferior a su mujer”³⁹.

La doctrina de la absoluta igualdad jurídica del hombre y la mujer proviene del racionalismo filosófico, que tiende a considerar al hombre como ente abstracto.

Ya Pufendorf, en el siglo XVIII, dice que en virtud del contrato en que consiste el matrimonio, la condición del marido es más ventajosa que la de la mujer, y que, además, el sexo masculino es naturalmente más noble que el femenino, de donde resulta una especie de alianza desigual, en cuya virtud el marido se obliga a proteger a la mujer, y la mujer, por su parte, debe respeto a su marido; pero que ni el fin de la familia ni el del matrimonio requieren necesariamente que en la unión de marido y mujer, aquél o ésta tengan sobre el otro consorte una autoridad propiamente dicha, que encierre el poder de vida y muerte, o la potestad de aplicar un castigo algo rudo⁴⁰.

Más adelante Pufendorf añade que la autoridad del marido deriva de que la mujer ha consentido en someterse a él, por el matrimonio⁴¹.

Incluso llega Pufendorf a sostener que “nada impide... que un marido estipule en las capitulaciones matrimoniales que él tendrá sobre su mujer una autoridad absoluta”⁴².

Como puede apreciarse, este autor incurre en varias confusiones lamentables: en primer lugar, cree que todo poder ha de ser absoluto, y de vida o muerte, para merecer el nombre de autoridad; en segundo lugar, cree que semejante poder puede tener un origen contractual; y, por último, al menos para estos efectos, equipara el matrimonio a un mero contrato, prescindiendo de su estructura natural y necesaria, y de estar él imperado al género humano —como conjunto— para su propagación.

Luego fue Hippiel, el amigo de Kant, quien sostuvo la igualdad de aptitudes entre el varón y la mujer para todas las funciones humanas en sus libros “El mejoramiento civil de las mujeres” — 1792—, y “Párrafos sobre la Educación Femenina” (1801). Posteriormente apoyaron esta tesis Hugo — Derecho Natural — 1798 y 1820, y Krause — 1811: “Ideal de la Humanidad”, y después Ahrens, que es quien nos proporciona estos datos sobre las fuentes de su doctrina⁴³, y cuyas ideas hemos resumido al exponer las de Liberatore.

3. LA PRÁCTICA UNIVERSAL

El sistema de autoridad familiar que hemos señalado como de derecho natural es, además, el que ha respetado la práctica universal. Por cierto que esta universalidad es moral —como que nos referimos al plano moral—

y no absoluta. Desde luego, todo el pensamiento filosófico que hemos invocado es buena prueba de ello.

Pero también lo son los cuerpos legales más ilustres, y las normas consuetudinarias.

Fustel de Coulanges, en su celeberrima "Ciudad Antigua", tras explicar que toda la estructura jurídica familiar entre los romanos, los griegos y los hindúes derivaba de la religión doméstica, que rendía culto al *Lar familiae Pater* o Dios familiar, nos dice: "El derecho griego, el derecho romano, el derecho hindú, que derivan de estas creencias religiosas, concuerdan en considerar a la mujer como siempre menor de edad..."⁴⁴. A continuación expone los derechos del padre sobre la familia en su triple calidad de jefe religioso del hogar, dueño de la propiedad y juez⁴⁵, y por último se refiere al origen del vocablo padre —igual en latín, en griego y en sánscrito—, del cual nos dice que originariamente no se usó para significar la generación —la que se daba a entender por la palabra *genitor*, común también aunque con variaciones, a los tres idiomas—, sino para significar poder, autoridad, honor y dignidad, aplicándose en lengua religiosa a los dioses y en lengua jurídica, a todo aquel que no dependía de otro y tenía autoridad sobre una familia. Posteriormente se aplicó el nombre de padre al jefe de familia, en forma más específica, llegando a constituir su denominación ordinaria⁴⁶.

La ley de Manú disponía así: "la mujer, durante su infancia, depende de su padre; durante su juventud, de su marido; muerto su marido, de sus hijos; si no tiene hijos, de los parientes próximos de su marido; pues una mujer no debe nunca gobernarse a su arbitrio"⁴⁷.

El cristianismo —como nadie lo ignora— mejoró inmensamente la condición de la mujer, enseñando su esencial igualdad de derechos con el hombre. Sin embargo, como después veremos, siempre ha reconocido el supremo poder directivo de la familia al varón.

En la España medieval cristiana, el Código de las Siete Partidas explica así el régimen de la familia y la autoridad del varón:

"Marido e muger son una compañía que ayuntó nuestro Señor Dios, entre quien deve siempre ser verdadero amor, e gran aveniencia. E porende tovieron por bien los Sabios antiguos, que los maridos usen de los bienes de sus mugeres, e se acorriessen dellos, quando les fuesse menester. E otrosí que gobernassen ellos a ellas, e que les diessen aquello que les convenía, segund la riqueza, e el poderio que oviessen. E maguer que acaesciese que el uno tomasse de las cosas del otro, que aquel a quien fuessen tomadas, non le podiesse fazer demanda por ellas en juyzio..."⁴⁸.

Pothier, uno de los más ilustres representantes del derecho intermedio francés, y, en cierto modo, el padre espiritual del Código Civil fran-

cés, tratando de la potestad marital nos dice que ella “consiste, en virtud del derecho natural, en el derecho que tiene el marido de exigir de ella (su mujer) todos los deberes de sumisión que se tienen para con un superior”; y que uno de sus principales efectos es el derecho que asiste al marido para exigir a su mujer que lo siga a donde él juzgue conveniente establecer su domicilio o residencia. Concluye advirtiendo, eso sí, que el derecho civil ha aumentado mucho la potestad del marido sobre la persona de la mujer ⁴⁹.

Luego, refiriéndose al régimen de bienes, aclara Pothier que él es de origen humano y no natural, y que la incapacidad de la mujer casada que ha establecido el derecho consuetudinario francés no se funda en una debilidad intelectual de ella —como que no afecta a las mujeres solteras ni a las viudas—, sino en la potestad del marido sobre la persona de su cónyuge ⁵⁰.

Portalís, en el Discurso preliminar del Código Civil francés, explica con estas palabras la potestad paterna y marital:

“Las leyes civiles deben interponer su autoridad entre los esposos y entre los padres y los hijos; deben regular el gobierno de la familia. En las indicaciones de la naturaleza hemos buscado nosotros el plano de este gobierno. La autoridad marital se funda en la necesidad de dar, en una sociedad de dos individuos, la voz preponderante a uno de los asociados, y en la preeminencia del sexo al que se atribuye esta preferencia . . .” ⁵¹.

El Código Civil francés disponía en su artículo 213: “El marido debe protección a su mujer, la mujer, obediencia a su marido”. Maleville —que fue uno de los redactores del Código— en sus famosos comentarios dice, respecto de esta norma: “*Protección, obediencia*, estas palabras son duras, ellas son sin embargo de San Pablo, y esta autoridad vale por cualquier otra” ⁵².

Posteriormente, la ley de 22-IX-1942 modificó este artículo, reconociendo también la autoridad de la mujer, pero manteniendo al padre como jefe de la familia; jefatura que sólo vino a desconocerle la ley N° 70-459 de 4 de junio de 1970.

Las reformas que en algunos Códigos actuales se han introducido para cercenar la autoridad natural del marido, sea declarando una igualdad absoluta de los cónyuges, sea estableciendo, además, un recurso al juez para resolver las discrepancias, aún en los casos en que ellas no constituyan un manifiesto abuso del marido que sea contrario a derecho y afecte gravemente el bien de la familia, en nada arguyen contra la práctica universal que aducimos ni contra la doctrina de ser el marido el jefe del hogar por derecho natural. Baste recordar, al respecto, que muchos de esos mismos Códigos admiten el divorcio vincular; y que en varios países

se están legalizando o permitiendo oficialmente, el aborto y las uniones homosexuales.

Tampoco las prácticas matriarcales que nos relatan algunos sociólogos y etnólogos arguyen contra los principios expuestos: se trata de desviaciones análogas a la práctica de la poligamia, de la antropofagia, etc.

Además, respecto del matriarcado, y sin entrar en un campo en que carecemos de competencia, conviene hacer algunas precisiones.

Las teorías matriarcales decimonónicas de Bachofen, Mac Lennan y Morgan, según las cuales el matriarcado, con sus aspectos de matrilinealismo, o transmisión de los derechos por la madre, matrilocalismo, o incorporación del marido a la familia de la mujer, y ginococracia, o autoridad doméstica e incluso política de la mujer, habría sido una etapa natural y necesaria en la evolución de todos los pueblos, ya no son aceptadas por los científicos.

Dichas teorías partían del supuesto de una promiscuidad sexual originaria que habría reinado en los tiempos primitivos. Al formarse los clanes, la necesidad de determinar el parentesco habría obligado a trazarlo por la madre, al no poderse determinar la persona del padre. Luego se habría evolucionado hacia el patriarcado.

Los sociólogos y etnógrafos actuales estiman que semejantes teorías se basan en generalizaciones gratuitas e inaceptables, y que si bien ha habido y hay sistemas entre pueblos primitivos en que el parentesco se traza por la madre, y en que el marido es absorbido por la familia de ésta, no hay certidumbre de que nunca hayan gobernado propiamente las mujeres, la familia y menos el Estado, comoquiera que incluso en sistemas típicamente matriarcales, la autoridad era desempeñada por el tío materno, en el régimen conocido como avunculado. Sobre esto, hay muchos pueblos en que no se encuentra rasgo alguno de sistema matriarcal, y con la particularidad de ser de los más atrasados de la tierra, como los fueguinos, los indígenas de Brasil, etc.

“El término “matriarquía” —dice el Diccionario de Ciencias Sociales dirigido por Salustiano del Campo— fue utilizado en el siglo XIX para significar la forma hipotética de sociedad en la cual las mujeres eran líderes y gobernantes. Los antropólogos están ahora de acuerdo en que no existe evidencia para apoyar la afirmación de que alguna sociedad haya estado alguna vez bajo tal control”^{53, 54}.

4. LA ÍNDOLE DE LA AUTORIDAD MARITAL

La autoridad del marido no es una autoridad perfecta, ni mucho menos una autoridad absoluta.

Tratando de este punto, Aristóteles nos dice que el varón ejerce su autoridad en beneficio de la mujer⁵⁵; que entre ambos “debe haber virtuosa camaradería y compañerismo”; que “deben regir su casa en armonía de mente y corazón”⁵⁶. Enseña también el Filósofo, recurriendo a su clasificación y tipificación de las formas de gobierno, que el poder del marido, respecto de la mujer, es de orden aristocrático, porque “el marido ejerce la autoridad en proporción a su mérito, y en los campos u órdenes de cosas en que conviene que sea el marido el que mande; las cuestiones que son de competencia de la mujer —prosigue Aristóteles— el marido se las deja a ella”. “En el caso —dice— en que el hombre ejerce sobre todas las cosas un poder absoluto, su autoridad se transforma y deviene oligárquica; al obrar así, obra sin contar con su mérito y deja de mostrarse superior . . .”⁵⁷.

También Domingo de Soto y Molina, en los pasajes citados, declaran que la autoridad la tiene el marido compartida con la mujer, y la ejerce sobre ella como sobre una compañera.

Liberatore puntualiza que se trata de un poder meramente directivo, establecido para la buena marcha de la familia, y que el marido debe dejar a la mujer lo que toca al cuidado interior de la familia⁵⁸.

La autoridad del marido está limitada por la legítima autonomía de la mujer, y por cierto, por la competencia del Estado en las cosas que le pertenecen. No es posible dar una norma absoluta sobre lo que el marido está facultado para mandar y prohibir, en uso de sus atribuciones. Sin embargo, nos parece evidente que a él toca fijar el domicilio familiar, y dar o negar autorización a la mujer para ejercer una actividad ajena a sus labores domésticas que ocupe una parte notable de su tiempo y de sus energías. En cuanto al domicilio, esa es la opinión común de los moralistas⁵⁹; y sobre el trabajo, se pronuncia en el mismo sentido Leclerq⁶⁰.

También es claro que iría contra la naturaleza de la familia la ley que estableciese el recurso al juez para zanjar las discrepancias, transfiriendo así al Estado la autoridad del marido, a no ser en casos graves y de manifiesto abuso.

5. LA DOCTRINA TEOLÓGICA SOBRE LA AUTORIDAD FAMILIAR

Los teólogos católicos siempre han estimado que la jefatura de la familia corresponde al marido por derecho natural.

A primera vista, pudiera haberse entendido, desde el punto de vista teológico, que no era así, pues el Génesis nos relata que Dios, como pena por el pecado original, dijo a la mujer: “estarás bajo la potestad del varón”. Sin embargo, San Agustín enseña que antes del pecado la mujer había sido ya hecha de tal manera que debía obedecer al varón; y que la pena no consistió en la imposición de esa obediencia, sino en que ésta se tornara

desagradable —como por lo demás sucedió con el trabajo respecto del varón— tomando un matiz de servidumbre⁶¹. En el mismo sentido enseñan Santo Tomás, Suárez, y Molina^{62, 63, 64}.

Los textos bíblicos que dan lugar a esta conclusión son:

a) El capítulo V de la epístola de San Pablo a los Efesios, versículos 22 a 24, que dice: “Las casadas estén sujetas a sus maridos; porque el marido es cabeza de la mujer, como Cristo es cabeza de la Iglesia . . . Y como la Iglesia está sujeta a Cristo, así las mujeres a sus maridos en todo”.

b) El capítulo XI de la primera epístola de San Pablo a los Corintios, versículos 3 y 8 y 9, que dicen:

“Pues bien: quiero que sepáis que la cabeza de todo varón es Cristo, y la cabeza de la mujer, el varón” . . . “mas la mujer es gloria del varón, pues no procede el varón de la mujer, sino la mujer del varón”; “Ni fue creado el varón para la mujer, sino la mujer para el varón”; y

c) El capítulo 3 de la Epístola de San Pedro, versículo 1:

“Asimismo vosotras, mujeres, estad sujetas a vuestros maridos . . .”.

La doctrina pontificia es clara sobre este punto. Pío XI, en la encíclica *Gasti Connubi* recuerda la autoridad del marido, pero también la libertad de la mujer, advirtiendo que se trata de una jerarquía funcional: “Consolidada, por último, la sociedad doméstica con el vínculo de este amor, es necesario que florezca en ella lo que San Agustín llama *jerarquía del amor*. Jerarquía que comprende tanto la primacía del varón sobre la esposa y los hijos cuanto la diligente sujeción y obediencia de la mujer, que recomienda el Apóstol . . .” (Nº 25).

“Esta obediencia no niega, sin embargo, ni suprime la libertad que con pleno derecho corresponde a la mujer, tanto por la dignidad de la persona humana, cuanto por sus nobilísimas funciones de esposa, de madre y de compañera . . . ni, finalmente, enseña que la mujer haya de estar equiparada a las personas calificadas en derecho de menores, a las que no suele concederse el libre ejercicio de sus derechos o por insuficiente madurez de juicio o por desconocimiento de los asuntos humanos; sino que prohíbe aquella exagerada licencia que no se cuida del bien de la familia, prohíbe que en este cuerpo de la familia se separe el corazón de la cabeza, con grave daño y con próximo peligro de ruina. Porque si el varón es la cabeza, la mujer es el corazón, y así como aquél tiene la primacía del gobierno, ésta puede y debe reivindicar para sí como propia la primacía del amor” (Nº 26).

Luego dice el Pontífice que la obediencia de la esposa puede ser diversa en cuanto al grado y al modo, conforme a las diversas circunstancias de personas, lugares y tiempos; pero que “torcer o destruir la estructura

misma de la familia y su ley principal, constituida y confirmada por Dios, eso no es lícito ni en tiempo ni en lugar alguno" (Nº 28).

En el mismo sentido había enseñado León XIII, en la encíclica *Arcanum Divinae Sapientiae* (Nº 8).

Por su parte Pío XII, en alocución de 10 de septiembre de 1941, explica cómo la presente economía social, llevando a las mujeres a las fábricas, las oficinas y los empleos públicos y privados, ha hecho debilitarse mucho la jerarquía familiar, y luego añade:

"Sin embargo, el concepto cristiano del matrimonio que San Pablo enseñaba a sus discípulos de Efeso, lo mismo que a los de Corinto, no puede ser más abierto ni más claro: "Las mujeres deben estar sometidas a sus maridos lo mismo que al Señor: porque el hombre es la cabeza de la mujer como Cristo es la cabeza de la Iglesia... Como la Iglesia está sometida a Cristo, así también las mujeres deben estarlo a sus maridos en todo...".

"La doctrina y la enseñanza de San Pablo son la doctrina y la enseñanza misma de Cristo...".

6. RÉGIMEN DE BIENES Y AUTORIDAD FAMILIAR

Desde el punto de vista de este estudio, nos parece conveniente decir algo sobre el régimen de bienes de la familia.

Desde luego, cabe advertir que nada preceptúa el derecho natural al respecto.

Sin embargo puede afirmarse con seguridad que violaría la ley de la naturaleza, una ley que obligase a la mujer a desempeñar un trabajo que le impidiese o dificultase sus funciones de madre y esposa, ya fuese directamente, ya fuese forzándola a concurrir en todo caso a la mantención económica de la familia ^{64 bis}.

Por último, parece que un régimen de comunidad de bienes administrada por el marido y con un cierto control de la mujer, es el que mejor refleja en el campo patrimonial la naturaleza de la familia, al dar a la mujer la seguridad de que tendrá la mitad de lo que gana el marido. Sin necesidad de abandonar el hogar para ejercer algún trabajo lucrativo.

Dice al respecto Leclercq:

"Desde este punto de vista, la reacción de los legisladores contemporáneos inspirados por el feminismo es en ciertos aspectos lamentable. Preocupados sólo de defender a la mujer, no ven que al separar los bienes de cada esposo y convertir a los cónyuges en dos asociados que administran su patrimonio cada uno por su lado, contribuyen a debilitar la unidad de la familia ^{65, 66, 67}.

7. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA AUTORIDAD FAMILIAR.

Mucho se ha discutido por los juristas sobre el carácter y eficacia de las relaciones de justicia propias de la familia: de los derechos y deberes que median entre los cónyuges, y entre los padres y sus hijos. Uno de los puntos más debatidos es el de la sanción de tales relaciones; y se pregunta si pueden los respectivos deberes hacerse cumplir mediante la fuerza, como es propio de las obligaciones de justicia. De aceptar la negativa, surge el problema de si se trata de verdaderas obligaciones jurídicas o de simples obligaciones morales.

Sin pretender abordar con detenimiento estas cuestiones, que por su relieve científico y práctico constituyen uno de los temas fundamentales del Derecho de familia, hemos de decir sin embargo, algunas palabras sobre ellas, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, que nos permitan perfilar la naturaleza jurídica de la autoridad familiar.

Es sabido que tres son los requisitos propios de las relaciones de justicia: alteridad, exigibilidad e igualdad.

Pues bien, entre padres e hijos, no existe perfecta alteridad: el hijo es algo del padre —de los padres—, como lo es el efecto de la causa: el hijo no es otro ser perfecta, completa, absolutamente independiente. Tampoco es posible la perfecta igualdad de la justicia entre padres e hijos: ni el deber de dar la vida, ni el de retribuir esa dación pueden considerarse nunca adecuadamente satisfechos.

Por ello, no hay perfecta justicia entre padres e hijos: no hay tampoco perfecta exigibilidad en los respectivos deberes, al no ser completamente distinto el deudor del acreedor, ni poderse determinar ni pagar en igualdad completa lo debido.

Se da entre padres e hijos, como enseña Santo Tomás, en seguimiento de Aristóteles, lo justo paterno, un derecho imperfecto, que guarda mera analogía con lo justo político o civil, y que es objeto de la virtud de la piedad, parte potencial de la justicia.

Entre marido y mujer, si bien hay más perfecta distinción que entre padres e hijos, tampoco hay completa alteridad: son como dos partes de un solo cuerpo, ordenado a la generación y a la vida familiar. Entre ellos, por tanto, se cumple mejor la idea o razón de justicia que entre padres e hijos, pero siempre en forma imperfecta y analógica: sus derechos y deberes son materia de la virtud de la piedad y del amor; sus obligaciones son más altas pero menos exigibles que las estrictamente jurídicas⁶⁸. Cumple aclarar, empero, que esta imperfección en los derechos y obligaciones entre cónyuges no se refiere a las relaciones jurídicas que los constituyen en marido y mujer; pues en cuanto a éstas se enfrentan u oponen como

no siéndolo aún; por eso los derechos y obligaciones que tienen por objeto la unidad y la indisolubilidad del matrimonio son plenamente jurídicos.

Las relaciones jurídicas propias de la familia son pues imperfectas, en cierto modo. Sin embargo, pueden recibir razón de completa juridicidad de la justicia legal o general, que manda practicar todas las virtudes, por tanto también la justicia doméstica y la piedad, en cuanto son necesarias al bien común. Los vínculos jurídicos fundamentales de la familia, y entre ellos la autoridad paterna y marital, reciben necesariamente esta consolidación y razón de exigibilidad de la justicia legal.

Con lo expuesto, podemos responder tajantemente a una argumentación muy poco feliz, pero que puede resultar aparente: la autoridad familiar, la obediencia de la mujer, los deberes del marido, se dice, constituyen materias morales; ¿por qué se han de ocupar de ellas las leyes civiles? La verdad es que, en primer lugar, de suyo son materias jurídicas y luego, que aunque su juridicidad sea, con relación al orden de la familia, meramente analógica, con relación al orden social, tal juridicidad es perfecta, porque se trata de elementos fundamentales de la sociedad civil, que son, por tanto, materia necesaria de la justicia legal.

Hemos de concluir, entonces, que la ley civil debe preceptuar siempre y en todas partes el cumplimiento de los deberes básicos de la vida familiar, sancionándolos incluso con la coactividad en la medida en que su naturaleza lo admita. Pero no es en la sanción coactiva donde se halla la última justificación de este imperativo: las leyes tienen ante todo una función preceptiva, una función docente: son normas que aprehendidas por nuestro intelecto, nos sirven de luz y principio de acción; de modo que aun cuando la coactividad fuera imposible o contraproducente, y aun cuando cualquier otra sanción atenuada o indirecta fuera imposible, los deberes de que tratamos serían siempre materia adecuada de la ley

CONCLUSIONES

De este estudio, acaso demasiado extenso sobre la autoridad en la familia, podemos deducir las siguientes conclusiones:

- a. La autoridad doméstica reside en ambos padres, por el título de la generación.
- b. El poder directivo superior reside en el marido.
- c. El poder del marido ciertamente se extiende a autorizar o prohibir a su mujer un trabajo que le requiera una dedicación notable fuera del hogar; y también, a fijar el domicilio.
- d. Sería contraria a la ley natural toda norma que transfiriese el poder marital de resolver las discrepancias con la mujer al Estado, a través del juez o de otro funcionario, salvo casos de abuso grave.

e. Sería contra la ley natural una norma que obligase a la mujer a trabajar para cooperar al mantenimiento de la familia y aligerar la respectiva obligación del marido.

f. La autoridad del marido consiste en un poder directivo, y no le es lícito anular la autoridad y la libertad que corresponden a la mujer.

APÉNDICE CRÍTICO SOBRE EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO
CIVIL EN MATERIA DE FAMILIA

En este apartado haremos un estudio crítico del proyecto de reforma del Código Civil en materia de familia, presentado al Ministerio de Justicia en 1979 por la Comisión de Derecho Civil designada por el mismo, a la luz de las conclusiones sentadas en los capítulos anteriores. No nos referiremos a las modificaciones que se introducen al régimen de la sociedad conyugal, sino sólo a las que se relacionan directamente con la autoridad en la familia, que ha constituido el tema central de este trabajo; y que tiene más importancia, por cierto, que los bienes económicos.

En el curso de la exposición citaremos Códigos extranjeros para ilustrarla, pero sin la pretensión de presentar un estudio de derecho comparado, pues ni ha sido ése nuestro intento, ni hemos podido procurarnos sino algunos de esos códigos —en general los que nos han parecido más significativos.

Dos artículos básicos contienen en nuestro Código Civil las reglas estructurales de la familia: el 131, inciso segundo, que dice: "El marido debe protección a la mujer, y la mujer obediencia al marido", y el 219, que dice: "Los hijos legítimos deben respeto y obediencia a su padre y su madre; pero estarán especialmente sometidos a su padre". De ello resulta que la autoridad familiar pertenece a entrambos padres, pero primando el marido.

Como consecuencia de este principio, el artículo 133 reconoce al marido el derecho de fijar el domicilio familiar —en el que la mujer debe vivir salvo peligro inminente de su vida—, y establece su obligación de recibir en él a la mujer; el artículo 150, inciso primero, permite al marido solicitar al juez que prohíba a la mujer el ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria; y el artículo 235 faculta al padre para dirigir la educación de los hijos.

Reconociendo que la función de la esposa y de la madre se cumple con la crianza y la educación de los hijos y en la intimidad del hogar, y que es al marido a quien incumbe fundamentalmente la mantención económica de la familia, el artículo 134 dice que: "El marido debe suministrar a la mujer lo necesario según sus facultades, y la mujer tendrá igual obligación respecto del marido si éste careciere de bienes"; el artículo 228

dispone que “los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos, pertenecen a la sociedad conyugal...”; y que si la mujer está separada de bienes, dichos gastos “correrán por cuenta del marido, contribuyendo la mujer en la proporción que el juez designare”; y el artículo 150 inciso 1º permite al marido solicitar al juez que prohíba a la mujer el ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria, como antes vimos.

Todos los principios de derecho natural que hemos expuesto hallan cumplida expresión en estas normas.

Pues bien, el proyecto de reforma del Código Civil que comentamos, presentado en 1979 por la Comisión encargada de estudiar las que se quieren introducir a ese ilustre cuerpo de Leyes, suprime tales preceptos, aboliendo la autoridad del marido como jefe de la familia, y dejando a ambos consortes en pie de absoluta igualdad en el régimen doméstico.

Para igualar más completamente a la mujer con el hombre, el artículo 134 nuevo que se propone, obliga a aquélla a concurrir con éste, sin hacer distinguir alguno, a la mantención económica de la familia: el trabajo de la mujer se transforma, entonces, de permitido en obligatorio.

El proyecto deja a la postre a la familia privada de autoridad, pues no arbitra medio alguno de dirimir las discrepancias que puedan ocurrir entre los cónyuges. Otras leyes que vulneran también la autoridad del marido, menos ilógicas —aunque acaso más nefastas en la práctica—, entregan al juez la función de dirigir la familia a falta de acuerdo entre los cónyuges, como luego veremos.

Para explicar debidamente las modificaciones que se han propuesto, conviene que nos refiramos por separado a cada una de las materias aludidas.

I. LOS NUEVOS PRECEPTOS

a) *Enunciado general de la potestad marital.*

El proyecto, en su artículo 2º, Nº 7, dice así:

“Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Civil:

7) Se reemplaza el inc. 2º del art. 131 por el siguiente:

“El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos”. El texto actual, como acabamos de recordar, dice: “El marido debe protección a la mujer y la mujer obediencia al marido”. Como puede apreciarse, se suprime la potestad del marido, la “potestad marital”. El nuevo texto está copiado al pie de la letra del artículo 57 del Código Civil español —arreglado por la ley 14/75, de 2 de mayo de 1976—, cuyo tenor es el siguiente:

“El marido y la mujer se deben respeto y protección recíprocos, y actuarán siempre en interés de la familia”.

Todas las modificaciones que veremos después son consecuencia de ésta, que termina con la autoridad del varón como jefe de la sociedad familiar.

¿A qué obedece tan aberrante proposición de reforma?

A ideas que flotan, no por cierto entre los padres de familia, sino en ciertos medios intelectuales, y que erróneamente son tenidas por libertarias. Se las estima acaso más “democráticas” que las que inspiraron la ley actual.

Pero esta igualdad absoluta de los esposos es afirmada, como nos dice Henri Mazeaud, uno de los grandes civilistas franceses contemporáneos, “por el Código soviético y por las legislaciones nuevas de los países socialistas: Bulgaria, Checoslovaquia, Polonia, etc., que aplican la doctrina socialista de Carlos Marx”. Esta pretensión de asegurar la libertad de la mujer proclamando la completa igualdad de los esposos, en países en que el principio de autoridad se ha establecido respecto del gobierno del Estado con tanta fuerza que la libertad individual ha sido arruinada, importa una contradicción que es sólo aparente —prosigue Mazeaud—. En realidad —agrega—, obedece al objetivo de la doctrina marxista de dejar al individuo sólo frente al Estado: se trata de eliminar la familia sólidamente organizada, es decir, fundada en un principio de autoridad, porque ella es una defensa natural contra el Estado⁶⁹.

En Francia, la ley de 18 de febrero de 1938 suprimió la mención del deber de obediencia de la mujer, pero reconoció al marido la calidad de jefe de la familia. Las leyes de 22 de septiembre de 1942 y 13 de julio de 1965 confirmaron esta disposición, que vino a ser derogada por la ley 70-459 de 4 de junio de 1970. Antes de esta última reforma, el artículo 213 del Código Civil decía así:

“El marido es el jefe de la familia. El ejerce esta función en interés común del matrimonio y de los hijos”.

“La mujer concurre con el marido a asegurar la dirección moral y material de la familia, a proveer a su mantención, a educar a los hijos y a preparar su establecimiento”.

“La mujer reemplaza al marido en su función de jefe si él está incapacitado para manifestar su voluntad en razón de su incapacidad, su ausencia, su alejamiento, o de cualquier otra causa”.

Este era un texto por demás razonable, que, en substancia, dejaba incólume la potestad marital; haciendo una saludable referencia a su objetivo funcional en el régimen de la familia. Desgraciadamente, la ley de 4 de junio de 1970 lo substituyó por el siguiente: “Los esposos aseguran con-

juntamente la dirección moral y material de la familia. Ellos proveen a la educación de los hijos y preparan su futuro”.

Nos relatan los Mazeaud que la Comisión de Reforma del Código Civil que elaboró la ley de 13 de julio de 1965, quiso quitar al marido el carácter de jefe de familia que le había reconocido la ley de 1938 ya citada. Se aprobó por dicha Comisión un texto —dicen— que Cambacérés había presentado en vano a las Asambleas revolucionarias, y que consagraba la igualdad absoluta de los esposos, antes de la dictación del Código Napoleón.

Pero a la Comisión de Reforma se le objetó que la vida familiar pasaría a ser regida por los Tribunales, los que fijarían la residencia de los esposos, se pronunciarían sobre la educación de los hijos y establecerían el nivel de vida del hogar. La intervención constante del juez —dicen los Mazeaud— habría necesariamente conducido al divorcio. Por eso, consultada al respecto la Facultad de Derecho de París, emitió su dictamen negativo, y la Comisión de Reforma tuvo la prudencia de ajustarse a este parecer⁷⁰. Desgraciadamente, el legislador de 1970 terminó por suprimir la autoridad del jefe de familia.

También nos dicen los Mazeaud que el célebre Santoro Pasarelli, Profesor de la Universidad de Roma, que tuvo tan destacada parte en la redacción del Código Civil italiano de 1942, presentó una ponencia sobre el gobierno de la familia al Primer Congreso Internacional de juristas católicos que tuvo lugar en Francia en octubre de 1953, y cuyo tema era “La familia en el orden jurídico”. La conclusión de Santoro Pasarelli condenó la reforma que se proponía entonces en Francia para suprimir la autoridad del marido como jefe de familia, con estas palabras:

“He aquí que en Francia, sobre esta tierra que nos acoge, cuna de tan luminosas tradiciones familiares, la Comisión de Reforma del Código Civil francés enfrenta una modificación de las relaciones entre cónyuges, y entre padres e hijos. Colocada bajo el nuevo signo de la igualdad de los esposos en el seno de la familia, tal reforma no sólo haría, de llevarse a cabo, “una familia sin jefe” de la familia francesa, como se ha dicho, sino que llevaría, ni más ni menos, a la destrucción de la familia”⁷¹.

La tendencia igualitaria que inspira el proyecto de reforma en comento, se encuentra también en el Código Civil italiano, cuyo artículo 143, inciso primero, dice: “Con el matrimonio el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes”; y cuyo artículo 144, inciso primero, da esta norma: “Los cónyuges acuerdan entre sí la dirección de la vida familiar y fijan la residencia de la familia según las necesidades de entrambos, y las prevalentes de la familia misma”. También el Código Civil alemán sigue esta corriente, en su artículo 1356, apartado primero, según el cual: “Los cónyuges regulan la dirección del hogar de mutuo

acuerdo" y "si la conducción del hogar es puesta a cargo de uno de los cónyuges, él lo gobierna bajo su propia responsabilidad".

El Código italiano dispone un proceso judicial para dirimir las discordias de los cónyuges relativas al régimen de la familia. Es interesante reproducir el artículo 145, que informa este sistema, el cual bien merece calificarse de monstruoso. Su texto es como sigue:

"En caso de desacuerdo, cada uno de los cónyuges puede recabar, sin formalidad, la intervención del juez, el cual, oídas las opiniones expresadas por ambos, y, en cuanto sea oportuno, las de los hijos que vivan con ellos y hayan cumplido dieciséis años, intentará encontrar una solución de concordia".

"Cuando ello no sea posible, y la divergencia concierna a la fijación del domicilio u otro asunto esencial, el juez, aunque no sea requerido expresa y conjuntamente por los cónyuges, adoptará, mediante providencia no impugnabile, la solución que estime más adecuada a las exigencias de la unidad y de la vida de la familia".

A este resultado se llegó en Italia a través de una progresiva degradación de la jerarquía familiar. Los artículos 144 y 145 del Código de 1942 reconocían al marido como jefe de la familia y señalaban sus deberes de proteger a su mujer, tenerla en su compañía y darle el sustento. Luego, el proyecto Reale Orsoni, propuesto el 10 de enero de 1967 a la Cámara de Diputados, modificaba el artículo 144 y ponía como norma directiva de la vida familiar el común acuerdo de los cónyuges; a falta de acuerdo, primaba el parecer del marido; pero, según el texto nuevo del artículo 145, contenido en el mismo proyecto, la mujer, en caso de que las decisiones del marido fuesen gravemente perjudiciales para la familia, podía recurrir al juez, proponiendo el proceder que estimara adecuado; el juez resolvía lo que creyese mejor para los intereses de la familia. En el actual sistema como hemos visto, ni tiene el marido primacía alguna, ni se exige que sus órdenes sean gravemente perjudiciales para que la mujer —y aún los hijos de dieciséis años— pueda discutirla ante el juez^{72, 73}.

Otros Códigos conservan el principio tradicional que defendemos, sin restricciones. Así el argentino, si bien no contiene un enunciado genérico sobre la autoridad del marido, la reconoce plenamente, al permitirle fijar el domicilio (art. 187) y atribuirle la patria potestad (art. 264). El Código portugués de 1967, en su artículo 1674, dice: "El marido es el jefe de la familia, correspondiéndole en tal calidad representarla, y decidir en todos los actos de la vida conyugal común, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes". El artículo 1677, inciso 1º, a continuación dispone que "Pertenece a la mujer, durante la vida común, el gobierno doméstico, conforme a los usos y a la condición de los cónyuges".

El Código peruano establece el gobierno familiar en dos artículos notables por la profundidad y precisión jurídicas: el 161 y el 163, cuyos textos son los siguientes:

161: "El marido dirige la sociedad conyugal. La mujer debe al marido ayuda y consejo para la prosperidad común y tiene el derecho y el deber de atender personalmente el hogar".

163: "La mujer no está obligada a aceptar la decisión del marido cuando ésta constituye un abuso de su derecho".

Estos preceptos alcanzan a nuestro juicio el carácter de ejemplares, pues con suma concisión y nitidez perfilan las funciones de ambos cónyuges, entregando la dirección de la familia al marido, ayudado y aconsejado por la mujer; y a ésta la atención del hogar, que imponen el deber de realizar personalmente; y por último, desautorizan en forma expresa el abuso del derecho del marido.

Hay finalmente Códigos que explícita o implícitamente siguen reconociendo la autoridad al marido, pero franqueando a la mujer el recurso al juez contra su decisión, sin exigirle que alegue formalmente un abuso del derecho. Tal es el caso de España y Brasil.

En España, el artículo 154 del Código Civil reconoce al padre la patria potestad, y sólo en su defecto a la madre; y el artículo 58 dispone que incumbe fijar el domicilio familiar a aquél de los cónyuges que ejerza la patria potestad, "sin perjuicio de que a instancias del otro cónyuge pueda el juez determinar lo procedente en interés de la familia"; y añade que "en los demás casos resolverán los Tribunales".

El Código Civil brasileño dedica a esta materia el artículo 233, cuyo tenor según la ley Nº 4141 de 27-VIII-1962, es como sigue:

"El marido es el jefe de la sociedad conyugal, función que ejerce con la colaboración de la mujer en el interés común del matrimonio y de los hijos".

"Le compete":

- I. La representación legal de la familia;
- II. La administración de los bienes comunes y de los particulares de la mujer que incumba administrar al marido, en virtud del régimen matrimonial adoptado, o del pacto pre nupcial;
- III. El derecho de fijar el domicilio de la familia, salva para la mujer la posibilidad de recurrir al juez en caso de decisión que la perjudique;
- IV. Proveer a la mantención de la familia, guardadas las disposiciones de los artículos 275 y 277.

"El artículo 240, inciso primero, según la redacción que le dio la ley Nº 6515, de 26 de diciembre de 1977, delinea la función y la autoridad de la mujer en estos términos: "La mujer asume con el matrimonio la condición

de compañera, consorte y colaboradora del marido en las tareas de la familia, correspondiéndole velar por la dirección material y moral de ésta”.

El artículo 380 dispone que la patria potestad se ejerza por el marido con la colaboración de la mujer; y que en caso de divergencia prime la decisión de aquél, pudiendo ésta ocurrir al juez para que solucione el conflicto.

En los Estados Unidos de Norteamérica se reconoce ampliamente el carácter de jefe de la familia que corresponde al marido. La Enciclopedia Jurídica “American Jurisprudence”, en su artículo “Husband and Wife” (Marido y Mujer), hace las siguientes aseveraciones al respecto, todas ellas avaladas con la cita de numerosos fallos de los tribunales:

“El marido, si no está incapacitado para ejercer la autoridad y cumplir con el correspondiente deber, es el jefe de la familia (head of family). Esto es así no sólo de acuerdo con el “common law”, sino también bajo el imperio de las Actas de Derechos de la Mujer Casada; pues no ha sido el propósito de tales Actas deponer al marido de la función que le ha dado el “common law” de jefe de la familia. Es necesario para la unidad y preservación de la familia, la cual es considerada como la base de la sociedad civil, el tener una sola cabeza con control y poder sobre ella, y el marido ha sido constituido como tal cabeza; haciéndosele responsable, como contrapartida, de la mantención de la familia, y con arreglo al “common law”, de la conducta de su mujer. Esta fundamental autoridad le es necesaria para cumplir con su deber de proteger a su mujer e hijos y de velar por ellos”.

“Esta autoridad del marido como cabeza de la familia le da derecho, actuando él razonablemente, para dirigir los asuntos familiares, determinar dónde ha de estar, y cómo ha de ser, el hogar de la familia, y, así, establecer el domicilio conyugal y familiar. Pero él debe proceder considerando debidamente el bien, la comodidad y la tranquilidad espiritual de su mujer, y su condición legal de señora de su casa, compañera suya, y participe de su fortuna, y no de sirviente...” (American Jurisprudence. The Lawyers Co-operative Publishing Company, Rochester, N. Y. Bancroft - Whitney Company, San Francisco, Calif. 1968, 2ª ed., t. 41, párrafo 10, págs. 26-27).

b) *Determinación del domicilio familiar*

El actual artículo 133 de nuestro Código Civil entrega al marido la fijación del domicilio familiar; y dice textualmente:

“El marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él y seguirle adonde quiera que traslade su residencia”.

“Cesa este derecho cuando su ejecución acarrea peligro inminente a la vida de la mujer”.

“La mujer, por su parte, tiene derecho a que el marido la reciba en su casa”.

El proyecto de reforma substituye el artículo transcrito por el siguiente:

“Ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, salvo que les asistan razones graves para no hacerlo” (Art. 2º, Nº 9).

La determinación del lugar del domicilio común es una materia de la más alta importancia para la vida de la familia. A primera vista pudiera parecer que se trata de algo accidental y sin mayor relieve, por cuanto el residir en una u otra parte es un simple hecho físico; sin embargo, si se considera que la generación de los hijos también es un hecho físico, se advierte desde ya el desacierto de semejante planteamiento. En realidad, lo que está en juego en la regulación del domicilio común, de la sede del hogar, es la unidad de la familia, que supone, en principio, como es obvio, la cohabitación material.

El artículo del proyecto, dice que ambos cónyuges tienen el derecho y el deber de vivir en el hogar común, pero no dice cuál es ese hogar común: quién lo fija; con lo que la norma queda reducida a la más completa inoperancia . . .; es que al haberse suprimido la autoridad natural de la familia no podía suceder otra cosa.

El nuevo precepto que se propone está inspirado, al parecer, en las leyes francesas de 4 de junio de 1970 y 11 de julio de 1975, que respectivamente reemplazaron los incisos primero y segundo del artículo 215 del Código Civil por los que a continuación transcribimos:

“Los cónyuges se obligan mutuamente a una comunidad de vida”.

“La familia tendrá su residencia en el lugar que ellos elijan de común acuerdo”.

La ley de 4 de junio de 1970 había puesto en la parte final del inciso segundo la siguiente regla: “a falta de acuerdo, en el lugar elegido por el marido”; y contemplaba un inciso tercero del siguiente tenor:

“Sin embargo, si la residencia escogida por el marido presenta para la familia inconvenientes graves, la mujer puede ser autorizada por el Tribunal para tener una residencia distinta. El Tribunal dispondrá si es necesario sobre la residencia de los hijos”.

El Código Civil alemán no contiene en la actualidad, norma alguna sobre la materia, con lo cual, en la práctica, sigue la misma línea del Código francés. El artículo 1353 da una regla muy parecida a la de nuestro proyecto, que dice así:

“Los cónyuges están recíprocamente obligados a la comunidad de vida matrimonial”.

“Un cónyuge puede oponerse a la demanda del otro de restablecer la vida en común, si ella constituye un abuso del derecho, o el matrimonio ha fracasado”.

Hay una innegable similitud entre el fracaso matrimonial que el Código alemán permite invocar para negarse a la cohabitación y las “razones graves” que permite alegar con el mismo objeto nuestro proyecto.

Hay Códigos extranjeros que, en caso de divergencia entre los cónyuges, cometen al juez la determinación del domicilio familiar. Así los artículos 144 y 145 del Código italiano, más arriba transcritos. Otros dejan la decisión al marido, pero permiten a la mujer eximirse de su cumplimiento, alegando ciertas causales. El Código portugués de 1967, en su artículo 1672 dispone que la mujer está obligada a adoptar la residencia del marido, excepto si tuviere justificada repugnancia por la vida en común, a causa de malos tratamientos o de conducta indigna o inmoral del marido; si debiere adoptar residencia propia como consecuencia del ejercicio de funciones públicas o de otras razones poderosas; o si tuviere pendiente acción judicial de nulidad de matrimonio, de separación judicial o de divorcio. El Código brasileño, en su artículo 233 N° III, establece que compete al marido en su calidad de jefe de familia (“jefe de la sociedad conyugal”) el derecho de fijar el domicilio, salvo la posibilidad de recurrir la mujer al juez en caso de decisión que la perjudique.

El Código Civil español, como ya anticipamos, en su artículo 57, da la siguiente norma:

“Los cónyuges fijarán de común acuerdo el lugar de su residencia. En su defecto, si hubiere hijos comunes, prevalecerá la decisión de quien ejerza la patria potestad, sin perjuicio de que a instancia del otro cónyuge pueda el juez determinar lo procedente en interés de la familia. En los demás casos resolverán los Tribunales”.

Cabe recordar que el artículo 154 atribuye la patria potestad al padre y a falta de él a la madre.

El Código Civil argentino mantiene en todo su vigor el principio tradicional. Su artículo 187 dice al respecto:

“La mujer está obligada a habitar con su marido donde quiera que éste fije su residencia. Si faltase a esta obligación, el marido puede pedir las medidas judiciales necesarias y tendrá derecho a negarle alimentos. Los tribunales, con conocimiento de causa, pueden eximir a la mujer de esta obligación cuando de su ejecución resulte peligro para su vida” (texto substituido al primitivo por el artículo 53 de la ley de Matrimonio Civil, N° 2393, de 2-XI-1888, modificada por la ley 2681 de 7-XI-1889).

También el Código Civil peruano mantiene el principio clásico, en su artículo 162, que dice:

“Al marido compete fijar y mudar el domicilio de la familia, así como decidir lo referente a su economía”.

Esta potestad del marido tiene su límite, al igual que todas sus facultades de gobierno familiar, en la norma del artículo 163 ya relacionada más arriba referente al abuso del derecho.

El deber de la mujer de residir en el domicilio familiar, fijado por el marido o en cualquier otra forma, está sancionado en diversas legislaciones, para el caso de infracción, con la pérdida del derecho de la mujer de pedir alimentos a su cónyuge, lo cual, además de contener una poderosa e indiscutible razón de equidad, constituye el único resguardo eficaz que la ley positiva puede dar a la unidad de la familia.

En el derecho chileno actual, tal sanción sin duda existe. Ella está implícita en la facultad del marido de obligar a la mujer a seguir su residencia. Algunos, sin embargo, lo han discutido, fundándose en que el marido es obligado a prestar alimentos a la mujer en caso de divorcio, aunque ella haya dado causa para la separación. El argumento es falaz, por cuanto, en tal hipótesis, el marido ha renunciado a su poder de obligar a la mujer a vivir consigo.

La jurisprudencia seguía antes la doctrina que sustentamos, pero ha tenido después una evolución que nos parece poco feliz —no obstante la jerarquía, saber y rectitud de los magistrados respectivos—, así por el fondo de las decisiones como por los motivos aducidos para apoyarlas; declarando en definitiva que la mujer que abandona el hogar tiene derecho de exigir alimentos al marido sin necesidad de alegar y probar una justa causa que la exima de la obligación de convivir con él⁷⁴.

El resultado práctico de semejante interpretación jurídica ha sido un ostensible debilitamiento de la institución familiar. Es frecuente observar el siguiente proceso: se produce una desavenencia grave entre los cónyuges; pero que jamás bastaría para legitimar una separación; la mujer abandona el hogar, sin causa; por tanto, que lo justifique; al poco tiempo la mujer comienza a vivir en concubinato con otro hombre; demanda ante el juez de menores la tuición de los hijos varones menores de catorce años y mujeres de toda edad, y alimentos para sí y para dichos hijos, pidiendo, con arreglo a la ley sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, hasta el cincuenta por ciento de los emolumentos de su marido; éste se defiende, alegando que a la mujer no le corresponden ni la tuición ni los alimentos que reclama, por haber abandonado el hogar sin causa justificada; que él es el jefe de la familia y tiene derecho a obligar a la mujer a vivir consigo, y a proseguir como padre la crianza y educación de sus hijos de cualquier sexo y edad y que está dispuesto a recibir a su cónyuge si vuelve. El juez desecha estas alegaciones del marido, siguiendo la doctrina últimamente desarrollada por nuestros tribunales superiores,

de que la mujer puede abandonar el hogar cuando y como le parezca, siendo su obligación de convivencia meramente "afectiva" y desprovista de sanción jurídica. Y el juez otorga a la mujer la tuición de los hijos y los alimentos, y ordena, cuando es posible, la retención de hasta el cincuenta por ciento de los ingresos del marido, el cual se entera estupefacto de que el juez le da a un tercero su mujer, sus hijos y la mitad de su renta; de modo que él incluso debe trabajar para mantener al concubino de su esposa. Entonces el marido comienza a pensar en la obtención fraudulenta de la declaración de nulidad de su matrimonio, la que termina por fraguar de acuerdo con su cónyuge y con el concubino de ésta. En muchos de estos casos, cuyo esquema hemos descrito, se advierte que si a la mujer se hubiesen negado los alimentos y la tuición de los hijos —con arreglo a la interpretación correcta de la ley—, ella habría terminado dándose a la razón y regresando al hogar, y la familia se habría salvado⁷⁵.

Nos hemos referido con cierta latitud al derecho de alimentos de la mujer que abandona el hogar sin justa causa, aun cuando el proyecto nada contiene al respecto, precisamente por eso: porque debería, además de mantener la obligación de la mujer de residir en el domicilio fijado por el marido —obligación que deroga—, interpretar los artículos 133 y 321 N° 1º del Código Civil, aclarando que la mujer no puede demandar alimentos a su cónyuge cuando ella ha hecho abandono injustificado del hogar. Semejante ley declarativa es en la práctica indispensable para preservar la unidad de la familia en nuestro país.

Diversos Códigos Civiles extranjeros consignan esta norma. En España, con arreglo al artículo 149, el obligado a prestar alimentos puede, a su elección, satisfacerlos o pagando la pensión que se fije, o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos. De acuerdo con tal disposición, el marido puede negar alimentos a la mujer si ella no quiere vivir en el hogar común, lo que sólo sufre excepción, de conformidad con el artículo 68, regla 5ª, cuando se admitan las demandas de nulidad o separación de matrimonio propuestas por la mujer; y durante un período no mayor de treinta días antes de tal admisión, cuando la mujer anuncie al juez una de esas demandas y pida autorización para vivir separada (art. 67).

En Italia, el artículo 146 inciso primero establece que "el derecho a la asistencia moral y material previsto en el artículo 143 se suspende respecto del cónyuge que, alejándose sin justa causa de la residencia familiar, rehúsa volver a ella".

El artículo 187 del Código argentino, más arriba transcrito, dispone que el marido puede negar alimentos a la mujer que falta a su obligación de habitar con él.

Según el artículo 1673, párrafo 1º del Código portugués de 1967, “estando los cónyuges separados de hecho, sólo podrá exigir el cumplimiento del deber de asistencia aquél a quien no fuere imputable la separación”. El párrafo 1, definiendo el deber de asistencia, señala que comprende la prestación de alimentos.

El artículo 234 del Código brasileño, dice así:

“La obligación de sustentar a la mujer cesa para el marido cuando ella abandona sin justo motivo la habitación conyugal, y rehúsa volver. En este caso el juez puede, según las circunstancias, ordenar el secuestro de parte de las rentas propias de la mujer, en provecho del marido y de los hijos”.

El artículo 165 del Código peruano es prácticamente igual al brasileño:

“Cesa la obligación de alimentar a la mujer cuando abandona la casa conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella”.

“En este caso, el juez puede, según las circunstancias, ordenar el embargo parcial de las rentas de la mujer, en beneficio del marido y de los hijos”.

Respecto de los Estados Unidos, nos dice la Enciclopedia American Jurisprudence, citada más arriba:

“Como regla general, el marido no está obligado a mantener a su mujer cuando viven aparte por culpa de ella. Ni lo está el marido aunque no la haya requerido para que viva con él, cuando la actitud negativa de ella es y ha sido de no hacerlo así . . . Pero sí está obligado el marido a mantener a su esposa cuando viven aparte por culpa de él, como asimismo, cuando viven aparte porque él la ha abandonado, o porque no le ha dado un hogar apropiado . . .” (t. 41, § 333, pág. 275).

c) *El trabajo lucrativo de la mujer y su concurrencia a la mantención de la familia.*

Nuestro Código reconoce que la carga de mantener la familia incumbe fundamental o primordialmente al marido. Se trata de un precepto de derecho natural, mas hay disposiciones expresas que lo recogen. El artículo 134 dice:

“El marido debe suministrar a la mujer lo necesario según sus facultades, y la mujer tendrá igual obligación respecto del marido, si éste careciere de bienes”.

Por su parte, el artículo 21 de la ley de 10 de enero de 1884 sobre matrimonio civil, en su número quinto, establece la siguiente causal de divorcio temporal: “Avaricia del marido, si llega hasta privar a su mujer de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades”; con lo que instituye una

severa sanción para el marido que quebranta gravemente el deber de mantener a su consorte.

Luego, el artículo 228 del Código dispone que "Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos, pertenecen a la sociedad conyugal"; y que si la mujer está separada de bienes, dichos gastos correrán "por cuenta del marido, contribuyendo la mujer en la proporción que el juez designare".

Como puede apreciarse, del tenor de estas normas se desprende que nuestro legislador ha hecho una clara distinción entre el deber del marido y el de la mujer respecto del sustento familiar: el marido debe suministrar a su cónyuge lo necesario en todo caso; ella sólo es obligada a proporcionárselo a él si él carece de fortuna. En el estado de separación de bienes, la mantención de la familia toca al marido; de la mujer se dice que "contribuye".

El proyecto reemplaza el artículo 134 por el siguiente: "Ambos cónyuges se deben recíprocamente alimentos y están obligados a contribuir, según sus facultades, al mantenimiento del hogar común en un nivel adecuado a su posición social".

"Lo dicho se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1737".

"El juez, si fuere necesario, reglará el monto y forma en que deban cumplir estas obligaciones" (Art. 2º, Nº 10).

Explicando esta regla, dice la Comisión encargada de estudiar la reforma del Código Civil: "En concordancia con el principio de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer consagrado en las actuales normas constitucionales... se sujeta a ambos cónyuges a la obligación alimenticia y a la de contribuir, según sus facultades, al mantenimiento del hogar común en un nivel adecuado a su posición social 7º".

Interpretado el nuevo texto que se trata de dar al artículo 134 a la luz de este antecedente, cabe concluir que según la norma que se pretende establecer, la mujer resulta obligada a desarrollar un trabajo lucrativo igual que lo está su cónyuge, para contribuir como él al sustento de la familia; a menos que tenga bienes con que hacerlo.

Como complemento de esta reforma, se modifica también el artículo 21 Nº 5 de la Ley de Matrimonio Civil, ya citado, que pasa a quedar así:

"El divorcio procederá solamente por las siguientes causas":

"5ª. Avaricia de uno de los cónyuges si llega a privar al otro de lo necesario para la vida, atendidas sus facultades y su obligación de darle alimentos" (Art. 4º).

En el actual sistema la mujer *puede* desempeñar un trabajo si ella lo desea, ejerciendo un empleo, oficio, profesión o industria, a menos que el juez a petición del marido se lo prohíba. Es decir, la mujer tiene la facultad de hacerlo, pero no está obligada a ello. Sólo lo estaría si el marido care-

ciera de bienes y no pudiese trabajar. Con la reforma se quiere que, careciendo de bienes bastantes para realizar su aporte al sustento familiar —que será lo más común—, cada cónyuge tenga la misma obligación de trabajar que el otro; y, más todavía, se quiere que el marido pueda solicitar el divorcio temporal porque su mujer no lo mantiene, si carece de recursos, o no contribuye a su mantención, en caso de que sus recursos no le basten en lo necesario para la vida —pretensión esta última que constituye un ejemplo de absurdo jurídico y ético, de aquéllos a que puede llevar un igualitarismo indiscreto, como cualquier otra forma de “idealización” social—.

Evidentemente el trabajo lucrativo de la mujer, fuera del hogar o dentro de él, es ajeno a su función de madre y esposa, y suele ser un impedimento para su desempeño. Por ello, de no ser indispensable ese trabajo para la mantención de la familia, obligarla a él importa una auténtica perversión del orden familiar y social; e importa también un poderoso aliento para la irresponsabilidad de los maridos, que nada hace aconsejable.

Otra cosa muy distinta es que se permita, y aun que se estimule en alguna forma, el trabajo de la mujer, en tanto en cuanto no obstaculice su misión en la familia.

El nuevo texto que se propone para el artículo 34, sigue la inspiración de los Códigos francés, italiano y portugués.

En Francia, dice el artículo 214, inciso 1º: “Si las capitulaciones matrimoniales no regulan la contribución de los esposos a las cargas del matrimonio, ellos la harán en proporción a sus respectivas facultades”. Esta redacción se originó en la reforma dispuesta por la ley Nº 65 —570 de 13 de julio de 1965; la cual contemplaba dos incisos siguientes al transcrito, y que fueron derogados por ley de 11 de julio de 1975. Tales incisos tenían un notable contenido jurídico, y recogían de manera muy adecuada el principio de derecho natural de que la mantención de la familia corresponde fundamentalmente al marido. Su tenor era el siguiente:

“Las cargas del matrimonio incumben al marido a título principal. El es obligado a suministrar a la mujer todo lo necesario para las necesidades de la vida, según sus facultades y condición”.

“La mujer cumple con su contribución tomándola de los recursos que tiene en administración y goce; con sus aportes en dote o en comunidad, con su actividad en el hogar o su colaboración a la profesión del marido”.

En Italia, el inciso III del artículo 143 se refiere a la materia en estudio, y preceptúa que “Ambos cónyuges están obligados, cada uno en proporción a su propia fortuna y a su capacidad de trabajo profesional o doméstico, a contribuir a las necesidades de la familia”.

El artículo 1677, Nº 2º del Código Portugués dispone lo siguiente:

“Ambos cónyuges deben contribuir, en proporción a sus respectivos rendimientos y recursos, a los gastos domésticos, conforme a la condición económica y social de la familia”.

En Alemania hay una norma muy curiosa: se exime del deber de contribuir directamente al sustento al cónyuge que se ocupe de llevar el hogar; pero ese cónyuge no tiene por qué ser la mujer; y tampoco tiene por qué haber un cónyuge dedicado a esa función: el artículo 1360 dice: “Los cónyuges están recíprocamente obligados a mantener adecuadamente a la familia con su trabajo y fortuna. Si se ha encargado a un cónyuge la dirección del hogar, éste cumple con su contribución en principio, mediante el desempeño de esa dirección”.

El texto anterior, introducido por ley de 18 de junio de 1957, mucho más conforme con la estructura natural de la familia, decía así:

“Los cónyuges se obligan mutuamente a mantener de manera conveniente a su familia por medio de su trabajo y de su fortuna. La esposa cumple en principio su obligación dirigiendo el hogar, y no está obligada a ejercer una actividad lucrativa más que en el caso de que la capacidad de trabajo de su marido y sus ingresos sean insuficientes”.

En consonancia con este precepto, el artículo 1356-1 limitaba el derecho de la mujer al desarrollo de un trabajo lucrativo en los siguientes términos:

“La mujer lleva la casa bajo su propia responsabilidad y tiene el derecho de ejercer una actividad lucrativa en tanto sea compatible con las obligaciones derivadas de su matrimonio y de su situación familiar”. Cabe destacar el equilibrio y justicia de esta norma.

Antes, el texto del mismo inciso recién transcrito era éste: “La mujer, salvo lo dispuesto en el artículo 1354, tiene el derecho y la obligación de dirigir la vida interna del hogar”.

El principio tradicional de que la mantención de la familia corresponde básicamente al marido es observado rigurosamente por los Códigos brasileño y peruano, entre los que hemos tenido a mano.

El Código del Brasil, después de la reforma de la ley N° 4.141 de 27 de agosto de 1962, dice al respecto:

Art. 233:

“El marido es el jefe de la sociedad conyugal, función que ejerce con la colaboración de la mujer en el interés común del matrimonio y de los hijos”.

Compétele:

IV. “Proveer a la mantención de la familia, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 275 y 277”.

El artículo 277 da, para el caso de separación de bienes, la siguiente regla:

“La mujer es obligada a contribuir a los gastos de la familia con lo que rindan sus bienes, en proporción al valor que tengan éstos relativamente

a los del marido, salvo que en las capitulaciones previas al matrimonio se haya estipulado otra cosa”.

Como puede verse, la mujer en principio no está obligada a cooperar con su trabajo.

Por su parte, el artículo 164' del Código peruano sienta esta norma:

“El marido está obligado a suministrar a la mujer, y en general a la familia, todo lo necesario para la vida, según sus facultades y situación 77”.

En los Estados Unidos, la obligación de mantener a la familia incumbe al marido. La mujer no puede ser demandada de alimentos por el marido, y ni siquiera puede éste exigirle que le proporcione casa, teniendo ella una. Tal es el régimen del “common law” y en general, la regla considerada como de equidad (American Jurisprudence, t. 41, § 334, pág. 276).

En armonía con el concepto de completa igualdad jurídica entre los cónyuges que lo inspira, el proyecto en estudio modifica el inciso primero del artículo 150 del Código Civil, eliminando la facultad del marido de pedir al juez que prohíba a la mujer el ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria.

El texto actual es como sigue:

“No obstante lo dispuesto en el artículo 137, la mujer casada de cualquier edad podrá dedicarse libremente al ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria, a menos que el juez en juicio sumario y a petición del marido se lo prohíba”.

El nuevo texto sería así:

“La mujer casada de cualquiera edad tiene derecho a desempeñar un empleo o a ejercer una profesión, oficio o industria, separados de su marido 78”.

El proyecto se inspira en el artículo 223 del Código Civil francés, tal como quedó en virtud de la ley de 13 de julio de 1965; el cual dice:

“La mujer tiene el derecho de ejercer una profesión sin el consentimiento del marido”.

También respecto de esta materia el Código peruano da una norma admirable en su artículo 173, que se expresa como sigue:

“La mujer puede ejercer cualquiera profesión o industria así como efectuar cualquier trabajo fuera de la casa común, con el consentimiento expreso o tácito del marido”.

“Si el marido negare su consentimiento la mujer podrá ser autorizada por el juez, siempre que pruebe que esta medida la justifica el interés manifiesto de la sociedad conyugal o de la familia”.

Asimismo en armonía con el principio de la completa igualdad jurídica entre los cónyuges, el proyecto limita las facultades administrativas que la ley concede a la mujer respecto de los bienes que obtenga en el ejercicio de un trabajo lucrativo separado del de su marido. En el derecho actual, la mujer mayor de edad tiene plena libertad para administrarlos, en

virtud del inciso tercero del artículo 150, que dice: "La mujer casada, de cualquiera edad, que desempeñe algún empleo o que ejerza una profesión, oficio o industria, separados de los de su marido, se considerará separada de bienes respecto del ejercicio de ese empleo, oficio, profesión o industria y de lo que en ellos obtenga, no obstante cualquiera estipulación en contrario; pero si fuere menor de veintiún años, necesitará autorización judicial, con conocimiento de causa, para gravar y enajenar los bienes raíces". El nuevo artículo 150 que se propone, en su inciso tercero, dice así: "La mujer administra estos bienes reservados y dispone de ellos con las mismas facultades y limitaciones que tiene el marido en la administración de los bienes de la sociedad conyugal; necesita, por consiguiente, la autorización del marido o de la justicia en los casos en que el marido está obligado a solicitar la autorización de su mujer o de la justicia". El inciso siguiente establece sanción de nulidad relativa para la inobservancia de estas formalidades.

Semejante modificación destinada a privar a la mujer de la autonomía de que ha gozado hasta ahora para administrar los frutos de su trabajo, ha provocado ya grandes resistencias —más que todas las otras, en cierta manera— por las repercusiones prácticas tan tangibles que tendría en caso de ser aprobada, y por su evidente injusticia, que las mujeres que se ven precisadas al trabajo, están como nadie en situación de sopesar.

Los partidarios del proyecto responden que esta reforma obedece a la aplicación de la lógica más estricta: si son iguales los hombres y las mujeres —arguyen—, si han de tener los mismos derechos, han de tener también los mismos deberes, cargas y limitaciones; si las mujeres pretenden tener las mismas facultades que los hombres, han de soportar iguales desventajas.

Todo esto sería verdad si los hombres y las mujeres fueran iguales, y si en la vida de la familia estuvieran llamados a desempeñar las mismas funciones, y si, en consecuencia, tuvieran realmente iguales derechos y deberes. Pero nada de esto es efectivo: son iguales en esencia, como miembros del género humano; son distintos como órgano de la familia.

En el campo del trabajo, la obligación primordial pesa sobre el varón: a él le corresponde ganar el sustento; la familia, en principio, no tiene por qué contar con otra actividad económicamente productiva que la del padre: él construye el "patrimonio" familiar. Siendo así las cosas, el trabajo de la madre será algo no estrictamente debido a la familia, algo libre de ella, o bien vendrá a suplir lo que no hace o no hace suficientemente el marido, las más de las veces por incapacidad, pereza o negligencia. En cualquiera de estas hipótesis, es justo que la mujer sea quien administre con entera libertad el producto de sus labores, y que no dependa en esta administración del marido; porque o se trata de un trabajo que la mujer no tendría por qué hacer, o se trata de un trabajo que debe hacer porque

el marido no llena adecuadamente su función, y si no es capaz de llenar su función, no puede ser llamado a fiscalizar el desempeño subsidiario que de la misma hace su cónyuge. Por lo demás, lo común será que los bienes de verdadera gravitación para la economía de la familia sean los adquiridos por el marido, y de ahí la necesidad de sujetarlos a cierto control del otro cónyuge, con el fin de preservar el patrimonio familiar. Siendo el trabajo del marido y el de la mujer de tan distinta condición en el funcionamiento doméstico, un tratamiento igualitario de ambos no puede no ser injusto.

Como puede apreciarse, la fundamentación que se trata de dar a las nuevas normas cae por su base; pero en una cosa sí tienen razón quienes la propugnan: si la mujer quiere derechos distintos para su trabajo, no puede quererlos iguales en lo relativo a las otras funciones de la familia en que la diferencia de los sexos alcanza relieve jurídico. Mas también en esto hay un error de los que propician la reforma: parten de un dato falso: no es efectivo que las mujeres pretendan la igualdad que se les quiere atribuir. Se trata de voces minoritarias, y, en general surgidas de corrientes intelectuales y sociológicas desarraigadas de las realidades de la vida, que terminarán quitando a la mujer el sustento que le debe su marido, a trueque de galardonarla con una declaración de igualdad con el hombre, que, no le hace ninguna falta, y que, bien mirada, es hasta injuriosa . . .

Cuanto hemos dicho no importa en absoluto desconocer los méritos y la abnegación de tantas madres y esposas que ayudan con su trabajo a sus cónyuges, o son a veces el verdadero o el principal sustento de sus hogares; ni importa tampoco un vituperio para los respectivos maridos, que acaso no reciben por el trabajo de ellos la remuneración que debieran sin culpa suya; a causa de estructuras sociales o económicas defectuosas muchas veces; sino que apunta a un deber ser que el legislador nunca puede perder de vista, y menos sacrificar directamente y sin ninguna necesidad, por seguir tendencias legislativas más novedosas o imitar lo que se hace en otras partes.

Creemos que en materia de trabajo de la mujer casada, la legislación actual es de sumo equilibrio: en general, ésta puede desempeñar actividades lucrativas si quiere; nadie puede obligarla; y si lo hace, como no es algo que el marido le pueda exigir, dispone del fruto de su trabajo con total independencia, haya o no sociedad conyugal. Cualquier reforma al respecto sería, evidentemente, un paso atrás.

d) La autoridad paterna

Dos artículos contienen, en el derecho actual, las normas básicas de la autoridad paterna. El primero es general, y es el 219, y el segundo

se refiere a la elección del estado o profesión futura del hijo, y a la dirección de su educación, y es el 235.

El artículo 219, ya recordado otras veces en este trabajo, dice: "Los hijos legítimos deben respeto y obediencia a su padre y su madre; pero estarán especialmente sometidos a su padre" ⁷⁹.

El artículo 235 dice así:

"El padre, y en su defecto la madre, tendrán el derecho de elegir el estado o profesión futura del hijo, y de dirigir su educación del modo que crean más conveniente para él".

"Pero no podrán obligarle a que se case contra su voluntad".

"Ni, llegado el hijo a la edad de dieciocho años, podrán oponerse a que abrace una carrera honesta, más de su gusto que la elegida para él por su padre o madre".

Curiosamente, el proyecto no modifica el artículo 219. Incluso, hay en sus autores intención positiva de mantenerlo, como aparece del hecho de que al artículo 276, que dispone la especial sumisión de los hijos naturales al padre, cuando éste y la madre les hayan reconocido y vivan, se introduzca una excepción para el caso de que el cuidado personal del hijo haya sido entregado a la madre (Art. 2º, Nº 31 del proyecto); lo que prueba que se quiere seguir reconociendo de alguna manera la primacía del hombre sobre la mujer en el campo de la autoridad paterna.

Sin embargo, el proyecto reemplaza el artículo 235 por otro en orden a atribuir a ambos padres el derecho de dirigir la educación del hijo. El nuevo texto es éste:

"El padre y la madre tendrán el derecho y el deber de dirigir la educación del hijo del modo que crean más conveniente para él".

"Los padres no podrán oponerse a que el hijo mayor de dieciocho años abrace una carrera honesta" (Art. 2º, Nº 23).

Desde luego, cabe preguntarse si el derecho de dirigir la educación del hijo reside por igual en ambos padres, como se desprendería de la lectura aislada del nuevo precepto, o si reside principalmente en el padre, como resultaría de concordarlo con el del artículo 219, que sujeta a los hijos de modo especial al varón.

La exposición de motivos del proyecto pareciera dar a entender la igualdad, pero sin llegar a ser concluyente. La parte respectiva dice:

"En concordancia con el principio de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer consagrado en las actuales normas constitucionales... el derecho y el deber de dirigir la educación del hijo se establece en relación al padre y a la madre (Art. 235) ⁸⁰.

¿Qué ocurrirá si uno de los padres desea dar al hijo una educación humanística y el otro una educación técnico-obrera, por ejemplo? ¿Ha-

brá que ocurrir al juez? El proyecto, afortunadamente, por lo demás, no dispone ese arbitrio; ni ningún otro.

En Francia, el artículo 372 y el 372-1, cuyos textos fueron establecidos por la ley de 4 de junio de 1970, entregan en definitiva al juez la resolución de las divergencias que surjan entre los padres en el ejercicio de la autoridad paterna, en un sistema grotesco, cuya inoperancia sería superfluo demostrar. El tenor de estas normas es como sigue:

Art. 372: "Durante el matrimonio, el padre y la madre ejercen en común su autoridad".

Art. 372-1: "Si el padre y la madre no lograren ponerse de acuerdo sobre lo que reclama el interés del hijo, la práctica que precedentemente hubieran podido seguir en ocasiones similares les servirá de regla".

"En defecto de tal práctica, o en caso de disputa sobre su existencia o sus buenos fundamentos, el cónyuge más diligente podrá ocurrir al juez de tutelas, el que decidirá luego de haber intentado una conciliación entre las partes".

En Italia, el artículo 316 da una regulación más o menos semejante al ejercicio de la autoridad paterna:

"El hijo está sujeto a la potestad de sus progenitores hasta la mayor edad o la emancipación".

"La potestad se ejerce de común acuerdo por ambos padres".

"En caso de desacuerdo en cuestiones de particular importancia, cada uno de los padres puede recurrir sin formalidad al juez, indicando las providencias que estime más idóneas".

"Si existe, a raíz del desacuerdo, peligro de un daño grave para el hijo, puede el padre adoptar las providencias urgentes e impostergables".

"El juez, oídos los padres y el hijo, si éste es mayor de catorce años, sugerirá la determinación que estime más útil para los intereses del hijo y de la unidad familiar. Si la divergencia subsiste, el juez atribuirá el poder de decisión a aquel de los padres que, en ese caso concreto, considere más idóneo para cuidar los intereses del hijo".

El Código Civil alemán dedica los artículos 1627 y 1628 a esta materia; sus respectivos textos dicen así:

1627: "Los padres ejercen la potestad paterna bajo su propia responsabilidad y de común acuerdo, para el bien del hijo. En caso de divergencia deben intentar un acuerdo".

1628: "Si los padres no logran aunar sus pareceres, decide el padre, el cual debe tomar en cuenta el punto de vista de la madre".

"El tribunal de tutelas puede, a requerimiento de la madre conferirle a ésta el poder de decisión sobre un asunto o una categoría determinada de asuntos cuando la conducta del padre en una materia, revista una

especial importancia y sea contraria al bien del hijo, o cuando lo exija la correcta administración del patrimonio del hijo”.

“Si el padre persiste en infringir su obligación de buscar una solución amigable en caso de divergencia, y de tener en cuenta el punto de vista de la madre en sus decisiones, el tribunal de tutelas puede conferir a ésta, si ella lo pide, la facultad de decidir en los asuntos personales patrimoniales del hijo, cuando ello responda al bien del mismo”.

¿Quién no sentirá la estupefacción al leer semejantes normas, que hacen trizas la unidad de la familia que pretenden salvar mediante un democratismo absurdo y artificial, sustituyendo ridículos procesos judiciales a la autoridad paterna, de institución divina, y llevando los pleitos al corazón de la familia?

Mantienen el principio tradicional de la primacía del padre en la autoridad paterna, el Código español, en su artículo 154, según el cual, “El padre, y en su defecto, la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados”; el Código argentino, cuyo artículo 264 dice que, “El ejercicio de la patria potestad de los hijos legítimos corresponde al padre; y en caso de muerte de éste o de haber incurrido en la pérdida de la patria potestad o del derecho de ejercitarla, a la madre”; el Código portugués de 1967, que si bien establece en su artículo 1879, como el nuestro en el 219, que la autoridad sobre los hijos corresponde a ambos padres, atribuye funciones preponderantes al padre, como resulta de confrontar los artículos 1881 y 1882, en que señala las facultades del padre y de la madre, respectivamente; y el Código Civil peruano, cuyo artículo 391 dice: “La patria potestad se ejerce por el padre y la madre durante el matrimonio. En caso de disenso, prevalecerá la opinión del padre”.

El Código Civil del Brasil adopta un temperamento intermedio, entregando la decisión de las divergencias que ocurran entre ambos progenitores al padre, pero permitiendo a la madre impugnar esa resolución ante el juez. Dice el artículo respectivo, que es el 380:

“Durante el matrimonio, compete la potestad paterna a los padres, ejerciéndola el marido con la colaboración de la mujer. En caso de falta o impedimento de uno de los progenitores, pasará a ejercerla el otro en forma exclusiva”.

Párrafo único: “Si se produjere divergencia entre los padres respecto del ejercicio de la patria potestad, prevalecerá la opinión del padre, quedando a salvo a la madre el derecho de recurrir al juez para que solucione la discordia”.

Las proposiciones de reforma que acabamos de examinar en este apartado, relativas a la autoridad marital en general, a la determinación del domicilio familiar, a la contribución de la mujer al sustento del hogar, y

a la autoridad paterna, constituyen lo fundamental de la modificación que se quiere hacer a nuestro Código Civil en materia de familia. Hasta aquí, las hemos criticado a la luz del derecho natural y de la legislación comparada; en el apartado siguiente las estudiaremos a la luz de las nuevas normas constitucionales que proclaman que la familia es una institución natural que el Estado reconoce y protege, y que el hombre y la mujer gozan de igualdad jurídica. De esta manera, intentamos establecer si tales normas hacen o no necesarias aquellas modificaciones.

II. LOS NUEVOS PRECEPTOS Y EL ACTA CONSTITUCIONAL NÚMERO TRES

El Acta Constitucional Número Tres, aprobada por Decreto Ley N° 1552, de 13 de septiembre de 1976, establece, en su artículo 1º, N° 2, la igualdad jurídica del hombre y la mujer, en los siguientes términos:

Art. 1º. "Los hombres nacen libres e iguales en dignidad. Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas:

"2º La igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados".

"El hombre y la mujer gozarán de iguales derechos".

"Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer discriminaciones arbitrarias".

Y el artículo 1º transitorio de la misma Acta Constitucional, relativo al precepto transcrito, dice así:

"Mientras se dictan las disposiciones que den cumplimiento a lo prescrito en el inciso segundo del N° 2 del artículo 1º de esta Acta, continuarán rigiendo los preceptos legales actualmente en vigor".

Ahora bien, el proyecto de modificaciones al Código Civil que comentamos, ha sido precisamente elaborado por sus autores con la intención de "dar cumplimiento" al inciso segundo del número 2 del Acta Constitucional referida. Ello es público y notorio, y además se expresa en la exposición de motivos que hemos citado más arriba⁸¹.

Pero, ¿son realmente exigidas las reformas propuestas por la garantía constitucional de igualdad jurídica del hombre y la mujer? ¿Se ha querido establecer una igualdad absoluta, desconociendo las diferencias naturales de uno y otro y su diversa función en la familia?

A primera vista pudiera parecer que sí, pues se dice que el hombre y la mujer tienen "iguales derechos", y ello es susceptible de interpretarse en el sentido de que los derechos de uno y otro son idénticos, en calidad y cantidad. Pero semejante exégesis llevaría a absurdos evidentes, como sostener que la edad mínima para contraer matrimonio ha de ser la misma para ambos sexos; que en caso de separación los hijos deben quedar, cualquiera sea su edad, con ambos padres por igual, o con ninguno, etc.

Hay que buscar entonces otra interpretación para la frase "iguales derechos". Y ella no puede ser sino la que lleva al significado de igualdad jurídica, no aritmética, sino de proporción: igualdad de derechos para igualdad de fundamentos de justicia. La garantía en examen se ha de referir entonces a que no se puedan establecer diferencias jurídicas infundadas entre varón y mujer. Dos elementos hermenéuticos confirman que ésta es la inteligencia correcta del precepto constitucional: el contexto y la historia de su génesis.

La razón de contexto se encuentra en el inciso tercero del número segundo, ubicado a continuación del inciso que contiene la garantía de igualdad, y que dice: "Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer discriminaciones arbitrarias". A *contrario sensu*, resultan permitidas las discriminaciones no arbitrarias, es decir, las que sean justas, las que tengan un motivo objetivo proporcionado y, por cierto, las que deriven de la naturaleza de la diversidad sexual y de la familia.

En cuanto a la historia de la norma, conviene que la exponamos brevemente.

El establecimiento de la igualdad jurídica del hombre y la mujer como garantía constitucional, se propuso en la sesión nonagésima cuarta de la Comisión Constituyente, y se trató fundamentalmente en la sesión siguiente, y luego en la centésima quinta.

En la sesión nonagésima quinta, de 16-XII-1976, se discutió latamente sobre la materia. Asistieron don Enrique Ortúzar Escobar, don Alejandro Silva Bascuñán, don Enrique Evans, don Jaime Guzmán y don Jorge Ovalle. Todos ellos estuvieron de acuerdo en que la autoridad del marido como jefe de familia es legítima y natural, y en que no pugna con la igualdad que se trataba entonces de consagrar, y todos concordaron, en general, en que había diferencias que con justicia podían hacerse entre el hombre y la mujer.

El profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica don Jaime Guzmán, había propuesto que en el inciso que contiene la declaración de igualdad referida, se agregase un párrafo que explícitamente considerara las diferencias legítimas. El texto completo era así: "El hombre y la mujer gozan de iguales derechos. Sin perjuicio de las distinciones que impongan sus diferencias naturales o el carácter de la familia"⁸².

Con motivo de la iniciativa del profesor señor Guzmán, se produjo un largo debate, tanto acerca del contenido de su indicación como acerca de la mejor forma de permitir las diferencias jurídicas naturales entre hombre y mujer.

Es interesantísimo reproducir algunos pasajes especialmente significativos de las respectivas intervenciones para dejar de manifiesto el espíritu

y, por tanto, el alcance de la garantía constitucional que nos ocupa. Es lo que haremos en las líneas siguientes:

“El señor Silva Bascuñán recuerda que en la sesión pasada estimó que le parecía demagógico establecer sencillamente la igualdad entre el hombre y la mujer, pero eso no significa que esté en desacuerdo, en que precisamente, con esas aclaraciones, se reconozca el principio de igualdad entre el hombre y la mujer más allá de aquellas desigualdades que brotan de la misma naturaleza y que se refieren tanto a la relación de familia como a otras particulares propias de la mujer...”⁸³.

“El señor Evans formula indicación para substituir la expresión “impongan” por “aconsejen” o “consideren” y las palabras “carácter de la familia” por “las características de la familia”.

“Expresa su acuerdo en lo demás porque estima que la indicación cumple con lo que se ha pensado unánimemente desde que se redactó el memorándum en noviembre de 1973”⁸⁴.

“El señor Ortúzar (Presidente) manifiesta que le agrada la redacción propuesta por el señor Guzmán. No sabe sin embargo si convendría precisar un poco más las distinciones, como aquellas que emanan de la naturaleza del sexo, del matrimonio y de la familia, para no señalarlas en términos que pudieran parecer el día de mañana, muy generales...”⁸⁵.

“El señor Ovalle recuerda que ya había expresado su opinión en la reunión anterior de que es contrario a la incorporación de un inciso específico sobre los derechos del hombre y la mujer...” “... cree que cualquier distinción arbitraria entre los chilenos, sea por cualquier causa, está comprendida en el inciso primero del N° 2. (La norma citada por el señor Ovalle es la que dice: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer discriminaciones arbitrarias”)”⁸⁶.

Luego el señor Ovalle manifiesta que de acuerdo con el progreso que ha tenido la mujer en Chile, muchas disposiciones del Código Civil resultan absolutamente anacrónicas, y que pasarán a ser inconstitucionales si se aprobase la igualdad del hombre y la mujer como lo quiere la mayoría de la comisión, aun con el agregado propuesto por el profesor Guzmán⁸⁷.

“Los señores Ortúzar (Presidente) y Evans preguntan al Señor Ovalle, si en su criterio, las siguientes disposiciones del Código Civil serían inconstitucionales: la que establece que la mujer debe respeto y obediencia al marido; la que establece que debe seguirle a donde quiera que él traslade su residencia; la que le confiere al marido la administración de los bienes; la que establece la calidad de relativamente incapaz; a lo que el señor Ovalle responde que son inconstitucionales, ya que esas decisiones deberán ser tomadas de común acuerdo, pues si no, marido y mujer no serían iguales”.

“El señor Evans manifiesta que esas disposiciones no serían inconstitucionales, porque fluyen de las “características de la familia”.

“El señor Ortúzar (Presidente) refutando al señor Ovalle expresa que lo dicho por éste, viene a reafirmar que la mayoría de la Comisión tiene razón al incluir una disposición específica que establezca la igualdad con determinadas excepciones. En caso contrario, si se adoptara su criterio, querría decir que habría que modificar todo el Código Civil”.

“El señor Ovalle acota que eso es lo correcto”.

“El señor Ortúzar (Presidente) advierte que no participa de esa opinión. Estima que el marido es el jefe natural de la familia y que en consecuencia debe ser él quien debe llevar la responsabilidad del hogar”⁸⁸.

El señor Ovalle critica a continuación como anacrónico el precepto del artículo 133 del Código Civil, que encomienda al marido la fijación del domicilio familiar, pero concluye que lo anterior “no quiere decir que el hombre no pueda ser considerado, con respecto a algunos problemas, como el jefe de la familia”. Naturalmente —prosigue— hay que tomar alguna resolución sobre el particular...”.

El señor Ortúzar (Presidente) señala que “el señor Ovalle, en la última frase, lo ha dicho todo. Si él reconoce que, en realidad, la familia debe tener un jefe, necesariamente de ese principio derivarán ciertas consecuencias, porque todo organismo, toda organización, por pequeña que sea, debe, necesariamente, tener una cabeza visible. De otra manera, imperaría en ella tal anarquía, que podría conducir a la disolución de esa organización. Partiendo de la base que la familia debe tener un jefe, incuestionablemente de que éste debe ser el hombre. Por lo demás, el temperamento y la constitución de la mujer requieren, precisamente, de la autoridad del hombre. Está probado, en el hecho, que la mujer ama al hombre que realmente es capaz de ejercer en forma justa, por cierto, su autoridad, así como los hijos requieren de la autoridad del padre y el pueblo de la autoridad del gobernante”.

Luego, añade el señor Ortúzar: “Entonces, si se parte de la base de que, necesariamente, la familia debe tener un jefe y de que ese jefe natural es el marido, forzosamente se tiene que incluir en la constitución —con mayor razón, si se señala que el Código Civil, en esos aspectos, podría ser inconstitucional— un precepto que, junto con establecer la igualdad, establezca las excepciones”⁸⁹.

Tratando de la fijación del domicilio por el marido, acota el señor Evans: “... este precepto del Código Civil... está destinado a los casos de excepción, en que hay conflicto y en que alguien tiene que decir la última palabra. Y, obviamente, en cualquier sociedad del mundo, hoy día esa última palabra la dice el hombre”⁹⁰.

Poco más adelante, el señor Ortúzar dice: "... el señor Guzmán tiene razón cuando afirma que, en realidad, las diferencias que puedan establecerse en relación con la familia son, en definitiva, las que en último término emanan de las diferencias naturales del hombre y la mujer, porque obviamente es así: lo que justifica que se pueda hacer una distinción entre el hombre y la mujer, en las relaciones de familia, es la diferencia de sexo"⁹¹.

Como el señor Ovalle manifestara su desacuerdo con la parte final del inciso sobre igualdad del hombre y la mujer, propuesta por el profesor señor Guzmán, diciendo que para resolver los problemas que se plantearan sobre aquella igualdad particular bastaría recurrir al principio general de igualdad ante la ley, el señor Evans cambió de parecer, adoptando ese partido:

"El señor Evans declara que ha sido convencido por el señor Ovalle en un aspecto. Cree que basta con decir "ni la ley ni la autoridad pueden establecer ninguna discriminación arbitraria. El hombre y la mujer tienen iguales derechos". Todo lo demás que se desea explicar está cubierto con la frase anterior. Si se pretende imponer cualquier discriminación arbitraria, ya sea que emane de la naturaleza de la mujer, ya sea que emane de la naturaleza de la familia, irá en contra de la norma precedente"⁹².

El profesor señor Guzmán objeta la redacción propuesta por el señor Evans "porque después de sentar un principio general, la frase siguiente podría interpretarse perfectamente como una suerte de excepción, pues si realmente la situación que contemple, está cubierta por el principio antes señalado no ve razón para hacer la afirmación subsecuente".

El señor Evans propone entonces cambiar el orden, de manera que la oración que prohíbe las discriminaciones arbitrarias quede después de la proclamación de la igualdad de derechos del hombre y la mujer, y no antes⁹³.

El señor Silva Bascuñán se opone a la proposición del señor Evans. Dice que es partidario de declarar la igualdad de que se trata, pero también las excepciones:

"Ahora bien, frente a esa necesidad de colocar una norma semejante, considera, también, que un principio de sinceridad y de verdad de la Constitución debe conducir a no colocar genéricamente la igualdad entre los dos sexos, porque ella no es efectiva en la naturaleza"⁹⁴.

El señor Evans defiende su indicación: "... piensa que si se establece como frase inicial que el hombre y la mujer tienen iguales derechos y, a continuación, se dice que ni la ley ni la autoridad pueden establecer discriminaciones arbitrarias", se afirma categóricamente que la autoridad y la ley pueden disponer distinciones legítimas".

“Ahora, prosigue, ¿cuándo una discriminación respecto de la mujer sería arbitraria? ¿En qué se fundará el día de mañana un recurso de inaplicabilidad, un reclamo ante la Contraloría General o una representación de ese organismo a un acto de autoridad? En que la discriminación es arbitraria porque no se funda en una distinción derivada de la naturaleza propia del hombre y de la mujer ni en la naturaleza propia de la institución de la familia...”⁹⁵.

El señor Guzmán insiste en su proposición, “porque, aunque concuerda en que en recta doctrina, también la interpretación del señor Evans sería la más adecuada, no se puede desconocer que hay en esta materia corrientes sumamente perturbadoras del orden social que, a pretexto de ser avanzadas, quieren colocar al hombre y a la mujer absolutamente iguales en todos los planos, incluso en aquéllos que no lo son. Felizmente, agrega, esto no es de aceptación muy general en nuestro país; pero sí es de mucho mayor aceptación en otras naciones”⁹⁶.

Después de otras discusiones que no tienen mayor relieve para los fines de este estudio, se aprobó la disposición constitucional en proyecto como sigue:

“... Esta Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

“Nº 2. La igualdad ante la ley. En Chile no hay clase ni grupos privilegiados”.

“El hombre y la mujer gozan de iguales derechos, sin perjuicio de las distinciones que se deriven de sus diferencias naturales o que establezca el legislador fundado en las características de la familia”.

“Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer discriminaciones arbitrarias”⁹⁷.

Con posterioridad a este debate, que en parte hemos reproducido, en la sesión Nº 105, de 11 de marzo de 1975, el señor Ovalle y la señora Alicia Romo volvieron a promover la discusión sobre el mismo tema, exponiendo su disconformidad con la parte final del inciso del proyecto que contenía la igualdad jurídica del hombre y la mujer, es decir la parte que explícitamente se refería a las distinciones derivadas de sus diferencias naturales y de las características de la familia⁹⁸.

El señor Ortúzar explicó las razones del precepto. Dice el acta respectiva:

“En seguida, manifiesta que desea dar a conocer a la señora Romo cuál fue el espíritu que inspiró este precepto, y al respecto recuerda que durante su discusión se expresó que hay diferencias que evidentemente están basadas en el sexo y que se podrán establecer las igualdades que se quiera entre el hombre y la mujer, pero es indudable que ambos seres son diferentes, porque, de otra manera, se habría acabado la humanidad. Siendo en consecuencia, evidente que la autoridad o la misma ley, podrán

el día de mañana establecer algunas distinciones basadas en estas diferencias naturales”.

“Añade que, por otra parte, se manifestó también que las relaciones de familia, en el hecho, el matrimonio, imponen necesariamente tener que resolver ciertas situaciones que se produzcan en el seno de la familia, que suponen hacer diferencias, y es así como se expresó, por ejemplo, que la familia es un órgano, como cualquier otro, que necesita de un jefe que no puede ser otro que el marido, porque, a su juicio, ninguna mujer aceptaría un marido que no estuviera dispuesto a llevar la jefatura de la familia, y se atreve a afirmar que las mujeres aman a los hombres que saben ejercer la autoridad, en forma justa, por cierto, aun cuando admite que en esta apreciación podría estar equivocado”⁹⁹.

El señor Ovalle dice que “él podría sostener, frente a los argumentos expuestos, que esta situación estaba prevista con la norma ya aprobada que señala que la ley no puede hacer discriminaciones arbitrarias...”¹⁰⁰.

Después de diversas intervenciones, el señor Ortúzar terminó por adoptar la opinión del señor Ovalle en cuanto a que la redacción aprobada para el precepto podría prestarse a interpretaciones erradas, que se apartasen del verdadero espíritu de la Comisión¹⁰¹.

La señora Romo combatió la fórmula que se había aprobado. Finalmente se acordó dejar la discusión para otra oportunidad en que estuviera presente el señor Guzmán que había propuesto aquella fórmula¹⁰².

El proyecto enviado por la Comisión al Ministerio de Justicia contenía la parte final del inciso sobre igualdad jurídica del hombre y la mujer, que había sido aprobada a proposición del señor Guzmán en la sesión 95; y en el Ministerio fue suprimida esa parte, por estimarse que, como lo habían dicho los señores Ovalle y Evans, el inciso tercero del número segundo que prohibía las discriminaciones arbitrarias, permitía las distinciones racionales.

Por eso, el informe de la Comisión Constituyente que acompaña su anteproyecto constitucional ya terminado, dice sobre esta materia lo siguiente:

“Nuestra legislación civil tendrá que adecuarse a la nueva normativa, pero esto no significa necesariamente que el legislador no pueda contemplar distinciones que se deriven de las diferencias naturales entre el hombre y la mujer, ya que ellas no tienen el carácter de arbitrarias”.

“Estas distinciones, como otras que podrían justificarse en el campo de las relaciones de familia, son legítimas, porque, reiteramos, no tienen el carácter de diferencias arbitrarias”¹⁰³.

Esta es la historia del establecimiento del precepto que consagra la igualdad jurídica del hombre y la mujer. Ella nos permite arribar a las siguientes conclusiones, que nos servirán para terminar este trabajo:

I. El constituyente tuvo la intención expresa de permitir distinciones no arbitrarias, y con especialidad, las que deriven de las diferencias naturales que existen entre ambos sexos, y de las relaciones de la familia.

II. La Comisión Constituyente consideró que la autoridad del marido como jefe de la familia debía quedar entre las distinciones legítimas.

III. En consecuencia, las reformas a que nos hemos referido en este estudio crítico y que suprimen la potestad marital, como asimismo, la que obliga a la mujer a concurrir de igual modo que el marido, incluso con su trabajo, al sustento familiar, y la que limita sus facultades de administración del peculio reservado, no son exigidas en manera alguna por el precepto constitucional sobre igualdad de derechos entre el hombre y la mujer; antes bien son manifiestamente contrarias al espíritu de la Comisión Constituyente.

IV. El artículo primero transitorio del Acta Constitucional número Tres, que señala que han de dictarse normas para dar cumplimiento a la declaración de igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, y el párrafo del Informe de la Comisión Constituyente sobre el anteproyecto constitucional transcrito más arriba, en el que se dice que "la legislación civil tendrá que adecuarse a la nueva normativa", no pueden referirse a los artículos del Código Civil que establecen la autoridad del marido como jefe de la familia y su deber de mantenerla, sino que han de decir relación con otras disposiciones que hagan diferencias entre el hombre y la mujer y que no tengan su fundamento en la naturaleza, como por ejemplo la que contiene la incapacidad relativa de la mujer casada no separada de bienes.

V. Las conclusiones anteriores son las únicas que guardan armonía con el artículo 2, inciso tercero, del Acta Constitucional Número Dos, que declara que "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad", y que el "Estado la protegerá y propenderá a su fortalecimiento"; y con el inciso segundo del artículo 4 de la misma Acta Constitucional, en cuanto declara que la soberanía reconoce como límite el derecho natural; pues, por una parte, no se concibe que el Estado pueda alterar las leyes reguladoras intrínsecas de un organismo que declara servirle de fundamento; y, por otra, tampoco se concibe, en el actual orden de cosas, que atropelle los derechos naturales de la familia.

NOTAS

¹ Política, lib. I, cap. 1.1.252 b, Edición de las Obras Completas de Aristóteles de Aguilar, Madrid, 1967; 2ª ed., pág. 1411.

² Lib. VII, cap. 10, ed. cit., pág. 1155. Este texto reviste particular importancia; siempre se trae a colación la sentencia aristotélica según la cual el hombre es por naturaleza un animal político; pero nunca nos ha ocu-

rrido ver citada la que establece su carácter de animal familiar. No se trata de una traducción libre; es la versión literal del texto griego, que dice así:

"...ὁ γὰρ ἄνθρωπος οὐ μόνον πολιτικὸν ἀλλὰ καὶ οἰκονομικὸν ζῷον..."

1.242 a 22; edición: London, William Heinemann Ltd., Cambridge, Massachusetts. Harvard University Press, MCMLII.

³ Lib. VIII, cap. 12, ed. cit., pág. 1279. Las mismas ideas y más desarrolladas se exponen en la Economía Doméstica. Los críticos señalan que esta obra es de dudosa procedencia aristotélica; pero declaran que sería en todo caso de uno de los primeros peripatéticos, y que refleja sin duda el pensamiento de Aristóteles (ver Lib. I, cap. III, ed. cit., pág. 1379).

⁴ "1.719 ...Dicit ergo primo, quod inter virum et uxorem videtur esse quaedam amicitia naturalis. Et hoc probat per locum a maiori. Homo enim est animal naturaliter politicum; et multo magis in natura hominis quod sit animal coniugale. Et hoc probat duabus rationibus".

"1.720. Quarum *prima* est, quod ea quae sunt priora et necessaria magis videntur ad naturam pertinere: societas autem domestica, ad quam pertinet coniunctio viri et uxoris, est prior quam societas civilis. Pars enim est prior toto. Est etiam magis necessaria, quia societas domestica ordinatur ad actus necessarios vitae, scilicet generationem et nutritionem. Unde patet quod homo naturalius est animal coniugale quam politicum. *Secunda* ratio est, quia procreatio filiorum, ad quam ordinatur coniunctio viri et uxoris, est communis aliis animalibus, et ita sequitur naturam generis. Et sic patet, quod homo magis est secundum naturam animal coniugale quam politicum".

1.719. "...Dice, por tanto, primero, que entre el marido y la mujer se ve existir cierta amistad natural. Y esto lo prueba por el argumento *a maiori*. Pues el hombre es naturalmente un animal político; y mucho más está en la naturaleza del hombre el que sea un animal familiar (conyugal). Y esto lo demuestra con dos razones".

1.720. "De las cuales la primera es que aquellas cosas que son anteriores y necesarias, en mayor grado se entienden pertenecer a la naturaleza: pero la sociedad doméstica, a la cual pertenece la unión del varón y la mujer, tiene prioridad sobre la sociedad civil, Pues la parte es anterior al todo. Y también es más necesaria, pues la sociedad doméstica se ordena a los actos necesarios para la vida, o sea, la generación y la nutrición. Por donde queda de manifiesto que el hombre es más naturalmente animal familiar que político. La *segunda* razón es porque la procreación de los hijos, a la que se ordena la unión del varón y la mujer, es común con los otros animales, y así sigue la naturaleza del género. Y de esta manera queda claro que el hombre, según su naturaleza, es más un animal familiar que un animal político". (In Decem Ethicorum, Lect. 12).

⁵ "Unde patet quod amicitia coniugalis in hominibus non solum est naturalis sicut in aliis animalibus, ut pote ordinata ad opus naturale quod est generatio, sed etiam est oeconomica ut pote ordinata ad sufficientiam vitae domesticae": "Por donde se ve que la amistad conyugal en los hombres no sólo es natural como en otros animales, como ordenada a la obra de la naturaleza que es la generación, sino que también es doméstica, en cuanto ordenada a la suficiencia de la vida familiar". (Ibid. Nº 1.722).

⁶ Liberatore, Il Matrimonio e lo Stato, citado por FERNÁNDEZ CONCHA, Filosofía del Derecho, t. II, Nº 852.

⁷ Lib. VIII, cap. 12.

⁸ *Etica Eudemiana*, Lib. VIII, cap. 10.

⁹ *Etica a Nicómaco*, Lib. VIII, cap. 12.

¹⁰ *Etica a Eudemo*, Lib. VII, cap. 8.

¹¹ "...Dicimus individua societatem efformare, quatenus iam ante ad familiam pertinent et domesticam societatem constituunt. Id patet tum ex eo quod individua vi solius familiae integritate et perennitate donantur; tum ex eo quod familiae conceptus et necessitas arctiore vinculo cum hominis natura copulatur, quam conceptus et necessitas convictus politici. Quare sive ordo rationis, sive propensio sensibilis, sive processus originis consideretur; individuum prius familiae deinde civitati coniungitur; immo per se tantum civitati coniungitur in quantum civitati coniungitur familia ad quam pertinet, et quae ad civitatem efformandam veluti pars concurrit". (*Institutiones Ethicae et Iuris Naturae*, Editio Quarta, Romae, Typis S. Congregationis de Propaganda Fide, 1855, págs. 259-260:

"...decimos que los individuos componen la sociedad en cuanto ya antes pertenecen a la familia y constituyen la sociedad doméstica. Esto es manifiesto ya por aquello de que los individuos, por la sola virtud de la familia, están dotados de integridad y viabilidad; además, porque el concepto y la necesidad de la familia están ligados a la naturaleza del hombre con un vínculo más estrecho que el concepto y la necesidad de la convivencia política. Por lo cual, ya sea que se considere el orden de la razón, ya la inclinación sensible, ya el proceso del origen; el individuo primero se une en la familia y de ahí en la ciudad; más aún, por sí, sólo se congrega en la sociedad civil, en cuanto en la sociedad civil está congregada la familia a la cual pertenece, y que concurre como parte a formar la sociedad civil".

¹² "Praeterea, iura domestica anteriora sunt iuribus civitatis et magis insolubilia; nec sociali auctoritate unquam inmutari possunt aut imminui; sed potius solidari debent et cautionem ac tutelam accipere. Ergo individuum, iuxta ordinem naturae, fortius et prius illis adstringitur, quam adstringatur iure civitatis. Ergo civile vinculum iam subaudit in individuis vincula domestica...". (op. cit., pág. 260):

"Además los derechos domésticos son anteriores a los derechos de la ciudad, y más inviolables; y jamás pueden ser cambiados ni disminuidos por la autoridad social; sino más bien deben ser consolidados y recibir garantía y tutela. Por tanto el individuo, según el orden de la naturaleza, más fuertemente y antes es obligado por ellos que lo que es obligado por el derecho de la sociedad civil. Luego el vínculo civil ya supone en los individuos los vínculos familiares".

¹³ *Summa Philosophica*, editio quartadecima, vol. III, *Ethica et Ius Naturae*, Paris, GABRIEL BEAUCHESNE et Cie. Editeurs, 1905, pág. 200. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ CONCHA, *Filosofía del Derecho*, t. II, números 880-884.

¹⁴ *Suma Teológica*, 2-2, q. 104, a. 5, r.

¹⁵ Op. cit., pág. 221.

¹⁶ *Doctrina Pontificia*, Documentos Jurídicos, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1960, págs. 323-324.

¹⁷ *De Iustitia et Iure*, Lib. III, Q. 1, art. IV, conclusión 3. Edición del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, t. II, pág. 199.

¹⁸ *Etenim sicut naturae auctori a quo esse et caetera accepimus, religionem, observantiam ac obedientiam debemus: ita parentibus, per quos esse accepimus, alimenta, educationem, et alia bona, debemus, in suo ordine et gradu pietatem, observationem, subjectionem ac obedientiam, naturis impis rerum, lumineque*

intellectus naturali id docentibus. Plus tamen haec ipsa patri, quam matri, debemus: eo quod principalius ad ea omnia concurrat, unde titulus paternae potestatis in filios oritur". (De Iustitia et Iure, tract. II, Disp. XXII, N° 5).

¹⁹ La Familia Según el Derecho Natural, traducción española, Herder, Barcelona, 1967, pág. 278.

²⁰ Citado por LECLERCQ, op. cit., pág. 282.

²¹ Citado por ANNE ANASTASI, op. cit., págs. 447-448.

²² "Como ya dijimos, es propio de la prudencia no sólo la consideración racional, sino la aplicación a la obra, que es el fin de la razón práctica. Pero no puede aplicarse una cosa a otra sin conocerse ambas, esto es, lo que se aplica y aquello a lo cual se aplica. Las acciones, a su vez, se dan en los singulares. Por lo tanto, el prudente necesita conocer los principios universales de la razón y los particulares, en los cuales se da la acción". (Santo Tomás, Suma Teológica, 2-2, q. 47, a. 3, r.

²³ Política, Lib. I, cap. V, ed. cit., pág. 1424.

²⁴ Política, Lib. I, cap. V, ed. cit., pág. 1425.

²⁵ "... masculus est naturaliter principalior femina, nisi aliquid accidat praeter naturam, sicut in hominibus effeminatis...". (In Octo Libros Politicorum, lect. X, N° 152).

²⁶ "... femina, cum sit libera, habet potestatem consiliandi, sed consilium eius est invalidum. Cuius ratio est, quia propter mollitiem naturae ratio eius infirmiter inhaeret consiliatis, sed cito ab eis removetur propter passiones aliquas, puta concupiscentiae vel irae, vel timoris, vel alicuius huiusmodi". (Op. cit., lect. X, N° 159).

²⁷ Op. cit., pág. 426.

²⁸ Op. cit., citado por ANNE ANASTASI, op. cit., págs. 447 y 448.

²⁹ Psicología Diferencial de los Sexos, Editorial Kapelusz, Buenos Aires, 1968, págs. 140-141.

³⁰ En la Economía Doméstica, obra atribuida a Aristóteles —según recordamos en otras nota—, y que en todo caso pertenecería a uno de los primeros peripatéticos, se lee esta caracterización de los sexos: "... La Divina Providencia ha modelado la naturaleza del hombre y la mujer para su asociación y convivencia. Ellos, en efecto, se distinguen uno del otro por la posesión de facultades no siempre adaptadas a las mismas labores o quehaceres, antes en muchos casos los ha dotado de capacidades contrarias, aunque dirigidas a un mismo fin. Así, la Providencia hizo al hombre más fuerte y a la mujer más débil, de manera que él, en virtud de su valentía varonil, pueda ser más apto para defender la casa, y ella, en razón de su naturaleza más tímida, más apta para velar sobre ella; y mientras él se preocupa de traer las provisiones frescas de fuera, ella puede guardar a salvo las que hay dentro. En los trabajos, a su vez, se ha dado a la mujer una paciencia sedentaria, aunque se le ha negado la resistencia para la dureza de la vida al aire libre, mientras que el hombre, aunque inferior a ella en los empleos o trabajos quietos, está dotado de vigor para todos los trabajos activos. En la generación de los hijos participan por igual, pero cada uno de ellos contribuye de manera distinta a la educación de los mismos. Es la madre la que los cría y nutre, y es el padre el que los forma y educa". (Lib. I, cap. III, ed., cit., pág. 1379).

³¹ Este es el argumento básico de JOHANNES MESSNER para solucionar la cuestión que ahora nos preocupa: "... Sin embargo, en caso de ser necesaria una decisión y de que los padres no logren ponerse de acuerdo, la autoridad

ha de residir, por lo general, en este caso, en el padre. El fundamento de esto reside en que en toda comunidad es imprescindible una autoridad suprema y en que el padre está predeterminado por la naturaleza para el ejercicio de esta autoridad, como consecuencia de la responsabilidad que le corresponde en el mantenimiento de la familia". (Ética Social, Política y Económica a la luz del Derecho Natural. Ediciones RIALP, Madrid, 1967, pág. 600).

³² "Etenim vir suapte natura uxoris caput, cui proinde praeesse convenit: uxori vero subesse et obedire, iudicante id naturali excessu viribus, ac iudicio, quo vir uxorem excedit".

³³ "... Porque, aunque la mujer esté obligada a obedecer a su marido, a quien se une para la procreación de la misma prole, y por esto se diga que en cierto modo son el mismo cuerpo, es decir, el mismo principio corporal, por cuyo motivo la primera mujer fue formada de la costilla del varón, sin embargo, cualquiera que sea la propia mujer no es parte del marido de la misma manera que el hijo lo es del padre. Por el contrario, es su comparte, si así pudiera decirse, porque los dos son partes de un mismo cuerpo, y por esto se dice que son dos en una carne...". (Op. cit., loc. cit.).

³⁴ De Iure Belli ac Pacis, trad. de Barbeyrac al francés, Amsterdam, 1729, chez Pierre De Coup, t. I, Lib. II, cap. V, párrafo VIII, números 2, 3, y 4, pág. 230.

³⁵ "At ut omittam incommoda et perturbationes, quae ex hac aequalitate et duplicitate monstruosa capitum in familia sequerentur; certe tum physiologia tum etiam communis hominum sensus et ipsae sacrae litterae ad oppositum iudicandum nos adducunt. Enimvero negari nequit structuram mulieris imbeciliores esse viro, qui fortitudine corporis, agilitate virium, firmitate membrorum longe praestat. Vires autem animi, ut prudentia consilii, et voluntatis constantia, multo excellentius in virili sexu explicantur, licet quoad essentiam aequae in muliebri insint. Hinc natura ipsa duce ac magistra apud omnes gentes vir in familia praestet mulieri, nec contra hunc morem aliquid unquam novatorum voces valere potuerunt". (Op. cit., pág. 215).

³⁶ "... Necessesse est ergo ut in hac societate... unitas auctoritatis constituatur, sine qua unitate nulla societas existere potest. Unde impossibile est ut uxor et maritus in domestica societate dirigenda sint inter se independentes... Necesario autem admissa auctoritate dirigente in uno coniugum, non mulieri sed viro illa tribuenda est: id enim natura indicat tum in physiologia membrorum, quae debiliora in feminis, in viris fortiora sunt, tum maxime in viribus intelligentiae; id gentes omnes proclamant, penes quas semper non vir sub muliere, sed mulier sub viro fuit...": "... Luego es necesario... se constituya una unidad de autoridad, sin la cual unidad ninguna sociedad puede existir. Por donde es imposible que la mujer y el marido sean independientes entre sí en la dirección de la sociedad doméstica. Admitida pues la autoridad rectora en uno de los cónyuges, necesario es atribuirla al varón y no a la mujer: pues esto lo señala la naturaleza, ya en la fisiología de los miembros, que son más débiles en las mujeres y más fuertes en los varones, ya máximamente en las fuerzas de la inteligencia; y esto lo proclaman todas las gentes, entre las cuales siempre ha estado sometida la mujer al varón, y no el varón a la mujer...". (Summa Philosophica, ed. y t. cit., págs. 204-205).

³⁷ Ensayo Teórico de Derecho Natural Apoyado en los Hechos. Traducción de Don JUAN MANUEL ORTÍ y LARA, 2ª ed., Madrid, 1884. Nueva Librería e Imprenta de San José, t. III, pág. 391.

³⁸ Op. y t. cit., pág. 409.

³⁹ Op. cit., pág. 318.

⁴⁰ *Le Droit de la Nature et de Gens*. Trad. de Barbeyrac, Londres, Jean Nours, 1740, t. III, L. VI, cap. I, párrafo XI.

⁴¹ Op. y loc. cit.

⁴² Op. y loc. cit.

⁴³ *Cours de Droit Naturel*, 2ª ed., Bruselas, Maline, Caus et Compagnie, 1844, págs. 436-438.

⁴⁴ *La Cité Antique*, Librairie Hachette, Paris, 1952, pág. 94.

⁴⁵ Op. cit., págs. 98-102.

⁴⁶ Op. cit., págs. 97-98.

⁴⁷ *Leyes de Manú*, V, 147-148, citadas por Fustel de Coulanges, op. cit., págs. 94-95.

⁴⁸ P. 3ª, tit. 2º, l. 5.

⁴⁹ *Traité de la puissance du mari*, Nº 1.

⁵⁰ *Op. cit.*, Nº 3.

⁵¹ EDEVAL, Valparaíso, 1978, p. 60.

⁵² JACQUES MALEVILLE, *Analyse Raisonnée de la Discussion du Code Civil au Conseil d'Etat*, Paris, 3.ª ed., chez Neve, Libraire de la Cour de Cassation, Paris, 1822, t. I, p. 201.

⁵³ Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, voz "matriarquía".

⁵⁴ En el mismo sentido, ESPASA, *Diccionario Enciclopédico*, voz "matriarcado"; HELMUTT SCHOECKE, *Diccionario de Sociología*, Editorial Herder, Barcelona, 1977, voz "matriarcado"; *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, dirigida por David L. Sills, vol. 7, Aguilar, 1975, artículo "Matrimonio".

⁵⁵ *Política*, lib. I, cap. 2, ed. cit., p. 1415.

⁵⁶ *Economía Doméstica*, lib. III, cap. 4, ed. cit., p. 1399.

⁵⁷ *Etica a Nicómaco*, lib. VIII, cap. 10, ed. cit., p. 1277.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 216.

⁵⁹ Vid. SAN ALFONSO MARÍA DE LICORIO, *Moral*, lib. III, tract. III, cap. III. De cuarto præcepto decalogi: "Peccat graviter uxor: 4º Si nolit sequi virum domicilium mutantem: dummodo possit sine periculo vitae et salutis, et contrarium non sint pacti; et maritus post nuptias non sit factus vagus. Navarrus, Toletus, Bonacina.": "Peca gravemente la mujer: 4º si no quiere seguir al marido que cambia su domicilio, con tal de que pueda sin peligro de la vida y de la salud, y no haya pacto en contrario; y el marido después del matrimonio no se haya hecho vago. Navarro, Toledo, Bonacina".

⁶⁰ "En fin, parece razonable igualmente que una mujer no pueda dedicarse a una actividad importante, extraña al orden normal de sus funciones —una profesión, por ejemplo—, sin estar de acuerdo con su marido. La autorización marital parece irritante a los feministas, pero no se ve en qué parará la unidad del hogar en que la mujer ejerza la profesión de abogado o tenga un comercio contra el parecer de su marido..." "... la vocación de la mujer al hogar no permite considerar como normal que la mujer casada ejerza una profesión que la separe del hogar" (*Op. cit.*, p. 320).

⁶¹ "Id quod dictum est, Et ad virum tuum conversio tua, et ipsi dominabitur tui, videndum est quemadmodum proprie possit accipi. Neque enim et ante peccatum, aliter factum fuisse decet credere mulierem, nisi ut vir ei dominaretur, et ad eum ipsa serviendo converteretur. Sed recte accipi potest hanc servitutem significatam, quae cuiusdam conditionis est potius quam dilectionis, ut

etiam ipsa talis servitus, qua homines hominibus postea esse servi coeperunt, de poena peccati reperiatur exorta", *De Genesi ad Litteras*, XI, cap. 37:

"... aquello que ha sido dicho, 'Y te volverás a tu varón y él te dominará', hay que ver de qué manera puede ser entendido en sentido literal. Pues no está bien pensar que la mujer hubiera sido hecha, antes del pecado, sino para que el hombre la dominara, y ella se volviera a él sirviéndolo. Pero puede entenderse rectamente esta servidumbre referida, la cual es propia de cierto estado más que del amor, como también la misma análoga servidumbre nacida de la pena del pecado, por la cual posteriormente comenzaron los hombres a ser siervos de los hombres".

⁶² SANTO TOMÁS: "... duplex est subiectio. Una servilis, secundum quam praesidens utitur subiecto ad sui ipsius utilitatem: et talis subiectio introducta est post peccatum. Est autem alia subiectio oeconomica vel civilis, secundum quam praesidens utitur subiectis ad eorum utilitatem et bonum. Et ista subiectio fuisset etiam ante peccatum: defuisset enim bonum ordinis in humana multitudine, si quidam per alios sapientiores gubernati non fuissent. Et sic ex tali subiectione naturaliter femina subiecta est viro: quia naturaliter in homine magis abundat discretio rationis. —Nec inaequalitas hominum excluditur per innocentiae statum, ut infra (q. 96, a. 3) dicitur" (*Summa Theologica*, I, q. 92, a. 1, ad. 2):

"... Existe una doble sujeción: una servil, por la cual el señor usa de sus súbditos para su propio provecho, y que fue introducida después del pecado; otra, económica o civil, por la cual el señor emplea a sus súbditos para la utilidad y bien de ellos mismos. Esta segunda sujeción habría existido también antes de darse el pecado, ya que no se daría orden en la multitud humana si unos no fueran gobernados por otros más sabios. Pues bien, con esta sujeción, la mujer fue puesta bajo el marido ya por el orden natural, puesto que naturalmente abunda más en el hombre la discreción de la razón. Ni la desigualdad de los hombres está reñida con el estado de inocencia, como se dice más adelante" (q. 96, a. 3).

⁶³ SUÁREZ: "Atque eodem fere modo tertia poena explicanda est: *sub viri potestate eris*. Ut enim notavit Agustinus, lib. 11, Gen. ad lit., cap. 37, subiectio uxoris ad virum bona, et naturalis, ac necessaria est, unde in statu innocentiae fuisset: imo vero jam fuit: nam ante peccatum Eva subiecta fuit Adáe, quia in illius adiutorium creata est, et sine subordinatione, ac debito ordine non poterant inter eos pax, et perfecta societas subsistere. Nihilominus tamen ex privatione iustitiae originalis per peccatum inductam, provenit, ut in hoc statu illa subiectio habeat rationem poenae, quam antea non habuit. Quia in priori statu vis tantum directiva in viro erat necessaria, quia foemina in vi iustitiae promptissima esset ad parendum, nihilque inordinate concupiscere posset directioni viri contrarium: et similiter vir propter eandem rectitudinem, honeste ac suaviter, sine ulla perturbatione sua potestate uteretur. Nunc autem subiectio foeminae poenalis est, aliquando quidem ex parte ipsius, quia immoderate aliquid concupiscit, propter quod, vel non sine tristitia viro obedit, vel correctione indiget, in qua subest marito quoad vim coercivam: aliquando vero ex parte ipsius viri, qui vel inconsiderate, aut etiam inique imperat, aut iniuste vel immoderate punit. Et hoc per illam particulam, *sub potestate*, presse intellectum indicatum est. Et per alteram particulam, *et ipse dominabitur tui*, magis declaratur, ut notavit Rupertus, 1.3, in Gen., capit. 21. Quia verbum dominandi, vel maiorem potestatem, vel usum eius liberiolem, vel vehementiorem indicat. Di-

vus Thomas autem, dicta question 164, artic. 2, ad 1, unico verbo respondet, nunc subiectionem foeminae esse poenalem, quia saepe necessarium illis est contra propriam voluntatem, viri voluntati parere" (*De Opere Sex Dierum*, lib. IV, "De amissione status inocentiae", cap. VII: An convenienter primi homines fuerint a Deo puniti propter suum peccatum. N° 16. Opera Omnia. Editio Nova, Apud Ludovicum Vives, Bibliopolam Editorem, Parisiis, 1866, vol. III, pp. 366-367):

"Y casi del mismo modo se ha de explicar la tercera pena: *estarás bajo la potestad del varón*. Pues, como ha señalado San Agustín, lib. 11, Génesis a la letra, cap. 37, la sujeción de la esposa al varón es buena, y natural y necesaria, por lo cual en el estado de inocencia hubiera existido: antes bien, en verdad existió ya: pues antes del pecado, Eva fue sujeta a Adán, ya que fue creada como ayuda para él, y sin subordinación y debido orden, no podía subsistir entre ellos la paz y una perfecta sociedad. Sin embargo, de la privación de la justicia original causada por el pecado, proviene el que aquella sujeción tenga, en este estado, la razón de pena, que antes no tuvo. Porque en el primer estado sólo era necesario en el varón un poder directivo, ya que la mujer, a causa de la justicia, era prontísima en obedecer, y nada podía desear desordenadamente contrario a la dirección del varón: y de modo semejante, el varón, a causa de la misma rectitud, usaba de su potestad honesta y suavemente, sin ningún desorden. Mas ahora, la sujeción de la mujer es penal, a veces ciertamente debido a ella misma, porque desea algo inmoderadamente, a causa de lo cual, o no sin sufrimiento obedece al marido, o necesita corrección, en la que está sometida al marido, en cuanto al poder coercitivo: a veces, en verdad, debido al mismo varón, que, o manda en forma desconsiderada o incluso inicua, o injusta o inmoderadamente castiga. Y este sentido ha sido señalado concisamente por aquella partícula *bajo el poder*. Y por la otra partícula, *y él te dominará*, más se aclara, como ha señalado Ruperto, 1, 3, en Gen., cap. 21. Porque el verbo "dominar" indica o una mayor potestad, o un uso más libre o más vehemente de ella. Y el divino Tomás, en la citada cuestión 164, artículo 2, a la primera dificultad, con una única palabra responde que ahora la sujeción de la mujer es penal, porque a menudo les es necesario a ellas obedecer a la voluntad del varón contra la propia voluntad" (*De La Obra de los Seis Días*, lib. IV, "De la pérdida del estado de inocencia", cap. VII: Si los primeros hombres fueron convenientemente castigados por Dios por su pecado", N° 16. Obras Completas, nueva edición, Luis Vives, Librero editor, París, 1866, vol. III, pp. 366-367).

⁶⁴ Molina da la misma explicación que Suárez y en términos semejantes (*De Iustitia et Iure*, tract. II, disp. XXII, 3 y 4).

^{64 bis} Sobre esta materia, conviene transcribir el siguiente párrafo de Messner:

"... como consecuencia de todo esto, resulta el principio de que todo lo que contraría la función de la mujer como madre de familia, ya se trate de la mujer en particular o de la mujer en general, es contra la naturaleza y contra el derecho natural. La aspiración a equiparar absolutamente a la mujer y al hombre, es incompatible con el principio de que los derechos y obligaciones se derivan de los fines que están prefijados por la naturaleza. La naturaleza de la familia y la especial disposición natural de la mujer, son indicios claros de que la familia es el puesto primero y más importante de su actividad en la sociedad. De aquí se deriva el principio de que la madre pertenece a la familia. Y de aquí que sea una exigencia fundamental de la justicia el asegurar al padre

los ingresos familiares suficientes, de modo que la madre no se vea forzada a trabajar para ganar dinero fuera de la casa o con otras formas de trabajo fuera de ella (*Op. cit.*, pp. 636-637).

También Pío XII censuró la tendencia moderna de considerar que la mujer tiene la misma función laboral que el hombre, denunciando sus raíces totalitarias unas veces y capitalistas otras:

“Es un hecho innegable —dice el Pontífice— que desde hace mucho tiempo los acontecimientos públicos se han venido desarrollando de manera desfavorable para el bien real de la familia y de la mujer. Y hacia la mujer se dirigen varios movimientos políticos para ganarla en favor de su causa. Todo sistema totalitario pone ante sus ojos maravillosas promesas: igualdad de derechos con el hombre, protección de las gestantes y de las que han dado a luz recientemente, cocinas y otros servicios comunes que la libran del peso de los cuidados domésticos, jardines públicos de la infancia y otras instituciones sostenidas y administradas por el Estado y por el municipio, que la eximen de las obligaciones maternas para con sus propios hijos, escuelas gratuitas, asistencia en caso de enfermedad”.

“No se pretende negar las ventajas que se pueden conseguir con una u otra de estas medidas sociales, si se aplican como es debido. Porque también Nos mismo en otra ocasión hemos observado cómo a la mujer se le debe por el mismo trabajo y en igualdad de rendimiento la misma remuneración que al hombre. Pero queda el punto esencial de la cuestión, al que ya hemos aludido: ¿Ha mejorado con esto la condición de la mujer? La igualdad de derechos con el hombre la ha sometido, con el abandono de la casa donde ella era la reina, al mismo peso y tiempo de trabajo. Se han olvidado su verdadera dignidad y el sólido fundamento de todos sus derechos, es decir, el carácter propio de su ser femenino y la íntima coordinación de los dos sexos; se ha perdido de vista el fin querido por el Creador para el bien de la sociedad humana y, sobre todo, de la familia. En las concesiones hechas a la mujer, es fácil descubrir, más que el respeto a su dignidad y a su misión, el intento de promover la potencia económica y militar del Estado totalitario, al que todo debe quedar inexorablemente subordinado”.

“Por otra parte, ¿puede acaso la mujer esperar su verdadero bienestar de un régimen de capitalismo predominante? Nos no tenemos necesidad de describir ahora las consecuencias económicas y sociales que de éste se derivan. Vosotras conocéis sus notas características y soportais en vosotras mismas su peso: excesiva aglomeración de las poblaciones en las ciudades, progresivo e invasor incremento de las grandes empresas, difícil y precaria condición de las demás industrias, especialmente del artesanado y más aún de la agricultura, extensión inquietante de la falta de trabajo”.

“Devolver, lo más posible, todo su honor a la misión de la mujer y de la madre en el hogar doméstico: ésta es la palabra que de tantas partes se alza, como un grito de alarma, como si el mundo despertara, casi aterrorizado por los frutos de un progreso material y técnico, del que antes se mostraba tan orgulloso” (QUESTA GRANDE, Discurso de 21-X-1945, a las delegadas de las Asociaciones Femeninas Católicas Italianas, Nos. 16-19, Doctrina Pontificia. Documentos Jurídicos, ed. cit. en nota 16, pp. 220-221).

⁶⁵ LECLERQ, *op. cit.*, p. 319.

⁶⁶ Los actuales estudios sociológicos y psicológicos confirman las conclusiones

expuestas sobre la vocación de la mujer al hogar; son significativos al respecto estos pasajes de la obra de Roger Piret:

“A. M. Rose pidió a un grupo de estudiantes de ambos sexos que manifestaran cómo concebían ellos su futuro papel de adultos. Comprobó que las jóvenes esperaban consagrar un tiempo considerable a la casa y a los niños, aun cuando pensarán ejercer una profesión, al punto de llegar a totales semanales que excedían las posibilidades humanas. Por lo demás, la mayor parte de ellas pensaba renunciar lo más pronto posible a toda actividad profesional una vez casadas”.

“Bell, en una encuesta hecha a unos trece mil jóvenes de ambos sexos, norteamericanos, de dieciséis a veinticuatro años de edad, les preguntó si las mujeres casadas debían trabajar. En los dos sexos encontró una mayoría (64% de los varones y 66% de las chicas) que estimaba que la esposa no debe ejercer una profesión salvo que sea verdaderamente necesario”. En nota a este párrafo (Nº 3), agrega el autor: “En Francia, las encuestas del mismo tipo han dado resultados análogos. Luego —prosigue el texto—, una encuesta de Anne Steinmann, también en Estados Unidos, reveló que de diez hombres cuya mujer trabaja, uno solo está satisfecho verdaderamente; todos los otros preferirían verla renunciar a sus ocupaciones profesionales” (*Op. cit.*, pp. 89-90).

⁶⁷ La tendencia a sacar a la mujer del hogar para incorporarla a la producción económica en forma sistemática tiene grandes partidarios en los marxistas. Por una parte, desean aumentar la fuerza laboral a cualquier costo, como que sólo creen en la materia, en la riqueza y en el dinero —al igual que los capitalistas extremos que, por lo mismo, también propugnan muchas veces el trabajo femenino—; por otra parte, saben que, destruyendo la familia y su intimidad, destruyen la matriz de todas las diferencias individuales que incomodan a su sistema:

“Nuestras camaradas comunistas mujeres —dice Lenin— deben hacer en todas partes, en unión con los jóvenes, un trabajo sistemático. Esto tendrá como efecto el educarlas, el transportarlas del mundo de la maternidad individual al de la maternidad social. Importa contribuir con todos los medios al despertar de la vida social y de la actividad de la mujer, para permitirle elevarse por encima de la mentalidad estrecha, aburguesada, individualista de su vida doméstica y familiar”. (LENIN a Clara Zetkin, *La femme et le communisme. Anthologie des grands textes du marxisme*, Ed. Sociales, 1951).

“La abolición de la propiedad privada sobre la tierra, las fábricas y las empresas —decía también Lenin— abre la única vía a la emancipación completa y real de la mujer, a su liberación de la ‘esclavitud doméstica’, por la transición del pequeño hogar individual hacia el gran hogar socializado”. (*La journée internationale de la femme*. Dew. Compl. XXVI, pp. 193-194. *De l’emancipation de la femme*. Bur. d’Ed., 1937). (Esta cita y la anterior las hemos tomado del trabajo del profesor CRESCENTE DONOSO, intitulado *Problemas actuales de la justicia distributiva*, que aparece en el volumen de las Terceras Jornadas de Derecho Natural, Universidad Católica de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1978, p. 223).

⁶⁸ “El derecho, o lo justo, se determina en relación a otro. Ahora bien: el término ‘otro’, puede entenderse de dos modos: primero, lo que es otro en absoluto, o completamente distinto; como ocurre entre dos hombres, de los cuales ninguno está bajo el otro, sino que ambos están sometidos al mismo príncipe de la ciudad; y entre tales individuos, según enseña el Filósofo, en el

Vº de los Eticos, se da el derecho en sentido estricto.— En un segundo modo algo es llamado 'otro' no en absoluto, sino relativamente, como parte subsistente de otro ser; y en este sentido en las cosas humanas, el hijo es algo del padre, puesto que en cierto modo es algo de él, según enseña el Filósofo en el VIIIº de los Eticos, y el siervo es algo del señor, ya que es su instrumento, como se dice en el Iº de los Políticos. Por consiguiente, de padre a hijo no media la relación que de un ser a otro absolutamente distinto; y por eso no existe entre ellos el derecho en sentido absoluto, sino un justo relativo, esto es, el paterno, e igualmente ocurre entre el señor y el siervo, entre quienes media el derecho señorial”.

“La esposa, en cambio, aunque sea algo del marido, puesto que él se relaciona con ella como con su propio cuerpo, como se ve por el Apóstol, a los Efesios, 5, 28; sin embargo se distingue más del varón que el hijo del padre o el siervo del señor, pues se integra en cierta vida social propia del matrimonio; y por eso, como dice el filósofo, entre el varón y la mujer se realiza más la razón de lo justo que entre padre e hijo, o señor y siervo. Mas porque el varón y la mujer están inmediatamente ordenados a la sociedad doméstica, como se ve en el Iº de los Políticos, por eso, entre ellos no se da tampoco lo justo político en sentido absoluto, sino más bien lo justo doméstico”. (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, 2-2, q. 57, a. 4. Sobre la piedad, ver q. 101 de la 2-2). ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, lib. V, c. VI, 1134 b, ed. cit., p. 1233).

⁶⁹ HENRI et LEÓN MAZEAUD, JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, t. I, vol. III, *Les Personnes*, Editions Montchrestien, Paris, 1970, p. 451; tomado del artículo de HENRI MAZEAUD, *Una familia sin jefe* (Une famille sans chef), *Dalloz*, 1951, *Chronique*, p. 141).

“... ¿Es necesario ir más lejos, y poner a los esposos en un pie de igualdad, como hace, por ejemplo, el nuevo código polaco, que no emplea las palabras “marido y mujer”, sino la expresión “uno de los esposos”? Los Estados socialistas han querido, para desarrollar la autoridad del Estado, desorganizar la familia, especialmente haciendo intervenir a los tribunales para todo en las relaciones familiares”.

“Si se quiere luchar contra esta intervención creciente, e impedir que el individuo quede solo frente al Estado todopoderoso, es preciso organizar la familia sobre una autoridad sólida. Una familia sin jefe está llamada a la disgregación”. (*Op. y t. cit.*, p. 447, del artículo de Henri Mazeaud, citado antes).

También el teólogo Bernhard Häring ha subrayado la raíz socialista del feminismo: “El hombre y la mujer —dice— recibieron del Creador dones diversos. Por eso las pretensiones del feminismo, por lo general de inspiración socialista, si han de entenderse en el sentido de una igualdad perfecta entre el hombre y la mujer, deben condenarse, porque desconocen la esencia de la auténtica feminidad”. (*La ley de Cristo: La Teología Moral expuesta a sacerdotes y seglares*, Editorial Herder, 1963, Barcelona, t. II, p. 147).

⁷⁰ *Op. y t. cit.*, pp. 441 y 447.

⁷¹ MAZEAUD, HENRI, LEÓN et JEAN, *op. y t. cit.*, p. 450.

⁷² Sobre la evolución italiana anterior al estado actual, véase el opúsculo “La promoción de la mujer casada en la compilación aragonesa y en el derecho comparado”, de FRANCISCO PALÁ MEDIANO, en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, t. I, pp. 350-351.

⁷³ En cuanto a la intervención del juez en los problemas familiares, dice Vallet de Goytisolo que el derecho de familia ofrece al examen del jurista características diferentes de las demás ramas del derecho, "por el carácter religioso y ético de la mayoría de los preceptos, algunos sin posibilidad de sanción, o de tenerla, con una sanción atenuada, porque en la mayoría de los casos, mucho peor para la familia que la inhibición de los órganos jurisdiccionales, ante los daños que dentro de la familia se producen, resultaría la intromisión en ella de un tercero, aunque éste sea un juez". *Panorama del Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 2ª, ed. 1973, p. 241.

⁷⁴ Sobre este interesantísimo punto podemos citar los siguientes fallos:

a) Fallos que niegan el derecho a alimentos a la mujer en caso de abandono injustificado del hogar.

"Las pensiones alimenticias propiamente tales, que deben entregarse fuera del hogar, sólo pueden exigirse cuando existen razones fundadas que autorizan la ruptura de la vida común de los cónyuges. Por lo tanto, la mujer que voluntariamente, sin causa que lo justifique, abandona la casa, no tiene derecho a exigir de su marido que le proporcione alimentos fuera del hogar".

"No habiendo probado la mujer que haya sido abandonada por su marido, ni la negativa o resistencia de éste para recibirla en el hogar, ni menos que consideraciones de dignidad o decoro hagan incompatible su residencia en la sede del marido, no le asiste a la mujer que no hace vida común el derecho de exigir alimentos a su marido en forma de pensiones periódicas obligatorias".

"Por ser mutuas y recíprocas las obligaciones que contraen marido y mujer, si ésta se niega a vivir con él, rehúsa ayudarlo en los menesteres domésticos, mal puede reclamar su auxilio o exigirle pensiones alimenticias".

"El matrimonio es una institución de orden social, por lo que el cumplimiento de los deberes y obligaciones que impone, corresponde mantenerlo en toda su integridad, y se desvirtuarían sus fines, obligando a uno de los cónyuges a proporcionar auxilios o alimentos al que se niega a hacer vida de hogar sin motivo justificado". C. Suprema, 10-VI-1942, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 40, sec. 1ª, p. 46; 7-I-1944, *Rev. cit.*, t. 42, sec. 1ª, p. 15; C. de Talca, 27-IV-1944, *Rev. cit.*, t. 41, sec. 2ª, p. 33; C. Suprema, 31-VII-1944, *Rev. cit.*, t. 42, sec. 1ª, p. 220; C. de Valparaíso, 3-XII-1951, *Rev. cit.*, t. 48, sec. 2ª, p. 105 (*Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, Código Civil, t. I, 2ª ed., 1968, Editorial Jurídica de Chile, art. 134, Nos. 3 y 4, pp. 169-170).

b) —Fallos que otorgan a la mujer derecho a alimentos aunque haya abandonado el hogar común sin justa causa:

I. "La circunstancia de que la mujer por un acto voluntario suyo haya abandonado el hogar común y se resista a vivir con su marido, no puede eximir a éste de la obligación que gravita sobre él de suministrarle alimentos, y, únicamente puede autorizarlo para ejercitar las acciones que fueren procedentes a fin de compeler a la mujer al cumplimiento de las obligaciones que le señala el artículo 133 del Código Civil".

C. de Temuco, 4-IX-1934, *Gaceta de los Tribunales*, 1934, 2º sem., Nº 130, p. 521; C. de Santiago, 11-IX-1959, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 48, sec. 2ª, p. 74.

II. "Como principio general el artículo 321 concede el derecho de alimentos, salvo cuando una ley expresa lo deniegue; y no existe precepto alguno que prive a la mujer de derecho a alimentos, por el simple hecho de resistirse

a la vida común. Y si bien es verdad que el artículo 133 dispone que el marido tiene derecho para obligar a su mujer a vivir con él, no lo es menos que la excepción de contrato no cumplido, que gobierna las relaciones contractuales de carácter patrimonial, carece de aplicación en el derecho de familia. Por tanto, sería absurdo sostener que, como la mujer no ha cumplido con la obligación que le impone el artículo 133 y por lo que está en mora de vivir con su marido, éste, por su parte, no está en la obligación de proveerla de alimentos. Y sería hasta contrario a la dignidad humana suponer que se pudiera constreñir a una persona, por medio de la privación de lo que necesita para vivir, para obtener, así, el cumplimiento de una obligación que no conoce otra fuerza obligatoria fuera de la que pudiera nacer de los vínculos afectivos que el matrimonio supone".

C. Suprema, 26-VIII-1950, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 48, sec. 1ª, p. 479; C. Suprema, 9-VII-1952, misma revista, t. 49, sec. 1ª, p. 237 (Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil, t. I, ed. cit., art. 134, Nº 4, III, pp. 170-171).

III. "Cuando se demandan alimentos entre cónyuges y ante los tribunales de justicia, son necesariamente los alimentos reglados por el título XVIII del libro I del Código Civil y no por el título VI del mismo libro. Por lo tanto, y en el supuesto de que la demandante se encontrare fuera del hogar conyugal por hecho o culpa suyos, tal circunstancia no le veda el derecho de pedir alimentos; por el contrario, el artículo 321 del Código Civil se lo reconoce ampliamente. Este precepto, esencialmente normativo, no contiene otra limitación que la que señala su inciso final al prescribir que "no se deben alimentos a las personas aquí designadas, en los casos en que una ley expresa se los niegue"; y no existe otra ley que niegue expresamente los alimentos que el inciso final del artículo 324, que dispone que, "en el caso de injuria atroz, cesará enteramente la obligación de prestar alimentos", circunstancia que no se ha planteado en el caso *sub lite*. Por otra parte, si la mujer que haya dado causa al "divorcio perpetuo" tiene derecho "a que su marido la provea de lo que necesita para su modesta sustentación", según lo prescribe el artículo 175 del Código Civil, no se divisa qué motivo o fundamento podría invocarse para desechar la petición de alimentos que solicita una mujer, por encontrarse ésta fuera del hogar conyugal sin causa justificada".

C. de Chillán, 6-IV-1951, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 48, sec. 2ª, p. 25.

IV. "La mujer casada tiene derecho a alimentos aun cuando viva separada de su marido por haber abandonado el hogar común. Los preceptos de los artículos 102, 131 y 133 del Código Civil no se refieren al deber de proporcionarse alimentos que tienen entre sí los cónyuges, o sea, a la subsistencia material de ellos, sino a deberes puramente afectivos que nacen del matrimonio y que deben guiarlos en su convivencia. Estos deberes están reglados en el título VI del libro I del citado Código, en tanto que la obligación de prestar alimentos está regida por las disposiciones del título XVIII del libro I".

C. Suprema, 4-VIII-1955, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 52, sec. 1ª, p. 221.

Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Código Civil, t. I, ed. cit., art. 321, Nº 5; Nº 8, III.

⁷⁵ Este proceso ha sido observado por el autor de las presentes páginas en numerosas ocasiones, en su práctica profesional de abogado.

⁷⁶ Programa de Comisiones de Estudio y Reforma de los Códigos y Leyes Fundamentales de la Nación, Proyecto de Modificación al Código Civil, Plena Capacidad de la Mujer casada, República de Chile, Ministerio de Justicia, 1979, impreso en los Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile, Santiago, p. 9.

⁷⁷ Para ilustrar este acápite relativo al trabajo de la mujer, es útil reproducir un pasaje de Messner, en que explica dicho autor que precisamente la consideración del hombre como capital laboral o fuerza de trabajo es la clave para comprender el movimiento feminista:

“... Los principios que llevamos expuestos ponen de manifiesto el fallo en que incurren todos los programas y movimientos que aspiran a una absoluta equiparación de hombre y mujer: miden a la mujer a través del varón, mientras que, en realidad, ni el hombre ni la mujer pueden ser medida uno del otro. Los dos tienen sus especiales disposiciones y funciones y, por consiguiente, su especial valoración tiene que depender de éstas. El concepto de igualdad del individualismo mecanicista, así como la dominante valoración del hombre como “fuerza de trabajo”, dentro del capitalismo, han influido esencialmente en la evolución de la idea de igualdad sin distinciones del hombre y la mujer, que en muchos casos está en la base del moderno movimiento feminista, incluidos los movimientos de los sufragistas y el de la emancipación de la mujer. El socialismo, tanto el liberal como el marxista, siguen la misma idea y la acentúan aún más por su pretensión de liberar a la mujer de su “sujeción al parto”. La constitución de la Unión Soviética expone en su artículo 122: “En la U.R.S.S., se reconocen a la mujer los mismos derechos que al hombre en todos los campos de la vida económica, estatal, cultural, social y política”. (*Op. cit.*, p. 640).

⁷⁸ De paso, cabe advertir que la “profesión, oficio o industria” no han de ser separados del marido, como dice el proyecto, sino de la actividad del marido, es decir, de la “profesión, oficio o industria” del marido. Por tanto, la expresión gramaticalmente correcta sería “separados de los de su marido”, tal como dice ahora el inciso tercero del artículo 150.

⁷⁹ En concordancia con esta norma, el artículo 276 dispone: “Las obligaciones de los hijos legítimos para con sus padres expresadas en los artículos 219 y 220, se extienden al hijo natural con respecto a su padre o madre natural, y, si ambos tienen esta calidad y viven, estarán especialmente sometidos al padre”.

⁸⁰ Ed. cit. en nota 76, p. 9.

⁸¹ “En concordancia con el principio de igualdad jurídica entre el hombre y la mujer consagrado en las actuales normas constitucionales, se pone término a la representación por el marido de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal (art. 132); se consagra el derecho de ambos cónyuges a vivir en el hogar común, salvo que asistan razones graves para no hacerlo (art. 133); se amplían las causales de separación judicial de bienes (art. 155); se sujeta a ambos cónyuges a la obligación alimenticia y a la de contribuir, según sus facultades, al mantenimiento del hogar común en un nivel adecuado a su posición social (art. 134); el derecho y el deber de dirigir la educación del hijo se establece en relación al padre y a la madre (art. 235)”. (Ed. cit., p. 9).

⁸² Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile, Santiago, sesión 95, pp. 5 y 6.

⁸³ Sesión 95, p. 7.

- ⁸⁴ Sesión cit., p. 7.
- ⁸⁵ Sesión, cit., p. 7.
- ⁸⁶ Sesión 95, p. 8.
- ⁸⁷ Sesión 95, p. 10.
- ⁸⁸ Sesión 95, p. 10.
- ⁸⁹ Sesión 95, pp. 10-11.
- ⁹⁰ Sesión 95, p. 11.
- ⁹¹ Sesión 95, p. 15.
- ⁹² Sesión 95, p. 18.
- ⁹³ Sesión 95, p. 18.
- ⁹⁴ Sesión 95, p. 19.
- ⁹⁵ Sesión 95, p. 20.
- ⁹⁶ Sesión 95, pp. 21 y 22.
- ⁹⁷ Sesión 95, p. 26.
- ⁹⁸ Sesión 105, pp. 22 y 23.
- ⁹⁹ Sesión 105, p. 23.
- ¹⁰⁰ Sesión 105, p. 24.
- ¹⁰¹ Sesión 105, p. 26.
- ¹⁰² Sesión 105, pp. 27-28.
- ¹⁰³ Anteproyecto Constitucional y sus Fundamentos. Informe de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 89 y 90: