

EL CUIDADO DE LA FAMILIA POR EL ESTADO Y LA PROCURACIÓN DEL BIEN COMÚN EN NUESTROS PAÍSES

MARIANO BRITO

Profesor de Derecho Administrativo
Facultad de Derecho - Universidad de la República
Oriental del Uruguay/Montevideo

I. REFLEXIONES PRELIMINARES

1. *Precisión terminológica*

“Cuidado”: actitud –aplicación de los afanes humanos para atender, velar, vigilar o asistir, hallando que está en juego la “solicitud y atención para hacer bien alguna cosa”.

2. Establecida la acepción y sinónimo del vocablo “cuidado”, lo aplicaremos a un ámbito de los quehaceres del Estado: la familia, cuyo marco ordenador reclama atender al ser de ese peculiar objeto y, en él, también a las relaciones interindividuales y sociales que conlleva.

3. Sólo conocida qué cosa sea la familia, puede esperarse una conducta estatal consecuente.

4. Cuando se conoce que la familia es un bien jurídico y moral cuya atención, vela, vigilancia o asistencia compete al Estado, se podrá avanzar ahuyentando el riesgo de penetraciones indebidas o sustituciones improcedentes en las misiones que a ella correspondan.

Aquí se impone un aserto básico: la familia no encuentra su fundamento en la conducta protectora del Estado; menos aún, su origen y fin último, aunque sí concurre al bien común y, por participación, lo integra, pudiendo, asimismo, favorecerlo o perturbarlo, según su realidad y maneras de hacerse presente en él.

También de la familia, por su participación en aquel bien, puede afirmarse que contribuye a la finalidad común y coopera en la voluntad de obrar¹.

¹Carlos Cardona, *La metafísica del bien común*, Madrid. 1966. 20.

5. Tal vez, nunca antes como ahora, puede advertirse una conciencia tan aguda de la importancia de la familia, así como no sin razón de los derechos humanos. Solemnes actos, pactos y convenios internacionales, declaraciones de derechos y textos constitucionales confirman lo dicho.

También se constata una paradoja: *la familia y los derechos humanos son víctimas* de constantes y graves violaciones. Se ven signos tan expresivos como "... el descenso de las tasas de matrimonios contraídos y de la natalidad, los incrementos de la contra concepción, del aborto clandestino y legalizado, de las rupturas matrimoniales de hecho y de derecho, del número de niños abandonados y maltratados, del suicidio infantil y juvenil, de la tasa de psicopatías de los niños y los adolescentes de etiología familiar, de la delincuencia, drogadicción y alcoholismo juvenil, del índice de delitos sexuales, de la tasa de envejecimiento de la población, de las soluciones extra familiares para la atención de la infancia o de la tercera edad, del auge de la eutanasia, etc."².

Es posible hallar signos expresivos de la crisis que afecta a la familia contemporánea. Así, del 29 de noviembre al 3 de diciembre de 1993 se realizó en Malta el Foro Mundial de Organismos No Gubernamentales, dando comienzo a las primeras actividades del Año Internacional de la Familia y "...durante los días que duraron los trabajos nadie tuvo la menor intención de aportar una definición clara del término *familia*".

"Incluso algunos grupos insistieron en la necesidad de dejar este concepto abierto, etéreo, con el fin de que en él pueda caber cualquier relación de afecto –que no de amor– que se dé en alguna pareja con tal que habiten bajo un mismo techo".

"Es más, casi al finalizar el congreso, se propuso firmar una carta y enviarla a la ONU para que en su próxima sesión ordinaria se considerara que era mejor no definir el concepto *familia* para que imperase el espíritu democrático sobre la estrechez de miras de una definición"³.

6. Si la familia ha de ser objeto de cuidado del Estado, se impone acotar muy claramente los términos de referencia intelectual. No es, sin duda, la menor de las cautelas a tomar. Es que se comprueba una penetración frecuente del poder estatal en esta zona de la vida social, respondiendo a veces a necesidades y reclamos de misiones operativas en orden al bien cuidado.

²Pedro-Juan Viladrich, *Agonía del matrimonio legal*. Pamplona. 1984, 18.

³*Familia y Educación*, publicación de Fomento de Instituciones Educativas, A.C., México. Febrero 1994, Volumen 1 Ejemplar 1, 2.

Pero también es de recordar que "... allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede. Rara vez, por no decir nunca, ha ejercido el hombre un poder ilimitado con moderación y comedimiento".

"El poder encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración. Esto quiere decir que cuando no está limitado el poder se transforma en tiranía y en arbitrario despotismo. De ahí que el poder sin control adquiere un acento moral negativo que revela lo demoníaco en el elemento del poder y lo patológico en el proceso del poder"⁴.

De esa penetración abusiva del poder estatal habla la pretensión sustituyente del campo natural de la familia.

Algún texto constitucional contemporáneo, luego de afirmar rotundamente que "El Estado protege el matrimonio, la familia, la maternidad y la infancia", agrega, con igual énfasis apodíctico:

"Tanto el marido como la esposa tienen el deber de practicar la planificación familiar"⁵. A ello siguen las sanciones por violación de las decisiones de autoridad limitadoras del número de hijos del matrimonio.

Menos estridente, pero singularmente graves, se desenvuelven políticas de planificación familiar "generosamente" impulsadas desde algunos países industrializados de Europa y América, cuyas destinatarias son las familias latinoamericanas, para contener su expansión demográfica, así como políticas abortistas y se verifica laxitud (políticas "light") ante la expansión de las nuevas tecnologías biogenéticas.

7. Esas políticas estatales se adoptan desconociendo unos a priori que no deberían estar ausentes. No se trata de exclusiva cuestión de ignorancia; no obstante, urge la ilustración de las conciencias "por todos los medios racionales posibles y con tanto mayor interés cuanto más importante sea el objeto"⁶.

8. La cuestión –sin hesitación posible– pertenece al orden de la verdad y frente a ésta sólo cabe una actitud: una vez conocida, el compromiso, asumiéndola para vivirla y defenderla.

⁴Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*. (2ª edic.) 1976, 28.

⁵*Constituciones de la República Popular China* (en vigor desde el 4/12/1982) art. 49 incs. 1 y 2.

⁶Régis Jolivet, *Tratado de Filosofía Moral*. Buenos Aires, 1966, 157.

9. La reflexión sobre el cuidado de la familia por el Estado y la promoción del bien común en nuestros países, debe realizarse a la luz de aquellos primeros criterios de verdad –primeros principios que deben fundar el conocimiento cierto y verdadero, normándonos de las cosas a partir de su ser y caracteres.

II. DE LOS CRITERIOS DE VERDAD SOBRE LA FAMILIA Y CUIDADO DE ELLA POR EL ESTADO, LA PROMOCIÓN DEL BIEN COMÚN EN NUESTROS PAÍSES

1. Según el principio clásico, la familia, “est principium et fundamentum societatis” o conforme al texto constitucional uruguayo:

“La familia es la base de nuestra sociedad” (art. 40 Constitución de 1967)⁷.

Si tal es la familia, podrá afirmarse –sin hipérbole– que la causa de la familia es una causa de la humanidad.

2. El bien común resulta comprometido en su ser mismo; con lo cual la familia es parte de aquel que en palabras de Sócrates, en el diálogo platónico, “es el objeto de todas nuestras acciones”⁸.

3. Pero la familia –fundamento de nuestra sociedad– no navega sola en el contexto social y en la sociedad política para la operación de su cuidado por el Estado. Es parte –en estrecha trabazón– en un sistema en el que anida una concepción antropológica, destacándose otros principios en estrechísima armonía intelectual. El uno y los otros responden al orden de la verdad, de lo que es, comprometiendo igualmente.

La ausencia de esa visión compleja y completa o las fisuras en su unidad, “conducen inevitablemente al enfrentamiento de familia y Estado en términos de tensiones y conflictos consecuentes. En el mejor de los casos, el dualismo expresado se da en similares condiciones cuando sólo se procuran frutos de equilibrios meramente fácticos, de aproximación exclusivamente pragmática” que también confluyen en conductas de contravención de lo que la familia es por naturaleza. Ello es frecuente en aquéllas.

⁷En igual sentido, véase, entre otros, art. 1º de la *Constitución de Guatemala* de 1985 y arts., 51 y 52 de la *Constitución de Costa Rica* de 1949.

⁸Platón, *Gorgias o de la retórica*, ed. Austral (16ª ed.). Buenos Aires. 1970, 206.

4. La familia debe ser vista a la luz de sus raíces naturales; en ellas y desde ellas se conocerá la presencia ineludible del matrimonio, cuya raíz, a su vez, se halla en la naturaleza personal del hombre (varón y mujer)⁹.

5. Se apunta aquí una definición, sin duda piedra de toque para el hallazgo de la misión de cuidado a cargo del Estado; “la pérdida de la identidad del ser personal del hombre (en sus masculinidad y feminidad), es la causa radical de la pérdida de la identidad del matrimonio y ésta, a su vez, es la razón principal de la pérdida de identidad de la familia, como célula natural y básica de toda sociedad auténticamente humana”¹⁰. Por esto, el cuidado de la familia por el Estado reclama la precisión de la regla de derecho, definiendo su objeto y las correspondientes políticas del Estado, de estímulo y protectoras.

6. Ese ser personal del hombre –masculinidad y feminidad que se realiza en el matrimonio– se abre a la transmisión de la vida. Al Estado compete obrar su misión para asegurar a la persona humana el derecho a ser protegido en el goce de ese bien primario (la vida), asiento de todas sus perfecciones actuales y potenciales.

Por esto interesa vitalmente que el régimen jurídico precise desde cuándo se es persona, definiendo qué cosa sea el embrión humano.

Ante las elaboraciones científicas contemporáneas, será necesario tener presente aquí que “...lo relativo a la biotecnología humana tiene una particularidad y es su especialísima carga ética. Ella supone volver a enfrentar el tópico de las relaciones entre Moral y Derecho”¹¹.

La respuesta adecuada –en los confines de la verdad– condicionará la conducta del Estado cara a la familia y su calificación, porque también allí el obrar sigue al ser.

7. La Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 1969, por su artículo 12 dispone que “A los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano” y su artículo 4.1. dice: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está

⁹Viladrich, *cit.* 21.

¹⁰*Idem.*, 21.

¹¹Pedro Montano, *La responsabilidad de médicos y científicos ante las nuevas tecnologías biogénéticas*. Montevideo. 1993. Clase dictada en el curso de Graduados. Derecho Administrativo. Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay.

protegido por la ley y, *en general, a partir del momento, la concepción*. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

El artículo 5.1. determina: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

En igual sentido, la reciente Convención sobre los Derechos del Niño, de 6 de diciembre de 1989 en su Preámbulo, inciso 9, dispone que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

8. La familia revela, por su ser y misiones, el derecho al cuidado estatal y la operación de éste para asegurar su participación en el bien común así como su concurrencia a él.

Matrimonio, vida y persona humana –bienes jurídicos y morales que en la familia se dan– reclaman una doble postura y actitud del derecho estatal regulador y de las políticas estatales respectivas.

A) Por un lado, la postura propia *de la abstención debida u obligaciones de no hacer*.

Al respecto, procede establecer las precisiones siguientes:

a) El Estado se cuidará de operar, habilitar o facilitar los mecanismos de interrupción de la gravidez (aborto), de esterilización y de concepción o contra concepción al margen del orden natural; también de subterfugios desconocedores de las diferencias radicales entre planificación familiar orientada desde el poder y paternidad responsable radicada en el fuero del matrimonio. Todo esto porque no es suyo, del Estado, el orden de la transmisión de la vida o la aptitud para ello, así como la vida misma. Aquí, con singular vigor, ha de subrayarse la naturaleza instrumental del Estado; él sólo es –en el punto– “cometido” (tarea) para servir a los fines propios de la familia.

b) Los extremos citados sólo pertenecen al fuero personal del hombre (varón y mujer) en quienes radica la aptitud generadora de la vida. Está en juego, pues, la dignidad del hombre y el orden de sus perfecciones; la intimidad y la vida privada, cuya inviolabilidad reconocen los textos constitucionales americanos y los pactos internacionales respectivos.

Baste aquí destacar el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, según la cual, “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia...”, y “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Ya un el artículo 16.3, definiendo el principio, piedra sillar del sistema, estatuye:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

c) Tampoco puede ser de recibo la injerencia de la ley con sus prescripciones, de la Administración estatal con actuaciones prestadoras de servicios o de la justicia con sus sentencias protectoras de conductas que invocando la voluntad general o un consenso colectivo o aun el requerimiento personal, obran al margen de aquel “elemento natural” que la familia es. Si así fuera, el Estado se sustituiría al fuero personal del hombre –varón y mujer– incurriendo en injerencia arbitraria en su vida privada y familiar (art. 12 de la Declaración Universal ya citada), o habilitaría una conducta al margen del orden natural, cuya disposición no le pertenece ni compete.

d) Nuevamente, se llega a la zona del encuentro de Justicia y Derecho. En la problemática en examen este encuentro constituye el cimiento hacedero de toda la elaboración conceptual que siga en torno a las relaciones hombre-familia-Estado.

Es necesario aquí rescatar y repetir una y otra vez que el derecho del Estado no ha de ser mero producto positivo, alentado por las variables históricas y coyunturales o fruto exclusivo de ellas, sino que debe responder, antes y más allá de éstas, a unos asentamientos más sólidos y constantes radicados en la justicia.

¿Puede acaso el derecho –instrumento regulador de los comportamientos humanos– desenvolverse al margen de los fundamentos de la justicia, que como reclamo constante se plantea a la conciencia del hombre y a su obrar; puede alinearse él en la prescindencia de las distinciones morales, de la cuestión de los límites del bien y del mal o, antes bien, ha de ser –como quiso Celso– “ars boni et aequi”; ha de ignorar la realidad de la razón y del deber o, por el contrario, respondiendo al pensamiento clásico, será prescripción racional ordenada al orden justo?

El rechazo de esta verdad que es un producto de la realidad, de las dimensiones ontológicas del hombre y de la familia y de las axiológicas que se derivan, supone despojar al derecho estatal de su entraña más propia, en la referencia a los fines, porque, siendo instrumento regulador de la convivencia entre los hombres, le conviene –como al hombre mismo– la nota de lo justo, verdadero y bueno.

e) El derecho –orden que postula la justicia– no podrá resolverse, pues, en una injerencia sustituyente de la familia en sus misiones naturales sin lesionar la dignidad humana, de allí que debe abstenerse al respecto.

Tampoco podrá, en actitud puramente pragmática, estar al socaire de la opinión general, “ya que el derecho no lo establece la opinión, sino la justicia”¹².

También aquí se verifica que “No existe, pues, más que un solo derecho al que está sujeta la sociedad humana, establecido por una ley única: esta ley es la recta razón en cuanto ella manda o prohíbe, ley que escrita o no, quien la ignore es injusto”¹³.

Y, por cuanto el derecho es ordenador de conductas “vida vivida”¹⁴, debe regular también la conducta estatal de abstención en orden a la familia, sabiendo que –en los términos expuestos– “en el reino del derecho, el deber ser tiene un nombre apropiado y se llama justicia”¹⁵.

En esa línea de actuación estatal deben mencionarse aquellas prescripciones constitucionales que operan el reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar y la libertad de conciencia, con una afirmación radical: los bienes indicados son ajenos al derecho positivo en cuanto objeto originario, propio; sólo puede ocuparse de ellos para su tutela. Para el *non plus ultra* de su acción se opone la radical pertenencia de ellos al fuero de la dignidad humana. ¡Cuán expresiva resulta ser la regla constitucional por la cual se reconoce “El hogar es un lugar sagrado inviolable” (Constitución uruguaya, art. 11).

Con el afinamiento de su acción dentro de los confines reseñados, el Estado atenderá debidamente a la promoción del bien común, porque éste, si bien no es la mera suma de los bienes particulares, ni tiene identidad de ser y objeto con el bien particular, “no excluye a éste de la misma manera que el todo tampoco excluye a la parte”¹⁶.

B) Por otro lado, el Estado debe asumir la postura positiva, mediante *obligaciones de hacer o de dar en orden al cuidado de la familia y la promoción del bien común*.

Está en juego el *fundamentum societatis*; el Estado no puede, entonces, desconocer las misiones a él imperadas. Al respecto, la suya, es una situación de poder-deber.

a) Esas medidas positivas –como las de abstención a su turno–

¹²M. Cicerón, *Tratado de las leyes*. Anaconda. Buenos Aires. 1946, t. 2, 663.

¹³*Idem.*, 668.

¹⁴Giuseppe Graneris, *Contribución tomista a la filosofía del derecho* (2ª ed.). Eudeba. Buenos Aires. 1977, 4.

¹⁵*Idem.* 7.

¹⁶Antonio Millan Puelles, *Sobre el hombre y la sociedad*, 122.

emergen de la adecuación al derecho natural, según el orden de los bienes comprometidos y las misiones de la familia y del Estado.

b) El ordenamiento jurídico positivo es harto elocuente al respecto.

El artículo 17.1 del Pacto de San José de Costa Rica afirma el principio por el cual “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado”.

El jurista y ex canciller de Uruguay, Dr. Héctor Gros Espiell, comentando esta norma, advertía que ella “se refiere a la familia legítima, fundada en el matrimonio, sin perjuicio de la protección de los hijos naturales, que resulta del último párrafo del artículo 17. Todos los restantes párrafos –el 2, el 3 y el 4– que son la consecuencia del 1., se refieren al matrimonio y a los cónyuges, lo que confirma que es a la familia legítima que se aplica el párrafo 1”¹⁷.

Al respecto, una norma fundamental de la Constitución uruguaya (art. 40) pone a cargo del Estado velar por el fomento social de la familia, “...lo que implica que toda la estructura jurídica estatal (legislación, administración, jurisdicción) dirigirá sus esfuerzos a bregar por este fomento social, por medio de leyes, actos administrativos, decisiones jurisdiccionales y actos materiales de ejecución”¹⁸.

Este régimen postula “...el fomento social de la familia legítima, fundada sobre el matrimonio, tal como la organiza la ley civil, recogiendo las ideas y las costumbres de la civilización cristiana occidental”¹⁹.

“Sin perjuicio de la familia legítima, definida sobre la base conceptual señalada –fundada sobre el matrimonio– la Constitución uruguaya, por su artículo 41, prevé el derecho a la asistencia estatal para “Quienes tengan a su cargo numerosa prole...”.

“En resumen, el criterio constitucional consiste en que el Estado fomenta socialmente la familia legítima, pero sin olvidar la situación resultante de las uniones irregulares, por lo cual si bien éstas no pueden ser naturalmente fomentadas, deben establecerse previsiones para ayudar y proteger a los hijos naturales y a la madre, cualquiera sea su condición y estado”²⁰.

¹⁷Héctor Gros Espiell, *El derecho de familia en la Convención Americana sobre derechos humanos*, en Revista Uruguaya de Derecho de Familia (Montevideo), 1989, N° 4, 69.

¹⁸Héctor Gros Espiell, *Principios constitucionales en la protección del niño y la familia*, en Revista Uruguaya de Derecho de Familia (Montevideo), 1989, N° 4, 69.

¹⁹*Ibidem*.

²⁰*Ibidem*.

c) En términos contundentes debe hacerse oír la voz de quienes se ocupan de estas cuestiones, porque asiste a la familia –fundada sobre el matrimonio– el derecho al reclamo de lo suyo, lo justo debido.

d) En el terreno de las conductas operativas –especialmente las prestaciones– corresponde al Estado la actividad subsidiaria y aun supletoria, en las hipótesis de insuficiencia, imposibilidad u omisión de las conductas a cargo de los gestores y responsables naturales de la familia, así como el apoyo, mediante las oportunas asistencias y asignaciones de recursos detraídos del producto social mediante los tributos. Ello facilitará a las familias el acceso al más perfecto cumplimiento de sus misiones y ejercicio de sus derechos (entre otros, a la educación de los hijos, con la elección de instituciones y maestros).

e) Por idénticos fundamentos, el Estado debe concurrir a asegurar el derecho de todas las personas a elegir libremente su estado de vida y, por lo tanto, a contraer matrimonio. Tras ello seguirán aquellas políticas de Estado; medidas legislativas y decisiones administrativas consecuentes que favorezcan las condiciones morales, sociales y económicas que permitan el derecho a contraer matrimonio (V, art. 1 de la Carta de los Derechos de la Familia).

f) “La sociedad, y de modo particular el Estado y las Organizaciones Internacionales, deben proteger la familia con medidas de carácter político, económico, social y jurídico, que contribuyan a consolidar la unidad y la estabilidad de la familia para que pueda cumplir su función específica” (V. Preámbulo de la Carta de los Derechos de la Familia, lit. 1 y art. 9).

III. CONCLUSIONES

1. Revelado el ser de la familia como organismo natural, cuyas misiones le vienen establecidas por la adecuación a sus referencias ontológicas, al Estado corresponde obrar para su cuidado.

Lejos estará así el Estado de aquel “afectado agnosticismo”, que “algunas veces lo conduce a gloriarse maliciosamente de la propia ignorancia, en nombre de la cual fue tirano y pisoteó los derechos más sagrados del hombre justamente cuando se gloriaba de saber todo y poder todo”²¹.

2. La acción estatal deberá ser la propia de quien –mediante su

²¹G. Graneris, *cit.*, 170.

régimen jurídico y políticas consecuentes— concurrirá a preservar el ámbito natural de la familia: dimensión personal (varón y mujer, unidos en el matrimonio); reclamo de la indisolubilidad de éste por el fundamento personal apuntado (la transmisión y cuidado de la vida y educación de los hijos en su seno) y concurrencia de la familia al bien común por su ser parte y partícipe del mismo.

3. Ante la crisis que afecta el “*principium et fundamentum societatis*”, no puede concluirse sin un reclamo inequívoco de conductas y políticas estatales precisas, claras y concretas en el doble orden de las abstenciones lesivas de la dignidad (naturaleza) de la familia y de actuaciones positivas, protectoras, de apoyo y de estímulo.

4. Para la operación estatal acotada será necesario el abandono de aquello que, parafraseando a Carnelutti, podríamos llamar “especie de agnosticismo ético”²², abjurando de él porque frecuentemente lleva al Estado, también en el área americana, a asumir una conducta prescindente, no comprometida cuando están en juego la esencia y valores de la familia. En lugar de eso, debe indicarse —sin vacilación— la ineludible y urgente actuación estatal consecuente con el haz de derechos de que está investida la familia.

En este orden el Estado —gestor del bien común— está al servicio de la familia, porque su preeminencia no se afirma sobre ella sino sólo en cuanto ella se mueva en el plano de la específica competencia estatal.

En cambio, en cuanto hace a los fines propios de la familia como organismo natural, no puede exonerarse el Estado del deber de subordinación.

²²Francisco Carnelutti, *Metodología del Derecho*. México 1962, 12.