

La familia entre lo privado y lo público

Mirta Hebe MANGIONE MURO¹⁾

Sumario

Introducción. Lo público y lo privado. Lo público y lo privado en la familia. ¿Es necesaria la intervención estatal? La familia igualitaria y la no intervención del Estado. Conclusión.

Resumen

La mayoría de la gente está de acuerdo en que a veces es necesaria la intervención del Estado en la privacidad de la familia. Ya no se cree que las doctrinas sobre la privacidad de ésta justifiquen la desatención de la sociedad a las esposas golpeadas o a la niñez abusada. Aun así, la sociedad sigue utilizando el ideal de la

familia privada para orientar sus políticas hacia ella. Por lo tanto, parece importante examinar el concepto de intervención del Estado en este ámbito. En este ensayo se argumenta que la familia privada es un ideal incoherente y que la retórica del no intervencionismo causa más daño que bien.

¹⁾ Profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral.

Introducción

Matrimonios que terminan en separaciones y divorcios; hogares encabezados por jefas mujeres; hogares monoparentales de mujeres con hijos/as que alguna vez tuvieron un cónyuge y hoy no lo tienen por separación o divorcio, o de mujeres con hijos voluntaria o involuntariamente concebidos y nunca casadas o unidas; hogares “ensamblados” o “escalonados” en los que conviven los/as hijos/as de los unos, las otras y de ambos; parejas que eligieron no tener hijos; mujeres solteras que, en cambio, eligieron tenerlos y criarlos ellas solas; hogares formados por parejas homosexuales o por parejas heterosexuales que adoptaron uno o dos hijos/as todas estas son formas familiares que se han acrecentado en el mundo en las últimas décadas.

¿La familia está en crisis?, ¿la familia desaparece? o ¿la familia se transforma?

Thomas Mann en los primeros años del siglo XX trata de la “decadencia de una familia”, metáfora que ilustra la decadencia de la institución familiar al menos en la forma en que se presentaba en el siglo XIX. Por lo tanto, el problema no es nuevo sino que ha atravesado todo un siglo.

Partiendo de estas observaciones, ¿cómo explicar la posición singular de la familia en las sociedades occidentales? Posición neurálgica, a juzgar por la continua interrogación de la que son objeto sus más mínimas metamorfosis. Escrutarse a intervalos regulares el rostro de la familia para descifrar nuestro destino; entrever con su muerte la inminencia de un retorno a la barbarie, el relajamiento de nuestras razones de vivir; o bien, confirmar el espectáculo de su inagotable capacidad de supervivencia, se ha convertido en un ritual esencial de nuestras sociedades.

Lejos de la racionalidad inmediata de los discursos políticos, la familia constituiría el otro polo de nuestras sociedades, su vertiente oscura, esa figura enigmática sobre la que se inclinan los oráculos para leer, en las profundidades en las que se mueven las inflexiones de nuestro inconsciente colectivo, el mensaje cifrado de nuestra civilización. Posición cardinal, pues, bien distinta de la que tenía en las sociedades del Antiguo Régimen en las que era jurídicamente más poderosa pero en las que, al mismo tiempo, estaba sumergida en vastas entidades orgánicas; bien distinta, también, del papel insignificante al que la reducen las sociedades comunistas hasta el punto de aparecer como una figura correlativa de la democracia parlamentaria.

Entre la extrema disparidad de las visiones que uno puede hacerse de la familia y el singular valor social que se le atribuye, ¿qué vínculos o qué relaciones existen? ¿cómo se pasa de lo uno a lo otro?, y, en principio, ¿de qué medios disponemos para intentar esta operación?

En primer lugar tenemos la historia política en su versión clásica: la historia de los acontecimientos, de las organizaciones, de las ideas. Durante el siglo XIX la historiografía política pudo distribuir los campos en función de sus concepciones de la familia. Esta constituía una línea de división muy clara entre los defensores del orden establecido y sus detractores, entre el campo capitalista y el campo socialista, salvo algunas excepciones entre las cuales la más notoria era la del proudhonismo.

¿Quiénes defendían la familia? Fundamentalmente los conservadores, partidarios de la restauración de un orden establecido que girase en torno a ella, de un retorno al Antiguo Régimen idealizado; pero también los liberales, que veían en ella el garante de la propiedad privada, de la ética burguesa de la acumulación y también de una barrera contra las intervenciones del Estado.

Los que atacan la familia, socialistas utópicos o científicos, lo hacen en contra de esas mismas funciones que le atribuyen las clases dominantes. Su desaparición está prevista en el horizonte del socialismo y su parcial disgregación, sus crisis, son consideradas como otros tantos signos anunciadores. Sin embargo, a principios del siglo XX esta clara disposición de los contrincantes se nubla rápidamente. Por supuesto, la familia burguesa sigue siendo denunciada por su hipocresía y su egocentrismo pero su destrucción ya no está a la orden del día más que para las minorías anarquistas. Al contrario, en las organizaciones de masas la familia se convierte en el límite ante el que se detienen las críticas, en el punto de apoyo a partir del que se lanzan las reivindicaciones para la defensa y mejora del nivel de vida.

En este punto interviene la historia de las mentalidades. Rompiendo con esta lectura política muestra la existencia de un régimen de transformación propio a los sentimientos, a las costumbres, a la organización de la cotidianidad. El sentimiento moderno de la familia habría surgido en las capas burguesas y nobles del Antiguo Régimen, difundándose después en círculos concéntricos a todas las clases sociales y al proletariado a finales del siglo XIX.

Siguiendo las dos formas de historia el problema de la familia se mantiene intacto. Una se agota al definirla por la unilateralidad de una función de reproducción del orden establecido, de su determinación estrechamente política. La otra al dotarla de un ser propio pero a costa de reducirla a la unicidad de un modelo cuyas variantes no están más que remotamente relacionadas con la evolución económica de las sociedades⁽¹⁾.

Existe otra forma de analizar la familia y es a partir de una historia de la superficie social, mediante la identificación de líneas de transformación lo suficientemente finas como para dar cuenta de las singularidades según las cuales se distribuyen los papeles familiares en los diferentes casos de figuras destacadas.

Desde este enfoque veremos cómo la familia se esfuma en provecho de lo social, del que es a la vez reina y prisionera; cómo el conjunto de prácticas de transformación de la familia son también las que establecen las formas de integración moderna y así, la famosa crisis de la familia debida a su liberación aparecerá, entonces, no tanto como algo intrínsecamente contrario al orden social actual sino como una condición de posibilidad de su emergencia. Ni destruida ni piadosamente conservada, la familia es una instancia en la que la heterogeneidad de las exigencias sociales puede ser reducida o funcionalizada, estableciendo una práctica que ponga en flotación las normas sociales y los valores familiares, y que cree, al mismo tiempo, una circularidad funcional entre lo social y lo económico⁽²⁾.

Hechas estas aclaraciones pasaremos a estudiar el tema que nos convoca: lo público y lo privado en el derecho de familia, o, como decimos, si debe o no debe intervenir el Estado en la familia.

Lo público y lo privado

Comenzaremos por diferenciar los diversos sentidos entre espacios privados y mundo público. ¿Qué es lo público y qué lo privado? ¿Por qué es pertinente hablar de lo público y de lo privado en el ámbito de la familia?

Porque, en la tradición occidental de la filosofía política, la diferencia entre lo público y lo privado es equiparado con el mundo político de los hombres, y con el mundo doméstico y privado de las mujeres, respectivamente. Esta diferenciación parte de una nítida separación entre normas públicas y valores privados, entre las necesidades privadas y los intereses y bienes públicos, entre los principios públicos de la justicia y las opciones privadas de estilos de vida. El movimiento de las mujeres y las teorías feministas son las que desafían estas distinciones en el discurso político y moral.

El análisis de lo privado presenta tres direcciones diferentes⁽³⁾:

* A partir de la modernidad los principios que guían nuestras vidas no pueden ser resueltos de manera racional sino que, de acuerdo con sus creencias y conciencias, cada uno los debe resolver, aunque hay organizaciones que imponen como mandato divino, formas y normas que "gobiernan la vida privada";

* Una segunda línea tiene que ver con los derechos privados ligados a las libertades económicas. En este sentido, la esfera privada se refiere a la libertad de comercio y a la no intervención estatal en los mercados de bienes y de trabajo.

⁽¹⁾ Donzelot, J.: *La policía de las familias*. (José Vázquez y Umbelina Larraceleta trad.) Pre-textos, Valencia, 1979, pág. 10.

⁽²⁾ *Ibidem*, pág. 11.

⁽³⁾ En este punto seguimos a Jelin, E.: *Pan y afectos. La transformación de las familias*. Fondo de Cultura Económica, Brasil, 2000, págs. 105 y 106.

* En tercer lugar, privacidad y derechos privados hacen referencia a la esfera íntima, familiar y doméstica. En su origen la familia burguesa estaba cruzada por la tensión entre la autoridad patriarcal y las concepciones de igualdad en el mundo político público. Los temas de las relaciones de poder en la esfera íntima eran "temas privados", fuera del alcance de la discusión sobre principios de justicia. El movimiento de mujeres transforma estos asuntos privados de la buena vida en asuntos públicos referidos a principios de justicia, equidad e igualdad. En este proceso, la línea que divide lo público de lo privado comienza a ser renegociada.

La crítica feminista a la distinción público/privado ha sido usada con distintas significaciones. Una, y quizás la más generalizada, ha sido la oposición entre lo público como el lugar del poder de los hombres, y lo privado como el lugar de lo trivial en que se ubica a las mujeres. También ha sido utilizada para demostrar la desigualdad derivada de la asignación de lo público a los hombres y lo privado a las mujeres, o bien para marcar que el hecho de ubicar a las mujeres en lo privado ha permitido sustraerlas de lo público, en el sentido de la protección legal de sus derechos.

La distinción público/privado y los modos en que el liberalismo mantiene la frontera entre ambas esferas ha llevado a poner en lo público la racionalidad del cálculo y lo sentimental en lo privado, reduciendo la política a la razón instrumental, despojada de emociones. De esta manera el individualismo vacía lo público de lo que antaño representara la política y presiona para extender los principios del individualismo contractual en los hogares privados⁽⁴⁾.

La carencia de derechos de las mujeres en lo privado ha quedado demostrada a partir de la visibilización de la violencia física, sexual y psicológica en el espacio doméstico. Las leyes que se han dictado permiten sólo poner fin al abuso de poder del varón. Es más, recién después de la Conferencia Mundial de Viena de 1993, se reconoce que los derechos de las mujeres constituyen también derechos humanos, mostrando que hasta entonces los derechos de las mujeres eran un asunto de otro orden.

El reconocimiento de los derechos de las humanas es central para la ampliación de la calidad de sujeto de derecho de las mujeres porque éstos hacen referencia precisamente al acontecer en lo privado y lo público, restituyendo la necesidad de asumir todos los ámbitos de la existencia de las mujeres, incluyendo todos los ámbitos de la experiencia vital.

Lo público y lo privado en la familia

Veremos ahora como las distinciones entre lo público y lo privado se manifiestan en el campo específico de la familia.

La mayoría de la gente está de acuerdo en que a veces es necesaria la intervención del Estado en la privacidad de la familia. Ya no se cree que las doctrinas sobre la privacidad de la misma justifiquen la desatención de la sociedad a las esposas golpeadas o a la niñez abusada y en la realidad cotidiana, el Estado y las diversas instituciones que lo componen intervienen permanentemente *conformando* a la familia y a los roles que en ella se cumplen, *controlando* su funcionamiento, poniendo límites, ofreciendo oportunidades y opciones.

La conformación de la familia es el resultado de la intervención de diversas fuerzas e instituciones sociales y políticas: los servicios sociales, la legislación, el accionar de las diversas agencias de control social, pero también las ideas dominantes de cada época.

En este sentido, la familia contemporánea ocupa un lugar contradictorio entre lo público y lo

⁽⁴⁾ Elshtein citada en de Matus, V: "Lo público y lo privado una dicotomía fatal" en *Género y Derecho*. LOM Ediciones/La Morada, Santiago de Chile, 1999, pág. 64.

privado. Por un lado está sujeta al “policiamiento” de las instituciones sociales⁽⁵⁾, especialmente aquellas que se ocupan del *desarrollo de la calidad de una población y de la fortaleza de la nación*⁽⁶⁾. La “invasión” de las agencias sociales de profesionales y expertos que indican o promueven prácticas “adecuadas” o “buenas” (de alimentación, de crianza, de relaciones interpersonales, de cuidado del cuerpo, de higiene, de puericultura, etc., antes centradas en el patriarcado y en las tradiciones transmitidas de abuelas a madres e hijas⁽⁷⁾) no deja de aumentar, minando la competencia de los propios miembros de la familia.

Esta penetración de lo social no es nueva ni está ligada a la profesionalización de los servicios sino que su origen tiene que ver con la creación de los Tribunales de Menores y de las instituciones caritativas y filantrópicas. Hoy se ve acrecentada con la verdadera invasión de imágenes, de modelos, de controles, a menudo contradictorios entre sí, que nos presenta el aparato de televisión, el que comunica el ámbito privado de la familia con el mundo global de los medios⁽⁸⁾.

El Estado interviene en la familia no sólo cuando priva a los progenitores de la patria potestad sobre sus hijos/as por negligencia o abuso sino en un sinnúmero de pequeñas y grandes acciones con efectos directos e indirectos sobre las prácticas familiares cotidianas.

Por un lado, existen las *políticas públicas*, sean de población, de salud reproductiva, programas de educación, planes de vivienda o de previsión social. Por otro lado, encontramos los *mecanismos legales* vinculados a la defensa de los derechos humanos y a los sistemas penales, cuando se penaliza el aborto, no se reconoce la violación dentro del matrimonio o se limitan los derechos de la infancia/adolescencia. Finalmente encontramos *las instituciones y prácticas concretas* en las que la política y la legalidad se manifiestan: el accionar de la policía y el aparato judicial, las prácticas de las instituciones educativas y de salud pública, la política estatal y los medios de comunicación.

¿Es necesaria la intervención estatal?

Se sostiene, en la doctrina y en la opinión general, que el Estado poco o nada debe hacer dentro de la familia, es decir, debe elegir la política de no intervención. Sin embargo, cuando una familia es disfuncional puede ser importante que el Estado se ocupe de la opresión privada que las personas que la integran, a veces, se infligen entre ellas.

El argumento de la *intervención proteccionista*⁽⁹⁾ justifica que el Estado medie en aquella para proteger a la prole del abuso o del descuido severo. Los jueces pueden excluir al agresor del seno familiar si ha abusado física o sexualmente de algún integrante de la familia. En casos de descuido infantil, el Estado puede mandar trabajadores/as sociales al hogar o sacar a los/as niños/as, temporal o permanentemente, para su protección. El Estado cuando interviene puede, incluso, exigir tratamiento médico o psicológico aún contra los escrúpulos religiosos de madres y padres. Estas políticas son generalmente consideradas como una forma de intervención estatal en la familia, pero se aceptan como intervención justificada y hasta necesaria.

⁽⁵⁾ Tomamos el término “policiamiento” de Donzelot, J.: ob. cit., nota 1; cuando alude a *esa proliferación de las tecnologías políticas que van actuando contra el cuerpo, la salud, las formas de alimentarse y alojarse, las condiciones de vida, sobre todo el espacio cotidiano a partir del siglo XVIII (...) Técnicas todas que en su momento inicial encuentran su polo de unificación en lo que se llamaba entonces la policía: no en el sentido estrictamente represivo que nosotros le damos hoy, sino en una acepción mucho más amplia que engloba todos los métodos de desarrollo de la calidad de la población y del poder de la nación.*

⁽⁶⁾ Ibidem, págs. 6 y 7.

⁽⁷⁾ Jelin, E.: ob. cit., págs. 108 y 109.

⁽⁸⁾ Eva Giberti llama a los medios de comunicación “la familia” o “la otra familia” puesto que a través de su encendido, tanto de la radio como de la televisión, producen un peculiar efecto de familiaridad resultante del contacto con determinadas voces o imágenes, y aún con los contenidos de los textos a cargo de periodistas o conductores de programa. Los medios suelen actuar como educadores informales especialmente para los niños y las mujeres insertos en el orden de la vida doméstica (...) en C. Wainerman (comp.): *Vivir en familia*. Ed. UNICEF/Losada, Buenos Aires, 1994, pág. 124.

⁽⁹⁾ Término usado por F. Olsen en *Mito de la intervención del Estado en la familia*, nota 4, pág. 413.

Cuando las relaciones familiares están destruidas, también lo está cualquier invocación a la privacidad familiar, y la protección estatal a la persona ya no constituye una intervención en la familia. Cuando el marido o la esposa, el padre, la madre o la descendencia tengan un comportamiento normal, la ley estará más allá. Se dice: la ley entra en la familia cuando las relaciones familiares se quiebran.

Aparte de las situaciones de crisis, ¿el Estado debe intervenir en las relaciones familiares? Por un lado debemos decir que las leyes tienen un rol constitutivo al crear y definir la familia. Las leyes establecen con quién es posible casarse, cómo se celebrará la ceremonia, quién es hijo de quién; es decir que, en general, el Estado interviene siempre, aun cuando se dice que eso no es intervención estatal.

La existencia de esta visión "legal positivista" de la familia no debería opacar la creencia en la "ley natural" que coexiste y compete, según la cual la familia existe como una formación humana natural no creada pero meramente reconocida (o no) por el Estado. Dicha noción está implícita en el entendimiento, compartido por la mayoría de que existen algunas familias que no son legalmente reconocidas⁽¹⁰⁾.

A pesar de que el Estado define y refuerza roles específicos y una jerarquía particular dentro de la familia, estas políticas a menudo se consideran de no intervención y así vemos que:

En el siglo XIX, la creencia de que las esposas eran naturalmente dependientes de sus maridos estaba tan arraigada en alguna gente como ahora lo está la idea de que hijos e hijas dependen, por naturaleza, de madre y padre. Se esperaba que el Estado apoyara el poder del marido sobre la esposa cuando aquel se viera amenazado⁽¹¹⁾ y en este sentido, la primera jurisprudencia argentina, recién entrada en vigencia en nuestro país la ley de matrimonio civil, admitió aún la captura de la esposa cuyo depósito se había ordenado en el juicio de divorcio⁽¹²⁾. El marido era quien escogía el domicilio de la familia y la esposa se veía esencialmente obligada a vivir ahí, al igual que lo que hoy sucede con la prole⁽¹³⁾.

Se pensaba que el origen de nuestras leyes con respecto a la familia era la Ley Natural o la Divina Providencia. *Las leyes positivas no hacen más que cumplir los mandatos de las leyes de la naturaleza, y no crean, sino que desarrollan un sistema*⁽¹⁴⁾. Aunque ha habido cambios con respecto a lo que se considera natural en la familia, la noción básica de que las relaciones en ella son naturales no ha cambiado tanto. Hoy aún se considera natural que los/as niños/as sean dependientes de su padre y madre.

La no intervención parecería tener significado en el contexto de roles pre-existentes y prescriptos en la familia. Las reglas de base, creadas por el Estado, dan forma y refuerzan estos roles sociales al asignarles poder y responsabilidad dentro de la familia. Generalmente, no se piensa que estas reglas de base sean intervención del Estado pero involucran a éste en los roles familiares prescriptos y minan las pretensiones de no intervención. La fijación de roles requiere de decisiones políticas que difícilmente se pueden considerar no intervención.

Veamos como según la elección del sistema se produce la intervención estatal:

* Modelo de jefe de familia⁽¹⁵⁾: en el siglo XIX se pensaba que dándole poder al jefe de familia – sea el marido o el padre– a fin de que actuara en nombre de la familia y para solucionar disputas intrafamiliares, el Estado podía evitar intervenir en ella. Así durante la primera parte del siglo mencionado, el marido era el jefe jurídico de la familia, con derecho a controlar a la esposa y a la prole. Así el Código de Napoleón, base de la codificación civil del siglo XIX, en su artículo

⁽¹⁰⁾ Nos referimos al concubinato o matrimonio consuetudinario.

⁽¹¹⁾ Velez Sarfield en el artículo 187 estableció: "La mujer está obligada a habitar con el marido, donde quiera que éste fije su residencia. Si faltare a esta obligación, el marido puede pedir las medidas policiales necesarias (...)" Art. 53, ley 2.393 "(...) si faltare a esa obligación, el marido puede pedir las medidas judiciales necesarias y tendrá derecho a negarle los alimentos."

⁽¹²⁾ C.C. 3/12/1889 Jur. Civ. 19-411.

⁽¹³⁾ Art. 275, Cód. Civ., reformado por ley 23.515: "Los hijos menores no pueden dejar la casa de sus progenitores, o aquellas que éstos les hubiesen designado, sin licencia de sus padres (...)"

⁽¹⁴⁾ Schouler, J.: *Treatise on the Law of the Domestic Relations*, sec. 3, pág. 9, citado por Olsen, F.: ob. cit., nota 4, pág. 425.

⁽¹⁵⁾ Término usado por Olsen, F.: ob. cit., nota 4, pág. 427.

213 expresaba: “El marido debe protección a su mujer, la mujer obediencia a su marido”⁽¹⁶⁾. La doctrina estimó que el esposo podía determinar el género de vida de la mujer y de la familia, entre ellos establecer la religión de los/as hijos/as, la mujer debía adquirir el apellido de él, fijar el domicilio conyugal, controlar las relaciones y la correspondencia de la mujer, autorizarla a ejercer una profesión, autorizarla para los actos de la vida civil.

Hoy se ha ido modificando el sentido del concepto del marido jefe de hogar, dando lugar al concepto de igualdad jurídica de los cónyuges pero todavía perdura como algo natural que las leyes establezcan la autoridad del padre o madres sobre sus hijos/as.

El hecho de otorgar poder a los progenitores no se considera intervención del Estado en la familia, sin embargo, es el que los autoriza para darle un nombre al niño o a la niña⁽¹⁷⁾. Las leyes establecen otras facultades que definen los roles familiares pero que casi ni se notan y, definitivamente, no son considerados intervención estatal.

* Sistema de la Dependencia Económica: la interacción social dentro de una familia puede verse significativamente afectada por la dependencia económica de la esposa hacia el marido o de niñas y niños hacia padre y madre.

En general, las leyes del siglo XIX y de la primera parte del XX hacían a la esposa dependiente económicamente del marido, y a los adolescentes, usualmente hasta que cumplieran veintiún años, dependientes de su padre. Ni las mujeres casadas ni los menores podían tener un negocio u oficio, excepto que fuera bajo la autoridad del padre o del marido, sus servicios le pertenecían y él podía recoger los honorarios que pudieran ganar. Esta dependencia parecía natural.

Hoy, el rol del Estado para reforzar la dependencia económica entre miembros de la familia es menos obvia pero todavía significativa.

En nuestro país, el codificador reguló en el artículo 186 la dependencia económica de la esposa hacia su esposo al establecer: “Si no hubiese contrato nupcial, el marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, incluso los de la mujer, tanto de los que llevó al matrimonio como de los que adquirió después por título propio”, y en el artículo 1276: “El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, sean dotales o adquiridos después de formada la sociedad (...)”. Este sistema fue trasladado al artículo 52 de la ley de Matrimonio Civil.

En 1926 se dicta la ley 11.357 que modificó sustancialmente el sistema al otorgar la posibilidad de que las mujeres casadas pudieran administrar los bienes gananciales adquiridos con el producido de su trabajo o por el ejercicio de profesión, industria u oficio honestos, siempre y cuando determinaran el origen de los fondos (artículo 3 de la ley citada y 1246 del Código Civil) y también podían asumir la administración de los bienes propios, siempre y cuando revocaran el mandato tácito que la ley otorgaba al marido.

Finalmente la ley 17.711 modifica el artículo 1276 y suprime el texto del artículo 52 de la ley de Matrimonio Civil y establece lo que se denomina administración bicéfala, ya que ambos cónyuges, en forma separada, pueden administrar los bienes gananciales que se encuentran bajo su titularidad y los bienes propios, conservando únicamente el marido el derecho de administrar y disponer de los bienes gananciales cuyo origen no se puede determinar.

En principio ha desaparecido la dependencia económica de la esposa respecto de su marido, sin embargo, sigue subsistente la referida a los niños y las niñas. Esta dependencia refuerza el poder del padre y de la madre sobre ellos. Aunque los niños y niñas pequeños pueden no tener capacidad de independencia, a medida que crecen su dependencia se le puede atribuir, cada vez más, a regulaciones del Estado.

Las leyes sobre trabajo infantil, no importa qué sabias sean como política, son regulaciones del

⁽¹⁶⁾ Art. 213 Código de Napoleón: “*Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari*”.

⁽¹⁷⁾ Artículo 2 ley 18.248 con la reforma de la ley 23.264: “El nombre de pila se adquiere por la inscripción en el acta de nacimiento. Su elección corresponde a los padres (...)”

Estado que dificultan a niños y niñas la independencia económica. Y el Estado va más allá, ya que no sólo limitan la oportunidad de un/a niño/a de tener trabajo pagado sino que también la obligan a ir a la escuela, trabajo por el cual no recibe paga⁽¹⁸⁾.

El artículo 275, párrafo segundo, del Código Civil establece esta dependencia al decir: "Tampoco puede, antes de haber cumplido dieciocho años de edad, ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar sus personas de otra manera sin autorización de sus padres" y por otro lado el artículo 274 completa esta dependencia: "Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, (...) y a nombre de ellos pueden celebrar cualquier contrato en los límites de su administración señalados en este Código".

A su vez y para completar este sistema de dependencia la ley de Contrato de Trabajo establece en el artículo 32: "Los menores desde los 18 años (...) pueden celebrar contrato de trabajo. Los mayores de 14 años y menores de 18, que con conocimiento de sus padres o tutores vivan independientemente de ellos, gozan de aquella misma capacidad. Los menores a que se refiere el párrafo anterior que ejercieren cualquier tipo de actividad en relación de dependencia, se presumen suficientemente autorizados por sus padres o representantes legales, para todos los actos concernientes al mismo".

Art. 34: "Los menores desde los 18 años de edad tienen la libre administración y disposición del producido del trabajo que ejecuten, regidos por esta ley, y de los bienes de cualquier tipo que adquieran con ella, estando a tal fin habilitados para el otorgamiento de todos los actos que se requieran para la adquisición, modificación o transmisión de derechos sobre los mismo".

Art. 187: "Los menores de uno y otro sexo, mayores de 14 años y menores de 18, podrán celebrar toda clase de contratos de trabajo, en las condiciones previstas en los artículos 32 y siguientes de esta ley (...)".

Pasando en limpio todas estas normas, resulta que son los menores impúberes quienes no pueden trabajar bajo patrón, quedando —en cambio— autorizados legalmente para prestar colaboración a sus padres aunque limitados a aquellas tareas "propias de su edad".

La Argentina ha ratificado el Convenio adoptado en la 58ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo como ley 24.650 que establece que la edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores no deberá ser inferior a 18 años, pero la legislación podrá autorizar el empleo o el trabajo a partir de la edad de 16 años, siempre que queden garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes, y que éstos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de actividad correspondiente (artículos 1 y 3).

Otra muestra de esa dependencia económica que se considera natural es la que se da cuando los progenitores se encuentran divorciados y uno de ellos debe pasar alimentos para el/la hijo/a, el dinero no va a la niña o al niño sino a quien tiene su custodia, usualmente su otro/a progenitor/a.

* Sistema que elimina fuentes alternativas de manutención o crianza: el Estado se encuentra implicado en la distribución de poder y de roles dentro de familia cuando sus leyes impiden que niñas y niños busquen el apoyo de terceros. No se acusa al Estado de intervenir en la familia cuando obliga a niñas y niños a vivir con su padre y madre o cuando le prohíbe a médicos/as tratar menores sin el conocimiento y aprobación de su padre o madre.

Nuestro Código Civil establece en el artículo 275: "Los hijos menores no pueden dejar la casa de sus progenitores, o aquella que éstos les hubiesen asignado, sin licencia de sus padres"; y por otro lado en el artículo 276 sostiene: "Si los hijos menores dejasen el hogar, o aquel en que sus padres los hubiesen puesto, sea que ellos se hubiesen sustraído a su obediencia, o que otros los retuvieran, los padres podrán exigir que las autoridades públicas les presten toda la asistencia que sea necesaria para hacerlos entrar bajo su autoridad (...)". Como surge de los artículos mencionados, es el Estado a través de la ley el que no

⁽¹⁸⁾ Ver la Ley Federal de Educación, el punto de vista es que estas políticas del Estado no son ni naturales ni inevitables, sino que implican al Estado en la dependencia económica de los y las jóvenes.

permite que los/as hijos/as vivan fuera de la casa de sus padres, no existiendo disposiciones legales que garanticen el respeto por el punto de vista de los/as niños/as dentro de las relaciones familiares.

A los niños se le puede obligar (o prohibir) a asociarse con gente, al antojo de padre y madre, aunque en la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por la ley 23.849 que en el artículo 15 dice: "Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar juntos reuniones pacíficas (...)", sin embargo, los/as niños/as tienen, comparativamente, pocas oportunidades de ejercitar la libertad de formar asambleas o asociarse.

Este derecho de los/as niños/as a participar en distintas clases de asociaciones ha logrado una flamante consagración en la legislación argentina a través de la Ley Federal de Educación que, expresamente consagra, el derecho de los educandos a integrar centros, asociaciones, clubes estudiantiles u otras organizaciones comunitarias para participar en el funcionamiento de las unidades educativas, con responsabilidades progresivamente mayores, a medida que los/as niños/as avanzan en los niveles del sistema.

También encontramos este derecho en la legislación laboral que permite que los jóvenes mayores de 14 años puedan afiliarse a sindicatos y puedan ser elegidos delegados de personal desde los 18 años sin necesidad de autorización de sus representantes legales.

* Sistema que limita la protección del Estado: durante el siglo XIX, al padre se le permitía disciplinar a su esposa y prole y este permiso a menudo se extendía a castigos físicos. Un comportamiento que consistía una ofensa criminal si se dirigía a personas extrañas era completamente legal si se aplicaba a hijas e hijos y simple causa de separación o divorcio, si se ejercía con la esposa.

Si bien hoy la violencia o el agravio dentro de la familia se ha visibilizado, comportamientos que serían criminales o agraviantes entre extraños todavía se pueden llevar adelante dentro de una familia con total impunidad.

En muchos Estados el esposo puede, legalmente, forzar a la esposa a mantener relaciones sexuales. En la mayoría de los Estados, el abuso a la esposa se trata de manera diferente que a otras formas de violencia personal; a veces mejor, a menudo peor.

Los/as niños/as reciben una protección limitada del Estado contra su padre y madre. Por lo general, los crímenes y agravios se admiten solamente cuando el abuso es grave, y esta coacción ocasional se considera a menudo intervención del Estado, justificada pero no obstante intervención. En teoría, padres y madres pueden ser acusados por homicidio, abuso sexual, agresión física grave y abandono infantil. En la práctica, sin embargo, la dependencia del niño o la niña es tan extensa que muchos crímenes, incluyendo la violación y el abuso sexual, pasan sin ser acusados.

En nuestro país, por ejemplo, el Código Civil admite que el padre o la madre pueden castigar a sus hijos/as, pero en forma moderada o razonable, en el artículo 278 del Código Civil, reformado por la ley 23264: "Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta de sus hijos menores. El poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores. Los jueces deberán resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres disponiendo su cesación y las sanciones pertinentes si correspondieren", en consecuencia, nuestro Código, se encuentra dentro del sistema del castigo permitido y razonable, lo que nos lleva a pensar que para nuestro legislador los/as hijos/as son propiedad de los padres, y atribuye a los jueces la capacidad para determinar lo que constituye violencia razonable⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁹⁾ En la provincia de Santa Fe rige la ley 11.529 de violencia familiar.

La familia igualitaria y la no intervención del Estado

Existen dos formas en que podrían solucionarse las demandas que involucran a familias y que evitarían modificar la jerarquía familiar.

Una sería tratar a la familia como un *Estado Natural* en miniatura, rehusando ejecutar litigios entre sus integrantes, así el Estado se mantendría neutral al rehusar hacer cumplir cualquier agravio, contrato o ley penal entre ellos. Las familias, entonces, deben solucionar sus propios problemas. Si una esposa estuviera siendo golpeada sería su problema el lidiar con el asunto, el Estado no intervendría. Si ella solucionara su problema matando al marido, se esperaría que aquel continuara con su política de "no intervención". Si una persona fuera encausada por asesinato sería suficiente para la defensa probar que la persona defendida y la víctima eran integrantes de la misma familia. Ese asesinato sería entonces considerado un asunto familiar en el cual el Estado no debería inmiscuirse⁽²⁰⁾.

Sin embargo, aún en este modelo, el Estado todavía debe decidir quién constituye una familia y cómo lidiar con acusaciones que involucran a terceras partes y a integrantes de la familia, esto requeriría de elecciones políticas adicionales que afectarían la autoridad y los roles dentro de las familias.

Una segunda manera en que el Estado podría parecer neutral se basa en la estrategia opuesta de coacción. Este podría tratar a cada integrante de una familia como jurídicamente igual y considerar su situación familiar como irrelevante. El matrimonio y la maternidad/paternidad se volverían relaciones privadas no reconocidas por el Estado. Los tribunales no tendrían en cuenta el parentesco o la relación marital de las personas que litigan, sino que trataría a los miembros de la familia como extraños, este modelo se denomina *Modelo de Mercado*⁽²¹⁾.

En este modelo, por ejemplo, si el padre o la madre castigan a sus hijos/as encerrándolos en su cuarto, podrían ser culpables de arresto y los hijos o las hijas podrían iniciar una acción por falso arresto. Los padres y las madres no tendrían ni la obligación de mantener a sus hijos/as ni el derecho a no dejarles vivir fuera de su casa. Los acuerdos entre niñas/os y padres y madres, o entre otros/as integrantes de la familia se harían valer igual que los contratos entre personas sin relación familiar.

El concepto de no intervención basado en el Modelo de Mercado es inaceptable pues se trataría de una neutralidad formal, ya que las leyes penales afectarían el poder relativo de las personas individuales, por ejemplo, las leyes de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

Conclusión

La intervención del Estado en la familia no es un concepto analítico sino más bien un concepto ideológico.

En el caso de la privacidad, los liberales argumentan que el principio fundamental de la privacidad individual ofrece justificación o bases para una gran variedad de políticas —desde el acceso a anticonceptivos hasta la censura a la vigilancia sobre la elección sexual.

Los conservadores a menudo responden oponiendo la moral pública a la privacidad individual. Esto es paralelo al argumento de la intervención proteccionista con respecto a la familia. La moral pública justifica limitar la privacidad. El Estado únicamente debería intervenir cuando fuera necesario para defender los intereses de ésta o de sus integrantes que sufren opresión.

El argumento de la intervención proteccionista percibe mal los problemas causados por políticas sociales desafortunadas. Por ejemplo, el problema de que los jueces le quiten a padres y madres pobres sus hijos e hijas no es un problema de la intervención del Estado para esta postura, sino un problema

⁽²⁰⁾ Olsen, F.: ob. cit., nota 4, pág. 433

⁽²¹⁾ Olsen, F.: ob. cit., nota 4, pág. 434.

de la esencia de ese comportamiento del Estado. Lo que el Estado hace a veces es tan malo que la gente preferiría que no hiciera nada, lo que por supuesto no es posible.

El abuso sexual en las/os niñas/os es un ejemplo de lo inadecuada que es la retórica de la “no intervención”. También es ilustrativa del problema de darle a las personas adultas tanta autoridad y poder sobre niñas y niños. El Estado establece una relación de dependencia y después permite como única alternativa la completa ruptura de la relación. Si analizamos las propagandas en los distintos medios de comunicación, la incógnita que nos surge no es que haya tantos casos de incesto sino más bien que el abuso sexual no sea mayor. Tal vez el hecho de que la niña no denuncie el abuso sexual sea, en la mayoría de los casos, su mejor respuesta a una situación perjudicial.

El jurista, educado en una visión que considera a la familia como una sociedad natural fundada en el matrimonio, se desorienta al verificar la tendencia actual que apunta, por un lado, a la privatización de la unión conyugal, y, por el otro, a la publicización de la función educativa. El sociólogo, en cambio, desde hace tiempo ha investigado en torno al “desplazamiento de los límites” entre lo público y lo privado en relación con la familia, y ha advertido cómo por una parte se verifica una aparente publicización de la familia, bajo la forma de nuevas regulaciones e intervenciones del Estado y, por otra parte, constata al mismo tiempo una progresiva privatización de los comportamientos familiares, en términos de acciones que expresan sentimientos, aspiraciones, gustos, preferencias, expectativas, etcétera, en apariencia totalmente individuales y subjetivas, es decir, desligadas de vínculos sociales y morales de un mundo común²²⁾.

Finalmente el Estado no puede ser neutral ni puede ser un árbitro neutral de derechos.

²²⁾ Sesta, M.: “Lo privado y lo público en los Proyectos de ley en materia de familia” en Kemelmajer de Carlucci, A. (Coord.): *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, pág. 86.