

# PANORAMA JURÍDICO-HISTÓRICO DE LA FAMILIA LUSO-BRASILEÑA

IBSEN NORONHA<sup>1</sup>  
Universidad de Coimbra

---

## RESUMEN

El artículo presenta una visión panorámica jurídico-histórica de la Familia en Brasil. Sin descuidar aspectos socio políticos, recorre las grandes líneas del proceso histórico que se bifurcó desde el siglo XVI hasta nuestros días. Las fuentes jurídicas fueron privilegiadas en la observación de la institución multisecular de la Familia. La investigación permite percibir la profunda penetración de valores espirituales en la Familia en el inicio de la Historia brasileña. La consonancia entre los poderes temporal y espiritual es nítida a lo largo del periodo colonial. El proceso de secularización de la sociedad también es revelado a partir del siglo XX.

**PALABRAS CLAVE:** Familia, derecho canónico, derecho luso-brasileño, derecho de familia, matrimonio, constitución y familia

## ABSTRACT

The article presents a legal-historical overview of the institution of the Family in Brazil. Without neglecting socio-political aspects, it covers the main lines of the historical process that unfolded from the 16th century to the present day. The legal sources were privileged in the observation of the multi-secular institution of the Family. The investigation allows us to perceive the deep penetration of values in the Family at the beginning of Brazilian History. The consonance between temporal and spiritual powers is clear throughout the colonial period. The historical process of secularization of society is also unveiled from the 20th century onwards.

**KEYWORDS:** Family, canon law, Luso-Brazilian law, family law, marriage, constitution and family

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho por la Universidad de Brasilia (1993), Máster (2004) y Doctor (2021) en Ciencias Jurídico-Históricas por la Universidad de Coimbra. Profesor Auxiliar de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra. Director de la Cátedra de Historia del Derecho Luso-Brasileña

El iusnaturalista Francesco D'Agostino dejó esta vida en mayo de 2022. Y dejó un legado de cultura jurídica importante y fecundo. Reflexionó sobre diversos temas de Derecho que configuran los fundamentos de la Civilización Occidental. Entre los temas pensados por el Prof. D'Agostino está el de la Familia. Leí la tercera edición de la obra *Una Filosofía della Famiglia*, publicada hace dos décadas. La teología y la metafísica están presentes en el trabajo, así como la historia cultural. Esta visión sobre la institución de la Familia, en la que nunca se presenta neutro sobre su verdad histórica, filosófica y teológica, inspira, o mejor, instiga a la investigación seria y rigurosa.

En los primeros capítulos se recorren las nociones de Familia y Matrimonio en la Historia. Comparando la Familia patriarcal con aquella otra salida del liberalismo, afirma que la primera es extensa, solidaria y distante del sentimentalismo y del subjetivismo como fundamento de sus relaciones. La segunda, por su parte, está sometida a decisiones afectivas y a la soberanía del individuo. Son dos modelos: uno da primacía a la Familia sobre cada uno de sus miembros; otro da primacía a los miembros sobre la Familia. No obstante, su estructura no reside en un modelo sociológico determinado por concepciones historicistas. Para el profesor romano, la Familia es «un fenómeno social total». Esto es así por estar llamada a cumplir todas las funciones sociales, desde las biológicas hasta las religiosas.

La Familia enseña a vivir en sociedad, siendo, de hecho, su célula vital. Las tradicionales expresiones acerca de la Familia como célula constitutiva de la sociedad, o *seminarium rei publicae*, están plenas de sabiduría y verdad. La Familia es el medio más eficaz de aprender a vivir en sociedad. La paz familiar, marcada por las relaciones de afecto y estima, es presupuesto de la paz en el mundo.

La base matrimonial es esencial para entender la Familia. Sin embargo, la modernidad tiene dificultad en entender el Matrimonio. ¿Su causa? ¡La secularización!

El olvido de la metafísica proporciona el olvido del profundo y fundamental sentido del Matrimonio. El compromiso de la indisolubilidad es indescifrable en una sociedad individualista y libertaria. Sin embargo, la libertad sin compromiso es irreal. Tal libertad solo existe en el mito de Don Juan. Tal premisa produce desilusión, decepción y frustración.

Para el maestro romano no hay alternativa: o se acepta la indisolubilidad o el Matrimonio desaparece como relación jurídica. Así, una relación sin ningún vínculo, en la cual la estabilidad se fundamenta solo en la esperanza de no ser denunciada por alguna de las partes, resulta solo una relación de hecho, no de derecho.

D'Agostino afirma que la Familia es universal no solo por no existir sociedad humana en la que no haya registro de su existencia. También por responder y corresponder al dato estructural fundamental de identificación del ser del Hombre: el Hombre es Hombre desde que se reconoce destinatario de una norma que lo inviste de una dimensión familiar. En consecuencia, Familia, sociedad y norma nacen contextualmente como fenómenos culturales primigenios.

El jurista no puede transformarse en un notario de la Historia, afirma el profesor D'Agostino. No puede ser un dócil servidor del poder. Ni tampoco de la moral dominante. Su misión es reconocer la dimensión jurídica de la Familia bajo la óptica histórica, filosófica y teológica. Y la Familia es la institución que merece, al inicio del tercer milenio, los mayores cuidados del jurista. Merece, así, protección contra los excesos del individualismo y del socialismo estatal. La Familia ha estado presente en todas las culturas y todos los tiempos, como demuestra la etnografía. Tal es el argumento empírico. La Historia lo confirma. Y lo confirma en la medida en que, siendo atacada, resiste y sobrevive. Los vaticinios sobre la muerte de la Familia recuerdan la máxima de Horacio, en su primera epístola: *Naturam expelles furca, tamen usque recurret*<sup>2</sup>, o, en la versión del siglo XVIII, de Destouches, *Chassez le naturel, il revient au galop*.

La Familia no es simplemente un valor, sino algo anterior, es decir, pertenece al ser del Hombre. La Familia no es un ideal futuro, o una conquista, o un deber ser. La Familia es un ser, de orden natural y protegida por el Derecho Natural, *et portae inferi non praevalerunt*.

En 1968 Francesco D'Agostino se licenció en Derecho por la Universidad de Roma. En ese mismo año, nació yo en Brasilia. Dedico, pues, al profesor Francesco D'Agostino este panorama jurídico-histórico de la Familia Luso-Brasileira, que contiene muchos aspectos de su visión iusnaturalista.

---

<sup>2</sup> *Epístolas*, I, 101, 24.

La institución de la Familia tiene un sinnúmero de acepciones, siendo considerada por muchos brasileños una institución sagrada, fundamento de la vida social ordenada y barrera auténtica y legítima contra toda especie de totalitarismo. En este sentido la Familia es el verdadero fundamento de la llamada sociedad perfecta que procura la *Salus Publica* y la *Salus Animarum*.

Privilegio en este breve artículo los aspectos jurídico-históricos de la familia Luso-Brasileña, sin dejar de explorar particularidades sociológicas del tema. La Familia es el origen y el principio fundador de la Ciudad. En ella se desenvuelven primariamente todas las facultades de los seres humanos. En ese preciso sentido «es la base de la vida social y del individuo». La Historia de Brasil está íntimamente vinculada al desarrollo de las familias brasileñas. Un panorama jurídico-histórico de la Familia puede ser útil para la comprensión del tema en desarrollo.

La Familia patriarcal se enraizó en Brasil con la colonización portuguesa, que tuvo inicio en 1534, adoptándose el sistema de las donaciones. Las Cartas de donación concedidas por Don Juan III proporcionaron el contacto más próximo entre los pueblos autóctonos y los colonizadores. La fijación de poblaciones en la *terra brasilis* trajo el modelo patriarcal, tan bien documentado en la monumental obra de Gilberto Freyre, por todos conocida.

Un ejemplo quinientista de dicho tipo de Familia fue la del capitán-donatario de Nueva Lusitania, Duarte Coelho. El patriarca es, no por casualidad, el fundador de Olinda. Casado con Brites de Albuquerque trajo a su cuñado Jerónimo de Albuquerque para ayudar en la colonización y poblamiento de las sesenta leguas de tierra que recibiera. Jerónimo casó con la hija del cacique Arcoverde, la princesa tabajara Muira-Ubi, bautizada con el nombre de María del Espíritu Santo Arcoverde. Ejemplo de mestizaje en la élite desde la primera colonización, los linajistas pernambucanos registran la vasta descendencia de Albuquerque, que fue apodado el *Adán del Nordeste*.

Tanto en San Pablo como en Bahía, se registran modelos de estudio de familias patriarcales mestizadas. El fundador de San Andrés de la Borda del Campo, Juan Ramalho y la hija de Tibiriça, la india tupiniquim Bartira, bautizada por los jesuitas, forman un importante tronco paulista<sup>3</sup>. La *Ge-*

---

<sup>3</sup> Escribió el padre Manuel da Nóbrega, el 31 de agosto de 1553: «Juan Ramalho es muy conocido y venerado entre los gentíos, y tiene hijas casadas con los principales hombres

*nealogía paulistana* ofrece abundantes ejemplos de la prosecta descendencia de las primeras generaciones de colonizadores e indias.

En Bahía de Todos los Santos naufragó Diego Alvares Correia, Caramuru, que vino a casar con la hija de un cacique tupinambá llamado Taparica. La india Paraguaçu fue bautizada en Francia con el nombre de Catalina. Caramuru también dejó larga descendencia registrada por Jaboatão<sup>4</sup>.

En el Brasil Colonial la Familia está profundamente marcada por las concepciones católicas, sobre todo aquellas que resultaron fortalecidas tras el Concilio de Trento. Las *Constituições Primeiras do Arcebispo da Bahía* constituyen la fuente por excelencia para la percepción de la juridicidad, eminentemente canónica, de la institución de la Familia. Conservando todos los elementos del iusnaturalismo transcendente<sup>5</sup>, la religión católica tuteló la Familia durante los primeros siglos de Brasil. Orlando Gomes<sup>6</sup> reconoce que la influencia del Derecho Canónico fue decisiva para la organización jurídica de la Familia moderna.

La forma solemne de celebración del matrimonio y el principio de consensualismo aplicado a los prometidos devienen de las prácticas adoptadas por la Iglesia. La posición más favorable de la Mujer en la sociedad conyugal resulta de concepciones propias del cristianismo<sup>7</sup>.

---

de esta capitania y todos estos hijos son de una india, hija de los mayores y más principales de esta tierra. De manera que en él y en ella y en sus hijos esperamos tener gran medio para la conversión de los gentíos. LEITE, S., *Novas Cartas Jesuíticas*.

<sup>4</sup> *Catálogo Genealógico das Principais Famílias que Procedem de Albuquerque e Cavalcantis em Pernambuco e Caramurus na Bahía (tiradas de memoria, manuscritos antigos e fidedignos, autorizados por alguns escritores, em especial o teatro genealógico de D. Livisco de Nazão Zarco e Colona, aliás Manuel de Carvalho Ataíde, e acrescentado o mais moderno, e confirmado tudo, assim moderno como antigo com assentos de batizados, casamentos e enterros que se guardam na Câmara Eclesiástica da Bahía).*

<sup>5</sup> Distíngase del jusracionalismo que, en verdad, alteró la estructura fundamental de la Familia tradicional. Su cuño patriarcal fue combatido con el argumento del igualitarismo; y la finalidad política de la Familia también sufrió el ataque de la Escuela de Derecho Natural que buscó privarla de toda función de índole política. El carácter religioso del Matrimonio fue negado y la autoridad paterna debilitada. De ahí la secularización del matrimonio. De otra clase es el jusnaturalismo transcendental, esencialmente anti-igualitario y anti-liberal.

<sup>6</sup> GOMES, O., *Direito de Família*, Rio de Janeiro, 2000, 12ª edição, p. 40.

<sup>7</sup> A guisa de ejemplo del influjo del Derecho Canónico sobre la legislación civil en lo que atañe a la condición de la Mujer en la sociedad conyugal, cítese el título XLVIII de las

En definitiva, es todo el derecho de familia el que revela, en sus principales reglas, la influencia del cristianismo...

La constitución de la Familia depende de un vínculo jurídico: el Matrimonio. Durante todo el periodo colonial este vínculo fue considerado de naturaleza religiosa. De difícil definición, el buen sentido ofrece la percepción conceptual del Matrimonio, pues, según Jean Carbonnier, *c'est la plus vieille coutume de l'humanité, et l'état de la plupart des individus adultes*<sup>8</sup>.

Los colonizadores trajeron de Europa la concepción de Familia forjada en la Civilización Cristiana. En el encuentro de civilizaciones con los indígenas, poco a poco la institución se fue ajustando a los moldes cristianos. En este proceso tuvieron un papel relevante los jesuitas. La cultura jurídica cristiana principia su camino en Brasil ya en el siglo XVI. El debate sobre la Familia estuvo muy presente, sobre todo en Bahía, después de la llegada de los ignacianos, quienes dejaron preciosos documentos. Refiero solo un caso de tentativa de regularización de la situación de los indios catecúmenos, con respecto a la vida conyugal<sup>9</sup>.

En una carta de Manuel da Nóbrega al célebre Doctor Navarro, escrita en agosto de 1549, en la que distingue los casos brasileños de los encontrados en África, concluye que en las relaciones entre hombres y mujeres en Brasil no existía contrato, por indeterminación de persona, o sea, por no haber intención del hombre de tener para siempre por esposa a la mujer escogida. Por tanto, le parecía a Nóbrega que no se debería aplicar en Brasil la doctrina contenida en el capítulo «*Gaudemus*» de *Divortii*. Nóbrega tiene la preocupación de manifestar su opinión a su maestro de Coímbra, tanto más por tener el Doctor Navarro tratado del tema en su *Manuale Confessariorum et Paenitentium*. La solución encontrada fue el establecimiento de la familia monógama en las aldeas, teniendo la unión entre los indios fundamento, sea en la ley de la naturaleza, si no estuvieren bautizados, sea en la ley de la gracia si fuesen cristianos. Fue una solución contra la poligamia más o menos diseminada que practicaban los indios que no vivían en las aldeas fundadas por los jesuitas.

---

*Ordenaciones Filipinas. Que el marido no pueda vender ni enajenar bienes raíces sin permiso, o expreso consentimiento de su mujer.*

<sup>8</sup> *Droit Civil*, Paris, 1983, p. 35.

<sup>9</sup> Sobre el tema, con desarrollo y completa cita de fuentes, ver, NORONHA, I., *Aspectos do Direito no Brasil Quinhentista*, Coímbra, 2006, pp. 85-103.

Ya en el año de la citada carta estaba en vigor el privilegio otorgado a favor de la fe, consignado en la constitución apostólica *Altitudo*, del Papa Paulo III, de 1537. Consiste en la especificación del privilegio paulino para las nuevas tierras descubiertas, donde se practicaba la poligamia. Autorizaba la disolución de matrimonio legítimo favoreciendo al cónyuge que se convirtiera, y que fuera contraído anteriormente, con el fin de permitir la unión con bautizado. Se llama privilegio paulino por derivar de un pasaje de la primera Epístola de San Pablo a los Corintios. La constitución establecía que el marido convertido debería conservar la primera mujer después de su conversión, no obstante, no recordando, podía escoger otra. San Pío V, en una constitución posterior, *Romanus Pontificis*, de 1571, dispuso que el marido podía conservar la mujer que se convirtiese con él.

Los impedimentos de consanguinidad también fueron tratados por Manuel da Nóbrega<sup>10</sup>. Era costumbre entre los indios el casamiento entre tíos y sobrinas, lo que dificultaba el matrimonio cristiano. Gracias a las instancias de Nóbrega el Papa Pío V concedió el breve *Cum gratiarum ómnium*, en 1567, dispensando a los neófitos de todo el derecho positivo relativo al problema en cuestión.

En fin, la consonancia entre los poderes espiritual y temporal el derecho canónico y las *Ordenaciones*, permitieron la consolidación de la institución de la Familia católica en Brasil.

La transición jurídico-política del Brasil colonial al Brasil Reino no tuvo grandes repercusiones sobre la materia escrutada en este excursus histórico. La transmigración de la Familia real a Brasil evitó la ruptura del Antiguo Régimen y, por ello, no se aplicó el *Code Civil* en el mundo luso-brasileño, como pretendiera el corso<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Nóbrega recibió el grado de bachiller en Cánones en 1541, en Coímbra, de manos del Doctor Navarro, que escribió en 1550: *El Doctísimo Padre Manuel da Nóbrega, q quien no ha mucho conférimos los grados universitarios, ilustre por su ciencia, virtud y linaje*; Cfr. LEITE, S., *História da Companhia de Jesus no Brasil*, II, Lisboa-Rio de Janeiro, 1938, p. 462.

<sup>11</sup> Así nos informa ARAÚJO, A.: «[...] la intención expresa del emperador de hacer regir en Portugal el Código de Derecho Civil de 1804. Esta idea, aliada a la propuesta de secularización de la mitad de los bienes de los conventos, fue saludada con entusiasmo por este grupo (portugueses afrancesados). Todo el proceso que envolvió la iniciativa de la traducción, la elección del traductor y la impresión final del Código fue pues cuidadosamente silenciado y, por eso, aún hoy se conoce mal el resultado del asunto. De cualquier modo, no deja de ser sorprendente que, entre la primera indicación ve-

En el periodo Imperial se puede afirmar con Gilberto Freyre que sociológicamente aún persistió la Familia patriarcal en Brasil. No obstante, el maestro pernambucano alerta en *Sobrados e Mucambos*, con profusión de ejemplos y presentando las más diversas fuentes, sobre el declive de la institución patriarcal. El inicio del tránsito de la sociedad rural hacia la urbana favoreció el proceso de decadencia. El liberalismo individualista transformó las mentalidades, sobre todo de las élites ilustradas.

En el campo del derecho civil, sin embargo, como alerta Guillermo Braga da Cruz, las transformaciones son más lentas. Mientras que las doctrinas jurídico-políticas son luego consagradas en las instituciones, creándose una trinchera entre el país real y el país legal, en las reglas de derecho civil, que tocan diariamente la vida de la generalidad de los hombres, las transformaciones son pausadas y la tradición es más resistente<sup>12</sup>.

La constitución de 1824 se ocupó solo de normas relativas a la Familia Imperial, procurando haber asegurado en su texto el principio hereditario en la transmisión del poder. Sobre la Familia propiamente dicha, a pesar de que el liberalismo estaba bien presente en el texto constitucional, no existió tratamiento alguno. Se consagró en el art. 5º la Religión Católica Apostó-

---

nida de París en este sentido y la respuesta del general Junot, que daba la obra como concluida y en vías de publicación, medie poco más de una semana. La cronología de los acontecimientos relativos a la traducción del Código permite concluir que la idea de la imposición del código es anterior a la propuesta de Napoleón y que el proyecto inicial y su concretización se inscriben, tal vez, en la acción subterránea desarrollada por franceses residentes en Lisboa y por algunos portugueses descontentos con la situación política, habiendo el proyecto despuntado en los años 1805 y 1806, durante la embajada de Junot en Lisboa. Cfr. Napoleão Bonaparte e Portugal: momento constitucional e imaginario político de uma geração, in, Uma Coisa na Ordem das Coisas, Coimbra, pp. 24 y 25». En carta de Junot a Napoleón, se puede leer: «*Prévoyant bien les intentions de V. M. j'avais demandé la traduction de ces différents codes: le code de procédure civile est déjà à l'impression, le code du Commerce est traduit; on s'occupe de traduire les autres, & je les ferai imprimer sur le champ, & répandre dans le pays, les jurisconsultes feront leurs réflexions; quelques uns s'y attendent déjà. Je crois que la réduction des Couvens pourra s'opérer sans de grandes difficultés, ce sera cependant une des choses les plus délicates à faire dans ce pays*». Cfr. AIRES DE MAGALHÃES SEPÚLVEDA, C., *Historia Organica e Política do Exército Português. Provas*, vol. XII, Lisboa, Imprensa da Universidade, 1917, pp. 201-202.

<sup>12</sup> BRAGA DA CRUZ, G., *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro, Comunicação ao II.º Colloquium Internacional de Estudos Luso-Brasileiros*, realizado en septiembre de 1954, en conmemoración del IVº Centenario de la ciudad de San Pablo.

lica Romana como religión del Imperio, y la tolerancia de todas las demás. Por tanto, como enseñó el civilista Lafayette Rodrigues Pereira –el Consejero– persistió la competencia exclusiva del derecho canónico para regular las condiciones y la forma del matrimonio, así como para juzgar la validez del acto. Sin embargo, la ley de 11 de septiembre de 1861 trató sobre el matrimonio en otras confesiones distinta de la católica. Así, la autoridad civil pasó a ejercer la facultad de dispensar de los impedimentos y de juzgar la nulidad de esta forma de matrimonio.

El matrimonio católico siguió siendo regulado por las normas del Concilio de Trento y por las *Constituciones Primeras* del Arzobispado de Bahía.

El régimen republicano promovió la ruptura en el plano jurídico, mientras que en el plano sociológico ya estaba rodando cuesta abajo la Familia patriarcal. Freyre documenta abundantemente este periodo en *Ordem e Progresso*.

La secularización promovida por las leyes republicanas reguló el matrimonio por el decreto de 24 de enero de 1890, por tanto, antes de que viera la luz la primera de las muchas constituciones republicanas. Era el matrimonio civil el que entraba en escena después de casi cuatro siglos de existencia del Brasil. Sin embargo, aún el país real imperó y persistió la celebración exclusiva del matrimonio católico. Después, los próceres de la república adoptaron una medida más drástica:

El matrimonio civil, único válido en los términos del artículo 108 del Decreto 181, de 24 de enero último, precederá siempre las ceremonias religiosas de cualquier culto, con que deseen solemnizarlo los contrayentes. El ministro de cualquier confesión, que celebrare las ceremonias religiosas del matrimonio antes del acto civil, será castigado con seis meses de prisión y multa de la mitad de tiempo. En caso de reincidencia se aplicará el duplo de las mismas penas.

Lo que me recuerda el lema de los usos y costumbres tradicionales\* de los estudiantes de Coímbra: *Dura Lex sed Lex*.

Pocos meses después, el 24 de febrero de 1891, fue promulgada la constitución. Bastante enjuta, no trató especialmente sobre la Familia. Pero en su art. 72, parágrafo 4º, reveló que la república solo reconocía el matrimonio civil. El código de Beviláqua reguló dicha unión exhaustiva-

mente. El civilista cearense contestaba en su doctrina, de fondo evolucionista, la elevación del matrimonio a sacramento por la Iglesia<sup>13</sup>. Y lo definía como «un contrato bilateral y solemne, por el cual un hombre y una mujer se unen indisolublemente, legitimando por él sus relaciones sexuales; estableciendo la más estrecha comunión de vida y de intereses, y comprometiéndose a criar y educar la prole que de ambos naciera». El sensismo de la Escuela de Recife es notable en el texto del jurista.

Tras las convulsiones políticas que condujeron al fin de la primera república, incluyendo la Revolución constitucionalista de 1932, vio la luz la constitución de 1934, precedida por la asamblea constituyente de 1933. A semejanza de lo que hiciera el General Castelanau en Francia con la Federación Nacional Católica<sup>14</sup>, fue creada en Brasil la Liga Electoral Católica que tuvo por finalidad orientar el voto católico en las elecciones para la asamblea nacional constituyente. La tercera asamblea brasileña se instaló solemnemente en el Palacio Tiradentes. La finalidad de la LEC era modificar la fisonomía laicista del Estado brasileño que se tornó regla desde 1889. Los resultados de la acción de la LEC quedan patentes en el texto de la constitución, que tuvo breve vida en la historia constitucional brasileña: Se invocó a Dios en el preámbulo; el art. 153 preveía la enseñanza religiosa en las escuelas; el art. 113 trataba de la asistencia religiosa a las fuerzas armadas y en las prisiones; el art. 163 ordenó que el servicio militar de los eclesiásticos debería ser prestado bajo forma de asistencia espiritual u hospitalaria. Acerca de nuestro tema, importa recalcar que el art. 144 proclamó la indisolubilidad del vínculo conyugal, estando la Familia constituida por este vínculo; y el art. 138 preveía la asistencia estatal a las familias numerosas. El éxito de la actuación de la LEC fue reconocido por Paulo Brossard, al afirmar que «la LEC fue la organización extrapartidaria que ejerció la mayor influencia política y electoral en la historia de Brasil»<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Teniendo la religión, por mucho tiempo, monopolizado la celebración del matrimonio, y teniendo el cristianismo elevado este acto a la categoría de sacramento, aún hoy hay juristas que se atemorizan de declararlo un contrato. Como era imposible mantener, hoy, en un derecho definitivamente secularizado ese exotismo de sacramento, dicen que es un acto. Cfr. BEVILÁQUA, C., *Direito da Família*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1943, p. 35.

<sup>14</sup> Dirigida a promover una acción cívica, procurando privilegiar los intereses de la religión católica, de la familia, de la sociedad y del patrimonio nacional. Sobre la actuación de Castelanau, ver GRAS, Y., *Castelanau ou l'art de commander, 1851-1944*, París, 1990.

<sup>15</sup> *Jornal de Minas*, 3 de julio de 1986.

Las tendencias totalitarias que marcan los años 30 del pasado siglo en todo el mundo repercutirán también en Brasil. La constitución de 1937, cuyo principal autor fue Francisco Campos, fue otorgada dando inicio al llamado Estado Novo, pero en materia de Familia, el art. 124 reunió y condensó los dos artículos del texto constitucional anterior, previendo la indisolubilidad del matrimonio y el apoyo a las familias numerosas.

Después de la II Guerra Mundial, se convocó una nueva asamblea constituyente. Gilberto Freyre fue electo diputado constituyente. En su discurso durante los trabajos de dicha asamblea, llamó la atención sobre que no sería posible considerar que una constitución podría tener un «efecto mágico, sobrenatural, solo por crear, renovar o asegurar un orden social». Debería ser, esto sí, «el símbolo de los derechos y de los principios ya establecidos en la comunidad»<sup>16</sup>.

La constitución de 1946, en su título VI, «de la Familia, la educación y de la Cultura», capítulo I, art. 163, consagra la Familia como constituida por el matrimonio de vínculo indisoluble y merecedora de la protección del Estado. Los efectos civiles del matrimonio se reconocieron bajo ciertas condiciones. Se prevé también, en el art. 164, el amparo de las familias de prole numerosa.

Las turbulencias políticas constantes en el periodo republicano redundaron en nuevos textos constitucionales. Después de los acontecimientos del célebre año 1964, la regla no cambió. En 1967 vio la luz una nueva constitución, a su vez destinada a enmienda en 1969, enmienda que puede ser considerada nuevo texto constitucional. En el título IV, tenemos el art. 167 y sus cuatro párrafos:

Art. 167 La familia está constituida por el matrimonio y tendrá derecho a la protección de los Poderes Públicos.

1º. El matrimonio es indisoluble.

2º. El matrimonio será civil y su celebración gratuita. El matrimonio religioso equivaldrá al civil si se observan los impedimentos y las prescripciones de la ley, así lo requiera el celebrante o cualquier interesado, siempre que el acto sea inscrito en el registro público.

---

<sup>16</sup> Véase MACIEL, M., *Gilberto Freyre-Telúrico e Universal*, Brasilia, 1987. El dedicado intérprete del Brasil murió durante los trabajos de la constituyente de 1987.

3°. El matrimonio religioso celebrado sin las formalidades de este artículo tendrá efectos civiles si, a requerimiento de los contrayentes, fuese inscrito en el registro público, mediante previa habilitación ante la autoridad competente.

4°. La ley instituirá la asistencia a la maternidad, a la infancia y a la adolescencia.

Se mantuvo, en lo esencial, lo dispuesto en la constitución de 1946.

La citada enmienda de 1969, en su art. 175, confirmó la constitución de la Familia por el matrimonio indisoluble. Replicó casi literalmente el texto constitucional de 1967 supra citado.

Sin embargo, transcurrieron menos de ocho años para que una nueva enmienda constitucional, la n° 9, alterase radicalmente la institución matrimonial. El carácter de la indisolubilidad matrimonial omnipresente en la historia jurídica multiseccular de la Familia luso-brasileña<sup>17</sup> desapareció. La enmienda fue sancionada en pleno régimen autoritario –para algunos dictatorial– por el presidente Ernesto Geisel<sup>18</sup>. Sobre las causas del fin de la indisolubilidad habría de describirse el proceso histórico realizando un análisis pormenorizado de las corrientes de pensamiento –como por ejemplo la de la Escuela de Frankfurt– que arruinaron uno de los cimientos de la Familia<sup>19</sup>.

Transcurridas menos de dos décadas desde las enmiendas de 1969 y de 1977, la actual constitución revolucionó la concepción normativa de la Familia. La asamblea constituyente de 1987 fue una verdadera babel, registrada por la prensa y por los testimonios de muchos diputados constituyentes<sup>20</sup>. La circunstancia de encontrarnos aún en el periodo de Guerra Fría

---

<sup>17</sup> Sobre el tema, por todos, ver ESPINOSA GOMES DA SILVA, N., *História do Casamento em Portugal*, Lisboa, 2013.

<sup>18</sup> Merecería un estudio riguroso buscar en el pensamiento jurídico las causas de que la enmienda fuera aprobada con el beneplácito de los militares. Algunos años después, el proyecto de enmienda constitucional que pugnaba por las elecciones directas no obtuvo el apoyo de los militares y no fue aprobada, pese a las manifestaciones populares.

<sup>19</sup> La obra del Padre Leonel Franca, *O Divórcio*, publicada en los años 30 del siglo XX, ofrece algunos elementos para la investigación. La contracultura que se propagó en los años sesenta con Woodstock y la Revolución de la Sorbona, también merecen atención para la mejor percepción del fenómeno de la revolución tendencial que operó sobre las mentalidades.

<sup>20</sup> Sobre el tema, ver el documentado trabajo de CORRÊA DE OLIVEIRA, P., *Projeto de Constituição Angustia o País*, San Pablo, 1987. Las glosas al sustituto Cabral merecen un profundo y riguroso estudio acerca de los aciertos en las previsiones sobre las conse-

no puede dejar de considerarse en el análisis de los debates que se produjeron en Brasilia. Si la asamblea se hubiera reunido tras los episodios de Berlín de 1989, las discusiones hubieran tenido ciertamente otro tenor.

En lo que toca a la estructura familiar, la revolución no fue de poca monta. Vimos que las costumbres y la mentalidad brasileña en materia de Familia se enraizaban en siglos de cultura cristiana. La Familia persistió en el plano jurídico incluso con las alteraciones jurídico-políticas que tuvieron lugar con la Independencia, el Brasil Imperio y la República.

Fijémonos, pues, en el texto constitucional salido de la constituyente de 1987:

Art. 226. La familia, base de la sociedad, tiene especial protección del Estado.

1°. El matrimonio es civil y su celebración gratuita.

2°. El matrimonio religioso tiene efecto civil, en los términos de la ley<sup>21</sup>.

3°. Al efecto de la protección del Estado, se reconoce la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en matrimonio.

4°. Se entiende también, como entidad familiar, la comunidad formada por cualesquiera dos progenitores y sus descendientes.

5°. Los derechos y deberes referentes a la sociedad conyugal se ejercerán igualmente por el hombre y la mujer.

6°. El matrimonio civil puede ser disuelto por el divorcio.

7°. Fundado en los principios de la dignidad de la persona humana y de la paternidad responsable, la planificación familiar es decisión libre de la pareja, siendo competencia del Estado propiciar los recursos educacionales y científicos para el ejercicio de ese derecho, quedando prohibida cualquier forma coercitiva por parte de instituciones oficiales o privadas.

8°. El Estado asegurará la asistencia a la familia en la persona de cada uno de los que la integra, creando mecanismos para impedir la violencia en el ámbito de sus relaciones.

---

cuencias de la revolución que la normativa constitucional provocaría en la sociedad brasileña.

<sup>21</sup> La regulación de reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio religioso fue prevista por la Ley 1.110 de 23 de mayo de 50, según lo dispuesto en la Constitución Federal de 1946, art. 163, parágrafos 1° y 2°.

El legislador constituyente reconoció que la Familia es la base de la sociedad. Pero no puede definir cómo se constituye, teniendo en cuenta que equipara el matrimonio a la unión estable. Aquí se abrió un camino para las más diversas acepciones de lo que sea la Familia. Así, puede haber «unión estable» entre dos personas libres para casarse, así como también puede haber unión estable entre personas impedidas de casarse, por estar ya casadas o por estar legalmente prohibido que se casen la una con la otra, como en el caso del incesto. Y el paso siguiente será interpretar la posibilidad de «unión estable» entre personas del mismo sexo. Y quizás, también, entre varias personas. El legislador ordinario tuvo que acudir en socorro del texto constitucional. Pero en nuestros días, como es sobradamente sabido, los Tribunales consideran tener un extenso margen para exégesis e, *ipso facto*, para la producción normativa.

Además, preceptúa que la protección del Estado se extenderá a la entidad familiar formada por cualquiera de uno de los progenitores y sus descendientes. Se trata de un *tertius genus* entre la Familia y la no-Familia: la entidad familiar. La constitución de la Familia ya no está exclusivamente fundada en el matrimonio. Aquí también la aptitud imaginativa y de exégesis extensiva de los juristas encontró campo abierto para poder actuar... Y actuó en las últimas décadas, habiendo el Profesor Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coímbra, Doctor Rui de Figueiredo Marcos, acuñado la expresión «desfamiliarización» del derecho de familia<sup>22</sup>.

El conjunto del art. 226 -en especial la creación mental de la entidad familiar- manifiesta la ruptura con la tradición Occidental que forjó el concepto de Familia recogido por el Brasil Quinientista y que fue, de hecho, la base de la sociedad a lo largo de más de medio milenio en el mundo luso-brasileño.

---

<sup>22</sup> Impresiona la afinidad de este cuadro con lo dispuesto sobre las mismas materias en leyes de países que poseían una visión ideológica de la Familia. He aquí algunos ejemplos: Constitución cubana: «Art. 35 - El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer legalmente aptos para ella, a fin de llevar vida en común. Se basa en la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuges, que deben atender al mantenimiento del hogar y a la formación integral de los hijos. Y en la Constitución rusa vigente en los años 80: art. 45 - La familia se encuentra bajo la protección del Estado. El matrimonio se basa en el acuerdo voluntario de la mujer y el hombre; los cónyuges son absolutamente iguales en las relaciones familiares».

Para acabar este breve análisis cabe aún alguna reflexión sobre los deberes de la Familia, de la sociedad civil y del Estado: En materias atinentes a la Familia, y no exclusivamente, la intervención del Estado puede resultar calamitosa, muchas veces devastadora, aun cuando fuera indispensable. Tal ocurre, por analogía, con las intervenciones de los bomberos, sin duda indispensables para extinguir incendios, pero que pueden damnificar por la acción de agua aquello que el fuego por suerte no había destruido ya. De ahí se sigue que las injerencias del Estado en materia familiar deberían dejarse a la ley ordinaria, a cuyo ámbito por cierto pertenecen por naturaleza. Se tiene, pues, en la ley ordinaria, un tratamiento más amplio y matizado, de temas sobre los que una Constitución tiene que ser necesariamente mucho más sintética y lacónica.

Sobre la sociedad civil importaría ofrecer su definición. El término ha sido utilizado indiscriminadamente por los filósofos modernos, en especial a partir de Hegel quien en sus *Elementos de Filosofía del Derecho* la presenta como una etapa de las relaciones dialécticas entre la Familia y el Estado. El marxismo se sirvió del término para materializar la sociedad burguesa, mientras que otros intérpretes hegelianos procuraron ver aspectos no estatales de la vida en sociedad. El epígono de la Escuela de Frankfurt, Habermas, entiende la sociedad civil, a su vez, como movimientos, organizaciones y asociaciones, que captan los ecos de los problemas sociales que resuenan en las esferas privadas y los transmiten a la esfera pública política. La instrumentalización ideológica queda patente en cualquiera de las concepciones y sirve para catapultar teorías de moda y excitar el prurito de las novedades, siempre enemigas de los legisladores prudentes.

Nada sería más clarificador en materia constitucional que recoger el principio de subsidiariedad que consagra la libertad y protege las Familias de las injerencias abusivas del Estado. Es seguro que la actitud de ayuda, *subsidium*, es loable benefactora, pero debe restringirse a lo estrictamente necesario favoreciendo el criterio de discernimiento propio de una institución tan rica y dinámica como es la Familia. La libertad favorece la iniciativa y la responsabilidad.

Es connatural a la Familia el cumplimiento de sus deberes. Siendo fuente y escuela de vida posee naturalmente la fuerza vital y educadora. El Estado, a su vez, protege la Familia favoreciendo el orden natural, condición para la auténtica legislación. Nobilísima prerrogativa y también misión del Estado que hace converger los fines de la Familia hacia el bien común. Resulta

evidente que un atentado contra la Familia será siempre un atentado contra todo el género humano. Alcanzada la célula vital de la sociedad, todos son agraviados. La desagregación familiar produce una dolorosa llaga social. Vacilando la Familia, comienza a desmoronarse el fundamento de toda civilización. Si Brasil pretende brillar en el concierto de las Naciones urge que el Estado defienda y fortalezca la Familia y colabore con ello a la armonía, concordia y mutuo afecto entre padres, hijos y nietos.

Las soluciones de los problemas más delicados no pueden ser ofrecidas por la mentalidad materialista que fomenta una libertad ilimitada desagregando la Familia mediante la indisciplina de las costumbres. Mentalidad que niega cualquier importancia a la moralidad e introduce en la legislación factores de desagregación, muchas veces dificultando el propio cumplimiento de los deberes, por ejemplo, en cuanto a la educación de los hijos, reduciendo a los padres a la condición de despojados de la capacidad de transmitir la moral y las costumbres que recibieron de sus mayores, las *mores maiorum* que hicieron la grandeza de Roma y del derecho romano.

La Familia no es un rótulo sin contenido, no puede ser reducida a la expresión más simple. La institución de la Familia puede ser considerada la más importante de la vida social. La sociedad familiar abarca en sí misma otras dos sociedades: la sociedad conyugal y la sociedad paternofamiliar, siendo ésta natural complemento de la primera. Pero ninguna de ellas aisladamente deja de merecer el nombre de Familia. El Estado debe usar sus prerrogativas para robustecer y tornar pujante el instituto jurídico. La savia de la Familia es natural. Y el Estado no puede ignorar la naturaleza de las cosas.

Toda la vida familiar se encuentra fundada en la convivencia que naturalmente produce los derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos. Sería saludable que los cónyuges tuviesen clara la noción de que los derechos y los deberes recíprocos entre ellos no deberían ser fijados sino en función de los derechos y deberes que ambos poseen frente a los hijos. En la Familia, es preciso resaltar que los hijos no son un «medio» más, son un «fin». La Familia existe para protegerlos, para formar sus personalidades, para su desarrollo físico y intelectual, así como el desenvolvimiento moral: este conjunto produce la felicidad. Los hijos tienen el derecho de recibir amparo físico y espiritual en los años de formación. En el amparo físico se concretiza el derecho a la vida. En el amparo espiritual se incluye la satisfacción del derecho a la educación: intelectual, moral y religiosa. Los padres

tienen el derecho, que nadie debe obnubilar, de orientar la educación de los hijos.

Leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos asolan los pueblos del mundo contemporáneo. El Estado legisla torrencialmente. Y a esos pueblos todo el poder legisferante les parece emanar única y exclusivamente de esa fuente caudalosa. Hay ciertamente una ley que da el derecho a la vida, a la integridad física, a toda la libertad de hacer lo que fuera lícito, a la estabilidad de la Familia. Pero esta ley no tiene origen en el Estado. Mi derecho a estar vivo no depende de la ley estatal, así como todos los derechos inherentes al ser humano. La ley producida por el Estado solo y simplemente debe limitarse a proclamar el derecho, no a crearlo o instituirlo. El conjunto de derechos que cada criatura humana posee por el hecho de ser humano atiende por el nombre de Derecho Natural. Los regímenes totalitarios modernos, patentes o latentes, velada o abiertamente violan y desprecian continuamente este Derecho. Los regímenes representativos también pueden ser hábiles tiranos y la historia no desconoció tiranías constitucionales.

El beneficio que al Brasil pudiera traer la seria reflexión sobre la Historia de la Familia y sus naturales consecuencias jurídico-políticas será el uso atrevido de las libertades públicas para defender todas las instituciones de Derecho Natural contra aquellos que ansían y planean su violación.

La Familia brasileña fuerte y protegida por la ley natural cumplirá así su sagrada misión.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIRES DE MAGALHÃES SEPÚLVEDA, C., *Historia Organica e Politica do Exercito Português. Provas*, vol. XII, Lisboa, Imprensa da Universidade, 1917.

BEVILÁQUA, C., *Direito da Família*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1943.

CARBONNIER, J., *Droit Civil*, Paris, 1983.

CORRÊA DE OLIVEIRA, P., *Projeto de Constituição Angustia o País*, San Pablo, 1987.

ESPINOSA GOMES DA SILVA, N., *História do Casamento em Portugal*, Lisboa, 2013.

GOMES, O., *Direito de Família*, Rio de Janeiro, 2000.

LEITE, S., *História da Companhia de Jesus no Brasil*, II, Lisboa-Rio de Janeiro, 1938.

NORONHA, I., *Aspectos do Direito no Brasil Quinhentista*, Coímbra, 2006,

GRAS, Y., *Castelnau ou l'art de commander, 1851-1944*, Paris, 1990.

MACIEL, M., *Gilberto Freyre-Telúrico e Universal*, Brasília, 1987.

\*\*\*

(\*) N. del T., *praxe* en el original portugués. La *Praxe académica da Universidade de Coimbra*, es el conjunto de usos y costumbres tradicionalmente existentes entre los alumnos de la Universidad de Coímbra y los que fuesen decretados por el Consejo de Veteranos. Su lema es, efectivamente, *Dura Lex sed Lex*, y existe incluso un *Código da Praxe* debidamente publicado.