

LA FUNCIÓN DEL DERECHO Y DEL ESTADO SOBRE LA FAMILIA: RAZÓN O IDEOLOGÍA

Juan Ignacio Grande Aranda

Profesor Universidad CEU-San Pablo e Investigador Instituto de Estudios de la Familia

Miguel Ángel Herrera Molina

Profesor de Derecho Financiero y Tributario del Centro Universitario Villanueva (adscrito a la Universidad Complutense de Madrid)

Sumario: I. La persona y la familia como hechos anteriores a su regulación jurídica-positiva: la Justicia y el Derecho. II. El peso de las ideologías. La importancia de la recuperación de la razón. III. La necesaria autocontención y reorientación de la actuación del Estado: subsidiariedad y derechos de la familia.

Recibido: 3 de Febrero de 2013
Aceptado: 4 de Febrero de 2013

LA FUNCIÓN DEL DERECHO Y DEL ESTADO SOBRE LA FAMILIA: RAZÓN O IDEOLOGÍA

Sumario: I. La persona y la familia como hechos anteriores a su regulación jurídica-positiva: la Justicia y el Derecho. II. El peso de las ideologías. La importancia de la recuperación de la razón. III. La necesaria autocontención y reorientación de la actuación del Estado: subsidiariedad y derechos de la familia.

I.- La persona y la familia como hechos anteriores a su regulación jurídica-positiva: la Justicia y el Derecho.

La familia es una realidad anterior al Derecho positivo y, como núcleo de la sociedad, es la primera institución social en la que la justicia se manifiesta. Pero nos estamos moviendo dentro de unos conceptos que, ahora más que nunca, es necesario aclarar. El empleo de los mismos términos para hablar de realidades distintas es una técnica eficaz de confusión y, en este caso, de manipulación ideológica.

Vamos a mantener el concepto clásico (e insustituible) de justicia: dar a cada uno lo suyo. Para que exista una relación jurídica es preciso que existan unas relaciones de alteridad (entre dos o más personas), igualdad y una razón de debido (una persona debe algo a otra).

Se puede observar que el Derecho se aplica únicamente a las personas. Las personas son sujetos del Derecho. Actualmente, como en otros tiempos (Derecho romano, por ejemplo), el concepto de persona está sufriendo una degradación y, por lo tanto, también, el concepto de familia y el de justicia y Derecho.

En el Derecho romano existían personas a las que el Derecho positivo y la sociedad no reconocía como tales: los esclavos. El Derecho romano, aunque bastante perfecto desde el punto de vista de los derechos reales y del comercio, resultaba inhumano y duro en muchas de sus manifestaciones, debido al concepto restrictivo y erróneo de su fundamento: la persona. Una reunión de familias llegó a construir el Imperio romano y la disolución de la familia supuso,

entre otras cosas, su caída. En el Derecho español actual existen personas a las que el Derecho tampoco reconoce como tales: los concebidos no nacidos (supuesto derecho al aborto).

Persona, desde el punto de vista jurídico, es el sujeto de derechos y obligaciones (a las que no hay que olvidar). La persona nunca puede ser un objeto. Pero ¿cuándo empieza la personalidad? Para los esclavos, cuando se les manumitía. ¿Es razonable? Esta respuesta ha sido (y sigue siéndolo, en algunos lugares) válida durante muchos siglos con todos los parabienes de las mayorías alentadoras de las leyes positivas.

El concepto de persona es un logro de la cultura. El hombre es el único ser que tiene cultura y, también, el único que puede tener incultura. Hay culturas más o menos perfectas en tanto en cuanto sean, en mayor o en menor grado, cauces y expresión de verdadero conocimiento y sabiduría y, por lo tanto, de humanidad.

La libertad de la que goza el hombre es la causa de que la cultura que emana sea más o menos verdadera y, por lo tanto, más o menos humana. Y la libertad del hombre ha de dirigirse a crear un orden social y jurídico que respete los valores esenciales del ser humano, y esto incluye el altísimo valor de la familia.

La sociedad se fundamenta en las familias, porque la familia es importante y central en relación con la persona. En esta cuna de la vida y del amor, el hombre nace y crece. La familia es la primera asociación de personas y siempre ha sido el lugar en el que la persona ha venido al mundo. Siempre se ha considerado una desgracia el no tener familia.

Una de las características de la familia son los intensos lazos de solidaridad que existen entre sus miembros, que hallan su raíz, no en la justicia, sino en el amor¹, cuestión que nunca podrá ser bien reflejada por una regulación positiva.

El Código Civil, que no define la familia (y no tiene por qué hacerlo), asume los siguientes principios:

Artículo 68:

¹ “El amor lleva consigo la unión de las personas, y su convivencia armoniosa hace que puedan alegrarse juntas del bien que cada persona representa y también del bien que comporta su unión. Es un bien de armonía espiritual y de paz. En este clima se hace posible una recíproca entrega de sí mismos que lleva a la profundización recíproca. Por esto, toda convivencia humana debería basarse en el amor. El mandamiento evangélico del amor al prójimo constituye ciertamente un principio personalista. Este principio asume una particular importancia en todas las comunidades humanas, sobre todo, en las más pequeñas y, como consecuencia, más integradas; donde, en una mayor medida, cada hombre depende de otro hombre; la persona, de otra persona. El personalismo está en la base de toda moralidad conyugal y familiar, explica el sentido e indica la vía de la educación y de la autoeducación: todo esto se basa en la profunda comprensión del valor de la persona y, además, en la comprensión del amor, cuyo específico sujeto y objeto es la persona”; *Mi visión del hombre. Hacia una nueva ética*, Karol Wojtyła, trilogía inédita I, Biblioteca Palabra, Ediciones Palabra, 2005, p. 316.

Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo².

La redacción inmediatamente anterior (vigente hasta el año 2005) decía así:

Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.

De la redacción actual puede colegirse lo siguiente:

- a) El matrimonio (cónyuges) es el fundamento de la familia.
- b) El principio de solidaridad familiar se manifiesta en:
 - a. La obligación de vivir juntos.
 - b. El deber de fidelidad.
 - c. El deber de socorro mutuo.
 - d. El deber de compartir las responsabilidades domésticas.
 - e. El deber de cuidar y atender a los ascendientes y descendientes y a otras personas en situación de dependencia.

Es importante resaltar que la familia queda definida, desde el punto de vista del Derecho, por las obligaciones de sus miembros. Los derechos se tienen para el cumplimiento de las obligaciones. En el mundo actual, en el que parece que sólo se tienen derechos, es muy importante resaltar las obligaciones.

Hasta el año 2005, el incumplimiento de esas obligaciones justificaba, desde el punto de vista del código civil, la separación y el divorcio:

Artículo 82:

Son causas de separación:

1. El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales.

No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.

2. Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.

3. La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.

² [Este artículo ha sido redactado conforme a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, de 09-07-2005, pp. 24458-24461)]

4. *El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.*

5. *El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido. Se entenderá, libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103 en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.*

6. *El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años.*

7. *Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3., 4 y 5 del artículo 86.*

Artículo 86

Son causas de divorcio:

1. *El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año interrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquélla se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.*

2. *El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año interrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82 una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.*

3. *El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años interrumpidos:*

a) *Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.*

b) *Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.*

4. *El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.*

5. *La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.*

Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta de convenio regulador de sus efectos, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código.

Actualmente, los vínculos de profunda solidaridad que deben de existir dentro de la familia se pueden romper por el simple deseo de uno de sus componentes fundadores (uno de los cónyuges).

Artículo 81 CC.

Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1ª petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2ª petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

Artículo 86 CC.

Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, la petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.

Pero, de alguna de las obligaciones, la ley positiva no dispensa:

Artículo 92

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

De esto se puede deducir que:

La separación no supone la disolución del vínculo matrimonial, por lo que es lógico que muchas de las obligaciones matrimoniales se mantengan activas y, en cualquier caso, las otras se mantienen, aunque en suspenso.

La nulidad supone que no ha existido el nacimiento de un vínculo familiar, pero la protección de los hijos, de forma razonable, hace necesaria la aplicación de los mismos vínculos intensos de solidaridad que se dan en las familias. Esto es, para los hijos es tan necesaria la

institución familiar que, en su favor, se aplican, lo más que se puede, desde el punto de vista racional, sus consecuencias.

Es más, en este caso, el artículo 79 C.C. establece que *la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe.*

El divorcio, que, desde el punto de vista del Derecho positivo español, supone la disolución del vínculo matrimonial (fundador de la familia), lógicamente, no tiene la “potencia” disolvente suficiente para destruir lo que el matrimonio (anterior al Derecho positivo) ha creado, prueba de la indestructibilidad de sus derechos y obligaciones.

Sin embargo, la ley positiva, evidentemente, podría seguir dando pasos en contra de la razón y de la misma persona, como nos lo demuestra la historia humana.

Pero volvamos al análisis del actual artículo 68 CC. Para él, la familia está constituida por los cónyuges, ascendientes, descendientes y otras personas en situación de dependencia que estén a su cargo.

Estas personas, que se hallan protegidas por los vínculos de solidaridad familiares, forman, desde el punto de vista del código civil español, el núcleo de la familia.

Esos deberes familiares de cuidado y apoyo mutuo (anteriores al Derecho positivo y que nunca podrán ser bien delimitados por éste) son los que, en estas horas de profunda crisis, están salvando al Estado y a la sociedad, pese a los brutales ataques del legislador positivo, que está empleando todo el poder disolvente de las ideologías hechas ley para destruir los vínculos de solidaridad familiares y, por lo tanto, el Estado de Derecho.

Estos vínculos de solidaridad, profundamente personales y humanos, se ven, desde el punto de vista de la razón y de la experiencia de tantos y tantos siglos de historia, mucho mejor protegidos mediante una institución matrimonial (repetimos, fundadora de la familia) heterosexual (el deber de fidelidad, por ejemplo, no tiene sentido en otros tipos de relaciones sociales que sin duda pueden ser reguladas por la ley, pero de acuerdo con su naturaleza y otorgándole una denominación apropiada que evite la confusión), monogámica e indisoluble.

El poder dejar de cuidar y socorrer al cónyuge por el solo hecho de pedirlo, sin alegar causa alguna (“a petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio”), es un acto de inhumanidad y puede provocar profundas injusticias. El legislador olvida la realidad de la persona y de su amor, y cae en un utilitarismo instrumentalizador de la persona.

Pero la potente y eficacísima solidaridad familiar sigue siendo una realidad que se ve reconocida en leyes tan técnicas y, aparentemente alejadas de esta materia, como las fiscales:

Se considerarán personas o entidades vinculadas las siguientes:

*Una entidad y los cónyuges o personas unidas por relaciones de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado de los socios o partícipes, consejeros o administradores*³.

Sin embargo, para la LIRPF, algo más cicatera, no existe aplicación del mínimo familiar en el caso de parentesco por afinidad, esto es, que no existe deducción por la suegra que es acogida en el hogar, por ejemplo. Pero lo esencial, el hecho de que las relaciones familiares y de parentesco sean básicas y fuertes es incontestable.

En resumen, los conceptos de persona, familia, matrimonio, justicia y derecho dependen de la percepción de la realidad. Esa percepción puede estar distorsionada, pero se trata de razonar y de aceptar a la persona como el ser más valioso que existe. Lo que vale se protege, especialmente, si es frágil.

El Derecho positivo ha de acoger un concepto real, verdadero, de persona y de familia, y no permitir prácticas nocivas como el uso alternativo del Derecho o la entrada de ideologías. Esto es, hace falta una vuelta a la razón, al estudio y contemplación de la realidad objetiva. De esta realidad, anterior a él, el Derecho tomará los elementos necesarios para la mejor regulación de las relaciones sociales, empezando por la más importante: la familia.

II.- El peso de las ideologías. La importancia de la recuperación de la razón.

La experimentación social, por desgracia, ha tenido, y tiene cabida en la Historia.

Esparta es ejemplo de cómo la persona puede ser instrumentalizada al servicio de un interés particular, al servicio de una ideología. Se trataba de colectivizar y despersonalizar al ser humano para hacerlo un servidor eficaz del cuerpo político. Unos de los vínculos que se trataban de destruir, desde que era posible, eran los familiares. Es conocida la prohibición de contraer matrimonio que se aplicaba a los soldados romanos, situación análoga a la de los jenízaros, personas esclavizadas por el Estado, que sabe que los lazos familiares (personales) son los más fuertes.

Las leyes que establecían esos regímenes de vida estaban impregnadas de ideología totalitaria, que ponía a la persona al servicio del Estado. Esa ideología fue la perdición y la causa de la desintegración de esos regímenes.

Los Emperadores romanos, al divinizarse, salvo casos excepcionales y patológicos, nunca pretendieron ser verdaderos dioses, lo que se divinizaba era al poder público romano. La

³ Artículo 16.3.c) del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

religión oficial romana era la religión del Dios-Estado⁴. Marco Terencio Varrón (116-27 a.C.) nos dirá con tintes de actualidad: “los dioses no crearon el Estado, el Estado estableció a los dioses cuya veneración es indispensable para el orden del Estado y el buen comportamiento de los ciudadanos⁵”.

El Estado pierde poder si no es totalmente libre para legislar sobre el objeto humano. Si no es totalmente libre para establecer lo que es una persona y sus relaciones. Para ganar poder, el Estado necesita despersonalizar.

Para despersonalizar, ser revela muy eficaz la disolución de la familia y sus vínculos. Un Estado que consiga un grado de confusión significativo, especialmente en estos campos, entre su población, es un Estado omnipotente; nada puede escapar a su control, al mismo tiempo que pone en marcha los mecanismos necesarios para su disolución.

Se aplica, así, un moralismo político que tiene “una dirección errada, pues está privado de racionalidad serena y, en último término, pone la utopía política más allá de la dignidad del individuo, mostrando que puede llegar a despreciar al hombre en nombre de grandes objetivos”⁶.

Nuestro país, actualmente, es un ejemplo de los efectos de experimentación social: el Estado ha penetrado hasta lo más íntimo de nuestras vidas, pero es ampliamente desobedecido, tanto desde el punto de vista institucional (la crisis económica actual revela que el Estado no tiene mecanismos para controlarse a sí mismo, por ejemplo, no puede controlar a las Comunidades autónomas, que, al fin y al cabo, son Estado), como desde el punto de vista individual (por ejemplo, el impago del euro por receta, independientemente de lo acertado, o no, de la medida, o la corrupción política que está aflorando gracias a los medios de comunicación⁷).

Las ideologías, que suelen tener un carácter mesiánico, al prescindir de la razón, de la realidad, consiguen una libertad efímera y una tiranía pronta e insoportable, aunque sea imperceptible, bajo el efecto narcótico de la sociedad de consumo.

El hombre, liberado de su familia y de cualquier otro vínculo, también, del de Dios, cae en poder el Estado, del cuerpo político, de la tiranía. “¿Cómo podría, la sociedad, dejar de

⁴ Sobre el Dios-Estado:” Cómo sobrevivir intelectualmente al siglo XXI”; Leonardo Castellani; Libroslibres, 2008; pp. 301-2.

⁵ «¿La verdad del cristianismo?», conferencia impartida por el cardenal Joseph Ratzinger en la Sorbona de París el 27 de noviembre de 1999. (<http://es.catholic.net/biblioteca/libro.phtml?consecutivo=426&capitulo=5178>)

⁶ Conferencia del Cardenal Joseph Ratzinger, pronunciada el 1 de abril de 2005, en Subiaco, en el monasterio de Santa Escolástica, al recibir el premio “San Benito, por la promoción de la vida y de la familia en Europa” (<http://www.zenit.org/article-15746?l=spanish>). El original está redactado en pasado.

⁷ “Así, si los hombres que dirigen las aristocracias intentan a veces la corrupción, los jefes de las democracias son ellos mismos los corrompidos. En unas se ataca directamente la moralidad del pueblo; en las otras se ejerce sobre la conciencia pública una acción indirecta aún más de temer. La democracia en América; Alexis de Tocqueville; tomo I, El libro de bolsillo, Alianza Editorial, Madrid, 1993; p. 207.

perecer si, mientras el lazo político se relaja, el lazo moral no se atiranta? ¿Y qué hacer con un pueblo dueño de sí mismo si no está sometido a Dios?⁸” “Es el Despotismo el que puede prescindir de la fe, no la libertad”⁹.

La recuperación de la razón y de la religión son dos objetivos fundamentales para la revitalización de la familia.

“Los filósofos del siglo XVIII [y los del XXI] explicaban de manera muy sencilla el debilitamiento gradual de las creencias. El celo religioso, decían, debe extinguirse a medida que la libertad y la cultura aumenten. Lástima que los hechos no concuerden con esa teoría.

[...] Es una especie de aberración de la inteligencia lo que aleja a los hombres de las creencias religiosas; pero una inclinación invencible les vuelve a llevar a ellas. La incredulidad es un accidente; la fe es el único estado permanente de la humanidad”.

Pensamos que uno de los problemas señeros de la familia en España es el alejamiento de la religión y, más en concreto, de la religión que ha configurado nuestra cultura e historia: el cristianismo¹⁰. La fe cristiana ilumina a la razón para que ella no se confunda y refuerce su percepción sobre los valores esenciales de la convivencia social.

El cristianismo supuso una novedad, el situar la religión en el lado de la razón. El cristianismo “tiene sus precursores y su preparación interior en la racionalidad filosófica y no en las religiones. El cristianismo, para [san] Agustín y de acuerdo con la tradición bíblica, según él, normativa, no se funda en imágenes y presentimientos míticos, cuya justificación se halla, al fin y al cabo, en su utilidad política, sino que, al contrario, tiende hacia la esfera divina que es capaz de advertir el análisis racional de la realidad¹¹”.

La familia, dada su importancia, necesita un marco de desarrollo moral y jurídico estable, a salvo de las ideologías o de los utilitarismos pasajeros.

A la inestable situación actual, indicativa de la carencia de valores, que tienen un valor permanente, se le puede aplicar la siguiente observación de Tocqueville: “Los poderes políticos

⁸ La democracia en América; Alexis de Tocqueville; tomo I, El libro de bolsillo, Alianza Editorial, Madrid, 1993; p. 278.

⁹ Ibidem, p. 278.

¹⁰ Así se supo valorar y reflejar en la Constitución española de 1978: Artículo 16 CE.

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

¹¹ «¿La verdad del cristianismo?», conferencia impartida por el cardenal Joseph Ratzinger, en la Sorbona de París, el 27 de noviembre de 1999. (<http://es.catholic.net/biblioteca/libro.phtml?consecutivo=426&capitulo=5178>).

que parecen mejor establecidos no tienen como garantía de su duración más que las opiniones de una generación, los intereses de un siglo, y, a menudo, la vida de un hombre. Una ley puede modificar el estado social de apariencia más firme y definitiva y, con él, todo cambia a su vez¹²”. Esto es prueba de que el Estado ha de tomar los valores fuera de sí mismo, ha de beber en las fuentes históricas de la sabiduría humana.

“John Rawls, aun negando a las doctrinas religiosas globales el carácter de la razón "pública", ve, sin embargo, en su razón "no pública", al menos, una razón que no podría, en nombre de una racionalidad endurecida desde el punto de vista secularista, ser, simplemente, desconocida por quienes la sostienen. Ve un criterio de esta racionalidad, entre otras cosas, en el hecho de que esas doctrinas derivan de una tradición responsable y motivada, en la que en el decurso de largos tiempos se han desarrollado argumentaciones suficientemente buenas como para sostener su respectiva doctrina. En esta afirmación me parece importante el reconocimiento de que la experiencia y la demostración a lo largo de generaciones, el fondo histórico de la sabiduría humana, son, también, un signo de su racionalidad y de su significado duradero. Frente a una razón a-histórica que trata de construirse a sí misma sólo en una racionalidad a-histórica, la sabiduría de la humanidad como tal —la sabiduría de las grandes tradiciones religiosas— se debe valorar como una realidad que no se puede, impunemente, tirar a la papelera de la historia de las ideas”¹³.

El punto de vista de nuestro Tribunal Constitucional es una muestra de la caída en las ideologías pasajeras y uso alternativo del Derecho¹⁴:

“9. Para avanzar en el razonamiento es preciso dar un paso más en la interpretación del precepto. Se hace necesario partir de un presupuesto inicial, basado en la idea, expuesta como hemos visto por el Abogado del Estado en sus alegaciones, de que la Constitución es un «árbol vivo», —en expresión de la sentencia Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo— que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el

¹² La democracia en América; Alexis de Tocqueville; tomo I, El libro de bolsillo, Alianza Editorial, Madrid, 1993; p. 281. La constitución actualmente vigente en España es un ejemplo de cómo una ley ha cambiado totalmente el estado social de una nación. La caída del muro de Berlín es otro acontecimiento que ilustra perfectamente lo antes dicho.

¹³ «¿La verdad del cristianismo?», conferencia impartida por el cardenal Joseph Ratzinger en la Sorbona de París el 27 de noviembre de 1999. (<http://es.catholic.net/biblioteca/libro.phtml?consecutivo=426&capitulo=5178>).

¹⁴STC, 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, sobre el matrimonio homosexual; FJ 2 del voto particular del Magistrado don Andrés Ollero Tassara. (<http://www.boe.es/boe/dias/2012/11/28/pdfs/BOE-A-2012-14602.pdf>).

Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta. Esa lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa (SSTC 17/1985, de 9 de febrero, FJ 4; 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 3; 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3; y 298/2000, de 11 de diciembre, FJ 11). Pues bien, la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición”¹⁵.

Interpretada de esta forma (evolutiva), cualquier norma jurídica o moral queda al arbitrio de su intérprete, que se convierte en un tirano. El voto particular del Magistrado don Andrés Ollero Tassara es muy significativo:

“1. Centrada, acertadamente, la Sentencia, en la problemática compatibilidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, con el art. 32 CE, mi principal discrepancia se refiere a que no haya tenido en cuenta la necesidad de llevar a cabo una reforma constitucional, satisfaciendo las exigencias del art. 167 CE. Considero, en efecto, que lo que dicha ley pone en juego no es tanto el matrimonio, como pudiera resaltarse también por motivos políticos o morales, sino en sentido estrictamente jurídico el alcance de la propia Constitución en su papel de control del poder legislativo”¹⁶.

El Artículo 167 de la Constitución española dispone:

“1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará

¹⁵ STC, 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, sobre el matrimonio homosexual (<http://www.boe.es/boe/dias/2012/11/28/pdfs/BOE-A-2012-14602.pdf>).

¹⁶ STC, 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, sobre el matrimonio homosexual; FJ 1 del voto particular del Magistrado don Andrés Ollero Tassara. <http://www.boe.es/boe/dias/2012/11/28/pdfs/BOE-A-2012-14602.pdf>).

obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.

2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.”

Mediante esta sentencia ideológica se está evitando, en contra de los principios democráticos, una consulta popular. Esa es una muestra de tiranía, no de interpretación evolutiva, que nunca debería afectar al núcleo esencial de ninguna institución. De esta forma, la Constitución queda sin contenido y no es garantía de ningún derecho ni fuente de ningún deber.

Pero, ¿cómo puede reconocerse el Derecho?: “¿Cómo se reconoce lo que es justo? En la historia, los ordenamientos jurídicos han estado, casi siempre, motivados de modo religioso: sobre la base de una referencia a la voluntad divina, se decide aquello que es justo entre los hombres. Contrariamente a otras grandes religiones, el cristianismo nunca ha impuesto al Estado y a la sociedad un derecho revelado, un ordenamiento jurídico derivado de una revelación. En cambio, se ha remitido a la naturaleza y a la razón como verdaderas fuentes del derecho, se ha referido a la armonía entre razón objetiva y subjetiva, una armonía que, sin embargo, presupone que ambas esferas estén fundadas en la Razón creadora de Dios. Así, los teólogos cristianos se sumaron a un movimiento filosófico y jurídico que se había formado desde el siglo II a. C.”¹⁷.

“Para el desarrollo del derecho, y para el desarrollo de la humanidad, ha sido decisivo que los teólogos cristianos hayan tomado posición contra el derecho religioso, requerido por la fe en la divinidad, y se hayan puesto de parte de la filosofía, reconociendo a la razón y la naturaleza, en su mutua relación, como fuente jurídica válida para todos”¹⁸.

La razón es lo que da estabilidad a las instituciones, lo que no supone, en absoluto, que los aspectos accesorios no sufran evolución a lo largo del tiempo y del espacio. El concepto de Derecho natural no implica la imposibilidad de la adaptación a las circunstancias, más bien, al revés, pero respetando lo que, de suyo, racionalmente, no puede cambiar.

¹⁷ Discurso del Santo Padre Benedicto XVI; *Reichstag, Berlín*; jueves, 22 de septiembre de 2011.

¹⁸ *Ibidem*.

III.- La necesaria autocontención y reorientación de la actuación del Estado: subsidiariedad y derechos de la familia.

La razón y la experiencia acrisolada son bastantes claras al mostrarnos que, para una mejor protección de la familia, el Estado debería de autocontenerse y reorientar su actuación. Es preciso aplicar, con mucho mayor rigor, el principio de subsidiariedad.

En este principio “se funda la división del poder dentro de una comunidad, la ley fundamental de una sociedad pluralista, que atribuye a cada grupo su propia misión y su propia responsabilidad y al Estado tantas pretensiones como son necesarias. Es un principio general de división de competencias, pero no formal (como el principio de igualdad), pues se refiere a comunidades concretas cuya función está determinada en la misma naturaleza de la cosa (familia, profesión, vecindad, etc.) y está condicionado por la situación; esto es, estas competencias pueden extenderse o limitarse, según las circunstancias¹⁹.

La misión del Estado es coordinar –no reemplazar- la actividad libre de los de las familias para que contribuyan al bien común y al perfeccionamiento integral de todos los miembros de la sociedad. La existencia y el desarrollo de la persona se va cimentando a través de la pertenencia a una pluralidad de grupos sociales, (siendo el más importante el que aquí nos ocupa, la familia), vinculados a través de una multiplicidad de relaciones recíprocas. Estas agrupaciones o colectividades, particularmente la familia, responden a tendencias de la naturaleza humana o a funciones necesarias de la vida social y demandan su propia esfera autónoma de poder y de acción.

La idea subyacente en este principio es que la sociedad está al servicio del ciudadano y su tarea principal es logro del bien común, principalmente la de asegurar el desarrollo del individuo y el respeto de su dignidad.

La noción de subsidiariedad implica en el plano político dos imperativos esenciales:

El deber del poder central de abstenerse de intervenir cada vez que la autoridad periférica sea capaz de atender eficazmente sus necesidades. Y la obligación del poder central de intervenir cada vez que la autoridad periférica carezca de los medios necesarios para llevar a cabo con eficacia una determinada acción.

Desde aquí, el principio se presenta como la garantía del respeto de la autonomía, los derechos y responsabilidades propias de las familias. Por eso la intervención en el ámbito y en las funciones puramente familiares se contempla como *el último extremo*. Así mismo este principio contempla la ayuda suplementaria a las familias por parte de los poderes públicos

¹⁹ SÁNCHEZ AGESTA, L.: “El principio de la función subsidiaria”, *REP*, 121 (1962), pág. 18.
MESSNER, J.: *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, Rialp, Madrid, 1968, págs. 255-264 y 732.

para alcanzar el bien común. De ahí que el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Protección jurídica del menor señale que “los poderes públicos velarán por que los padres, tutores o guardadores desarrollen adecuadamente sus responsabilidades, y facilitarán servicios accesibles en todas las áreas que afectan al menor”. Está claro que la responsabilidad es de las familias como grupo y medio natural para el adecuado crecimiento y bienestar de los menores y subsidiariamente del Estado cuando aquellas no las cumplan y todo ello en virtud del bien de los niños. El problema estriba en que nuestros poderes públicos a veces realizan una interpretación absolutamente intervencionista de este precepto.

En definitiva la subsidiariedad se aplica para preservar “el derecho de los pequeños a su propia actividad y autogobierno”²⁰, limitando la intervención del poder político. Ya se ha visto el hambre de poder que tiene el Estado, que puede llegar a convertirse en un dios o, mejor dicho, en una gran banda de ladrones²¹.

La crisis económica ha dejado al descubierto muchas muestras de esas ansias de poder: competencias duplicadas o triplicadas (Estado, Comunidades autónomas, Ayuntamientos), organismos inoperantes...que suponen, sin duda, una ataque a la eficiencia y una multiplicación de gastos de difícil justificación, que cae en numerosas ocasiones una corrupción de la labor política.

En cuanto se refiere a la familia, sucintamente, el Estado debería de dejar de tener injerencias indebidas, especialmente, en la regulación del matrimonio, en la educación y en la regulación del hecho religioso. Las tres cuestiones van muy unidas.

La regulación canónica del matrimonio debería de tener un reconocimiento mayor por parte del Estado, que demuestra, en este campo, un desconocimiento muy grande de sus competencias. Al imponer algunos efectos de la ley civil al matrimonio canónico²², lo único que hace es penetrar en las conciencias de las personas. Se establece, así, una religión civil, sin nombre, no reconocible a primera vista (engaño), que se impone con la fuerza de la ley. El juez pasa a ser un sacerdote del nuevo culto civil, con escasas posibilidades de objeción de conciencia.

La educación es, en primer lugar, competencia de los padres, de las familias. Una familia que renuncia a educar a sus hijos ha roto sus vínculos y perdido su función. Es un medio eficacísimo de disolución social en servicio del Dios-Estado.

Los padres tienen un deber primordial que cumplir, tal como se recoge en el artículo 39.3 de la Constitución española.

²⁰ WELTY, E.; *Catecismo social*, Herder, Madrid, 1956, pág. 150.

²¹ “Quita el derecho y, entonces, ¿qué distingue el Estado de una gran banda de bandidos?”; S. Agustín, *De civitate Dei*, IV, 4, 1.

²² Por ejemplo, los efectos de un divorcio civil se imponen, sin miramientos, a un matrimonio canónico.

“Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

Su actuación es prioritaria frente a la de cualquier instancia, incluida la del Estado, como se muestra claramente en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño señala en el artículo 5 que:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Esta prioridad de los padres, que no es más que el reconocimiento del orden natural de las relaciones humanas básicas, se muestra también en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 26.3: *“Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”* y el artículo 27.3 de la Constitución española: *“los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.*

El reconocimiento de la libertad de enseñanza (art. 27 CE), no es suficiente, como se demuestra en España, sino va aparejado con la eliminación de las trabas que impiden su realización efectiva sin más límites que los que exigen la dignidad humana, los derechos fundamentales y el orden público. En nuestro país, de facto, se dan muy deficitariamente las condiciones para que esa libertad sea plena por un excesivo intervencionismo administrativista de corte ideológico y sobre lo que podemos encontrar notables diferencias por Comunidades Autónomas²³.

El reconocimiento de la familia y el resto de entes sociales y la consiguiente limitación de la injerencia del Estado salvo por graves motivos de orden público es imprescindible para que estos puedan acometer su gran papel personalizador y socializador.

En este sentido hay que reconocer la labor de la religión, a la que, en nuestro contexto cultural, siempre le ha interesado positivamente la familia y ha procurado la creación de todo tipo de asociaciones y entes de apoyo (no, de sustitución), cuyos vínculos son mucho más

²³ A este respecto, se puede consultar el Informe elaborado por el Departamento Jurídico de la Confederación Española de Centros de Enseñanza en octubre de 2011, en el que se analiza la posibilidad de que una familia elija el centro donde llevar sus hijos, en igualdad de condiciones con las demás, la posibilidad de que un titular cree un centro con un proyecto educativo demandado por la sociedad y la manera en que la financiación pública se distribuye de modo equitativo entre las diferentes redes (pública y privada) existentes. (www.red2001.com/congreso/.../informe_libertades_2011.pdf (31/01/2013))

personales que los que se pueden tener con las grandes instituciones estatales. La persona percibe, en esos ambientes, mucho mejor, el amor, el calor humano, la ayuda y la comprensión.

No se trata, tan sólo, de un “dejar hacer, dejar pasar”, sino de una colaboración real que precisa del papel únicamente subsidiario del Estado. Parece que algunos políticos de ámbito europeo se han dado cuenta de ello. Baste de muestra unas palabras de la Presidencia Húngara del Consejo (enero-junio 2011): “el apoyo a la familia, a través de un servicio adecuado de guarderías, la flexibilidad en los contratos laborales y los beneficios económicos y fiscales para los que tiene hijos facilitan la conciliación del trabajo y vida familiar, y ayudan a los padres a cuidar de sus hijos y quizá incluso a tener todos los hijos que quieran, además de mejorar las posibilidades de empleo de las mujeres y para los padres, contribuyendo así al crecimiento económico y al bienestar social”. Esperemos que esta atención prioritaria hacia la familia se contagie y, lo más importante, que se haga efectivo. En nuestro entorno hay que decir que quienes nos van a sacar de la crisis socio-económica reinante son las propias familias pero claro está con un entorno que le posibilite cumplir sus tareas propias en el cuidado y educación de las próximas generaciones.

Pero hay que decir además, que no bastan las leyes ni de todas esas medidas antes apuntadas, sino que urge también una mejora de las costumbres sociales y un reforzamiento de la verdadera solidaridad, al verse reconocido el verdadero valor de la persona.

Es evidente que en todo esto nos jugamos cosas esenciales. En palabras del constituyente español de 1978 (art. 10 CE):

La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.