



Reformas en derecho de familia: ¿Meramente modificativas o realmente extintivas? — Crítica a una política legislativa —

Francisco DE LA TORRE OLID
Universidad Católica de Murcia

Resumen: Nos inquieta un panorama legislativo que se desenvuelve con excesiva celeridad (a pesar de saber que la estabilidad de la norma jurídica, en principio, tiende a una permanencia y que con esa vocación nace); y esta inquietud se traduce en preocupación cuando se constata que tras «la empresa reformista» en realidad, antes que atender una revisión lógica, se siguen otras reglas: se actúa en contradicción con los Principios informadores del Ordenamiento.

Efectivamente desde el oportunismo y aún a costa o en eliminación de instituciones, conceptos jurídicos fundamentales, razonamiento y lógica jurídica vemos que se prefiere asumir, por ejemplo, la extinción de la familia en extenso antes que ofrecer medidas en su impulso y tutela; que se trivializa el *vinculum iuris*, hasta el punto de asumir que el cambio de la indisolubilidad matrimonial es la ruptura fácil de todo compromiso jurídico, incluso por un solo desistimiento unilateral; que se pasa por alto un sentido del *status civile* que, en lugar de constituir situación más permanente y relevante para determinar la capacidad de obrar, se ofrece como lo más provisional que a la persona pueda caracterizar.

Y así, con este desenvolvimiento legislativo, se recibe y, aunque no se comprenda, se admiten como soluciones de derecho positivo todo un conjunto de novedades que dan apariencia de lógica o de interés social o de revisión necesaria para un ajuste y, en realidad, instauran un nuevo Derecho contra el que nos pronunciamos por quebranto de principios, por abuso de oportunidad, de descodificación y por falta de sistematización, por incurrir en la contradicción interna, a costa de quebrar la unidad del Ordenamiento Jurídico; y, en fin, con un celo por la innovación precipitada y gratuita, a costa de lo genuino o de la naturaleza de las cosas.

Palabras claves: *Derecho, familia.*

Abstract: We are concerned by a legislative panorama that evolves with excessive celerity (even if we know that the stability of the juridical norm, in principle, tends to remain in time and is born

with this purpose). This concern turns into worry when we are able to see that behind the «reforming enterprise» instead of dealing with a logical review, other rules are followed: acting against the inspiring principles of the legal system.

Indeed, from opportunism and even at the expense or even the elimination of institutions, fundamental juridical concepts, reasoning and juridical logics, we see that it is preferred to assume, for instance, the extinction of family instead of offering measures to promote and protect it; the *vinculum iuris* is trivialized to the point of assuming that changing the indissolubility of marriage entails the easy rupture of any juridical commitment even by unilateral ceasing; some sense of the *status civile* is overlooked so that instead of becoming a relevant and permanent situation to determine the capacity of acting, it is offered as the most provisional element to characterize a person.

With this legislative development, people receive and, even if they do not understand, they admit as solutions of positive law a whole bunch of novelties that, with the appearance of being logical or of social interest, or a necessary review for an adjustment, in fact are establishing a new legality against which we state because it breaks principles, takes advantage of opportunism and decoding, lacks systematization and makes internal contradiction at the expense of breaking the unity of the juridical legislation; finally, there is a zeal for a hasty and unfounded innovation at the expense of what is genuine or the nature of things.

Key words: *Law, Family.*

1. APUNTES INTRODUCTORIOS: PARA JUSTIFICAR UN ENTRELAZAMIENTO DE DOS REALIDADES INSEPARABLES: FAMILIA Y VIDA

La convicción de un entrelazamiento necesario justifica nuestro punto de inicio como referente principal desde la comprensión de la realidad y normal y saludable desenvolvimiento conjunto en tanto, de un lado gustamos afirmar que la familia es fuente de vida y, de otro lado se puede constatar que en opinión de una mayoría, se vive en gran medida por y para la familia¹.

La legitimidad para reflexionar sobre familia y vida la avalamos por hacerlo desde una sede científica universitaria y católica que anuncia unos valores y un fundamento sobre los que desarrollar nuestro trabajo, lo que consideramos que da honestidad por la transparencia y la inspiración y ha de dar coherencia en el desarrollo².

1 El CIS (Centro de Investigaciones Sociológicas), en su Estudio n° 2.578, de Octubre-Noviembre 2004, *Opiniones y Actitudes sobre la Familia* a la primera pregunta sobre lo que es en la vida más importante para la persona es la salud, primero, y la familia, segundo, lo que se considera «muy importante» (con un 84,8% y con un 78%, respectivamente). Y a la segunda pregunta, sobre los aspectos de la vida personal más importantes, es una mayoría (el 52,8%) la que contesta que está «Muy satisfecho». En la misma encuesta y en contestación a las preguntas 3ª y 4ª, sobre el papel más importante que cumple la familia en la sociedad y, en particular, para el encuestado, hay una mayoría (el 39,2%) que considera que es Criar y educar a los niños; y, a nivel personal también con un alto porcentaje (del 36,4%) así se considera, aunque la mayoría (con el 38%) considera que lo que cumple es proporcionar amor y afecto. - Con ello, se nos recuerda aquella tensión, a principios de los años 80, en la reforma del *Codex Iuris Canonici —cánon 1055 y ss.-*, concretamente en los preceptos sobre los fines del matrimonio en la procreación y educación de la prole o el amor; y aquella apuesta desde la doctrina alemana para incorporar si mayor rubor la palabra amor en los preceptos-cánones codificados, diciendo que «de amor hablan los novios y no de realizar un contrato *circa ius in corpus in ordinem ad actus, aptos ad prolis generationem*»—. Hoy, con toda la rotundidad y expresado con la grandeza y el rigor del Sumo Pontífice para hablar de amor celebramos la nueva Encíclica de BENEDICTO XVI: Carta Encíclica *Deus Caritas Est*, Roma, 25 de diciembre de 2005

2 Antes que aparentar una asepsia que esconda una ideología, cuando es más real la permanente carga de principios y valores (que no es descansar en la subjetividad sino expresar la convicción desde la aprehensión de lo que

La oportunidad de la exposición se afirma por hacerlo en tiempos de elaboración y publicación de políticas y reformas legales³ que dibujan un panorama de dificultades para la Familia y para la Vida, por lo que escribir para ello busca ser y debe servir para afirmar estas realidades y ello es una respuesta a un compromiso moral y social y también académico y científico para hacerlas valer.

Porque, sin instalarnos en la sensación de crisis⁴, antes al contrario asumir como generalizado que, de entrada, nadie va contra la familia ni contra la vida, por ser, ante todo, *realidades naturales*; sí tenemos que advertir contra lo sutil (el ataque que sobreviene encubierto), contra lo ilógico (cuando queriendo afirmar se niega, o se empieza afirmando para acabar negando); contra la separación entre la teoría y la práctica (cuando se dibuja un deber ser que se quebranta sistemáticamente y a vista ciencia y paciencia de todos).

Por ello, aunque de entrada nos parece difícil de entender, porque sería asumir que se actúa *contra natura*, habría que convencerse de que sí, que se está interesando el desarrollar políticas contra la familia y contra la vida (que se enarbola la bandera de la libertad de la mujer o de morir con dignidad o del desistimiento unilateral sin causa y conseguimos un aborto libre, una eutanasia activa o un matrimonio provisional incapaz de perpetuarse ni de implicar en la empresa común⁵ a la estirpe ni siquiera de proyectar a sus miembros a la sociedad civil solidaria y del mundo laboral; y con ello lo que también se puede concluir es que con los grandes, conceptos, que son «llave para abrir cualquier cajón», aún contra razón, se puede servir al negocio de unas clínicas, al recorte de gastos de clases pasivas, a la disgregación social en evitación de toda presión desde la sociedad civil a un Poder, dejando la que debe ser una compleja Comunidad Política descansar en el Poder Público o en el solo «aparato estatal», desprovisto de la sociedad civil, con la que para conformar aquella tendría que integrarse).

Y convenceremos también que se desarrollan esas políticas empezando, seguramente, según constatamos, con una separación interesada que permite e incluso favorece esa actuación negativa. Separación, entonces, tendenciosa o de finalidad perniciosa; separación de su tratamiento, por lo que hemos inaugurado nuestra exposición, proclamando el entrelazamiento:

es objetivable —que es el requisito que G^a de Enterría pide a la actuación pública para que una discrecionalidad no sea arbitrariedad, E.GARCIA DE ENTERRIA, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Cívitas, Madrid, 2000). Así abundamos sobre todo cuando hay que reaccionar frente a la «pretendida actitud aséptica del legislador». J.CARDENAL FERNÁNDEZ, *Reformas en el Derecho de Familia*, Lección Inaugural del Curso Académico 2004-05. UCAM.

3 Porque se legisla no sólo para sancionar una ruptura familiar (*Ley de 7 de julio de 1981, -Ley 30/1981-* que reformó el Código Civil y reguló las causas de separación y divorcio), dándole una categoría de *status civile* a la situación de divorciado (más allá de la situación legal que no afecta a *status* de separado judicialmente); sino que se legisla incluso para incentivar la ruptura (el llamado «divorcio Express»), con la *Ley 1 de julio de 2005, Ley 13/2005*, por la que se modifica el Código civil en el derecho a contraer matrimonio.

4 Porque no olvidamos la misión de la familia en la actualidad, haciendo propias las palabras de nuestro anterior Pontífice «La Familia posee y comunica también hoy energías formidables». JUAN PABLO II, *Exhortación Apostólica «Familiaris Consortio», F.C 43,5*. (O, en el Ordenamiento Civil, central y autonómico, podemos comprobar y referir en este trabajo, tanto el texto que conforma el *Libro Blanco para la Dependencia* como el Preámbulo de la *Guía de Recursos para las familias* de la Comunidad de Murcia).

5 Así construye su doctrina y su estadística R. ALVIRA DOMINGUEZ, desde el Instituto de Empresa y Humanismo (Universidad de Navarra) cuando constata que en Universidades americanas que se surten tradicionalmente de alumnos-futuros empresarios, falta la iniciativa emprendedora y surge una vocación funcional desde la inestabilidad familiar y la falta de afecto y confianza.

— Porque la familia que no es para la vida pierde estabilidad y vocación de permanencia —lo que contradice la fuerza jurídica que al *status civile* y, en concreto, al *status familiae* le atribuye el Derecho desde su formulación romana y que tiene toda su virtualidad no en una estratificación social y condición para un mayor grado de capacidad jurídica pero sí para una estabilidad y relevancia social de la condición personal y de (superando la Teoría del *Status*, la Teoría de) *las circunstancias modificativas o relevantes de la capacidad de obrar*—.

— Porque la vida sin el referente familiar se individualiza a costa de esa más básica proyección social y de deshumanizar al sujeto por falta de marco de desenvolvimiento propio de la dignidad. Como si la dimensión social del hombre y la relación intersubjetiva cargada de *affectio* fuera solo un añadido del que se puede prescindir.

Podemos, queriendo ser gráficos, decir que: de «estar con» a «estar sin» se puede pasar a «estar contra» y puede, de hecho ocurre, se desata la violencia que hoy se generaliza como recurso del que se abusa por falta de referentes y sobre todo y en particular por falta de referencia y compromiso con el otro; sin que entendamos que es la familia núcleo de violencia, sino sede de conflicto normal —frente a la idea que transmite una incidencia y propaganda de violencia doméstica que, a la postre, identifica el seno familiar con una sede de agresiones, con abuso del supuesto de hecho u ocultando violencia en centros de trabajo —*mobbing*— o centros educativos —*bullying*— que pueden perjudicar intereses estatales—; e incluso, a mayor patología social con una generalización de la violencia lúdica que pone en evidencia a la sociedad entera desde un fracaso en valores. Porque de la familia no se puede predicar ni en ella residenciar el conflicto más que el propio de todo marco social o de colectividad y que normalmente se pacifica por sí; y entendiendo que es la familia esa proyección (ejemplar) al otro; no en vano encuentra razón en la solidaridad y en *la affectio*, junto con el respeto a la autoridad, todo lo que no es gratuito desde que hoy, para superar unas desigualdades sociales alarmantes se predica la responsabilidad social de las grandes empresas; para superar fallas educativas se recupera la idea y la función de *la autoritas*⁶; y para crear un entramado compacto en los recursos humanos y un marco saludable para un óptimo rendimiento se exige imponer unos códigos éticos y una relevancia del factor personal.

Se nos está exigiendo un esfuerzo extraordinario: para un análisis de lo no aparente y para el recordatorio de lo fundamental: del fundamento que inspira lo que debe entenderse y cómo permitir el desenvolvimiento más propio de la vida y de la familia; y de lo fundamental, entendido también como lo que debe marcar la conciencia social, la política, la economía y, por ende, el Derecho en el reconocimiento de lo que a la sociedad le resulta más importante y es prioritario preservar⁷.

6 Idea y referente de Autoridad que justifica una ordenación jurídica, en el sentido escrito por SFORZA W.C. *El Derecho de los Particulares*, pag. 69, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1986.

7 Porque no podemos considerar negativo hablar de reformas, sobre todo si en clave jurídica sabemos que el Derecho está abocado a una dinámica y no a un *status* que, porque la realidad a ordenar es cambiante, sí criticamos que unas reformas que son demasiado «políticas» (oportunistas-electoralistas, si vale la expresión coloquial). De todas formas algo más diremos en el **difícil equilibrio entre Principios: de Legalidad y de Oportunidad**. Lo que se tiene que tener abierto el espíritu crítico es para evitar que se nos justifique un proceso de reforma legislativa como de respuesta necesaria a una demanda social, para evitar que haya una manipulación o imposición de lo **jurídicamente relevante**, que es lo que, realmente, si no irrita ni frustra, sí llama a un activismo responsable y coherente de los católicos

Por tanto, no se usan conceptos ni se pueden ordenar espontáneamente las instituciones jurídicas ni se da contenido a los derechos desde la coyuntura o la sola actualidad, sino que se confía y se revalida «un modelo» y así se tiene referente necesario para el desarrollo legislativo coherente. Por tanto, el Derecho de Familia va a estar en función de un modelo de familia sobre el que construir la norma e interpretarla.

Porque, en el peor de los casos, puede que se carezca de modelo y, entonces, sí tenemos que preocuparnos porque se legislará sobre la pura oportunidad. Tampoco podemos acogernos a un modelo por exclusión sino desde el planteamiento positivo y positivista de afirmación de realidad informada desde lo natural y de normación de la misma: un *prius* en el matrimonio heterosexual, una proyección a la vida, una familia en extenso, una organización propia con valores de autoridad, solidaridad y entrelazamiento afectivo y práctico⁸ que expresan la correlatividad de derechos y deberes y el compromiso intemporal que expresa abrazar lo institucional y trascenderse las personas de su individualidad y en su temporalidad...

En coherencia con nuestro planteamiento de partida y que llevaremos a conclusiones revalidamos la idea de entrelazamiento necesario para así comprender el modelo de familia en tanto acoge la vida, le da marco de nacimiento y desenvolvimiento y se justifica y legitima en tanto la preserva.

Desde luego unos absolutos morales⁹ de la institución familiar nos parecen necesarios para no caer en el relativismo; para saber de un compromiso (unos derechos-deberes) que trasciende de la temporalidad y la coyuntura y que abraza la institución más intemporal y fundada.

Desde luego, si en la construcción de ese modelo ha influido y se mantiene una necesaria referencia a la identidad católica no se puede tachar ésta cuando es el respeto a la persona —al Hombre y a la Mujer—, la fuerza de obligarse desde su consentimiento puro y libre, lo que se sabe nuclear en la influencia a un Derecho Civil y que hoy está más precisado de hacerse valer.

Y para concluir este expositivo primero, de introducción y justificación, procede afirmar una naturaleza, en tanto, en clave jurídica, se reflexiona desde el Derecho Civil pero pensando en la unidad (necesaria) del Ordenamiento Jurídico, sin ello no hay garantía de coherencia.

Porque el debate es jurídico y fijar la naturaleza (*ius privatista* y principalmente civilista) de las Instituciones y de la norma es presupuesto para clasificar y ordenar (las relaciones jurídicas y la relevancia y tutela de la que son dignos los intereses en juego); pero sin compartimentar

como gobernados. Entonces sí que están llamados a oponerse a unas leyes que buscan «hacer una realidad» Mons. A. CAÑIZARES LLOVERA www.cope.es, 4-10-2004. -Porque el legislador no es un sismógrafo que tenga que hacer ley todo «temblor social», afirma de modo muy gráfico el arquitecto FERNÁNDEZ GALIANO, conferenciando en la Universidad de Navarra. Noticias, www.unav.es, 12-11-2004-

8 De nuevo valorando la virtualidad y necesidad de la autoridad en cuanto justificación de un obedece pero no para ejecutar mecánicamente o someterse a una postura sino para actuar en sintonía efectiva con otra persona a la que se le reconoce autoridad. Así es como razona y escribe J.M. GOMEZ FERNANDEZ, *Recursos Humanos*, Edics. Encuentro, Madrid, 1999.

9 Lo que antes se interpretaba unido por los absolutos morales de la institución familiar hoy se muestra de forma subjetiva y relativa, así «La institución pierde de esta forma el entorno de deberes absolutos que le daba forma y así se tiene a la familia como un entorno primario en el desarrollo de la personalidad no yendo en los presupuestos prácticos más allá de una ética descriptiva de ese entorno... El nuevo contexto social en el que está la familia afecta ala consideración de la naturaleza e interpretación de este núcleo («duro» de matrimonio y familia)». E. EIRANOVA ENCINAS, *El nuevo Derecho de Familia como sistema funcional*. *Rev. De Derecho de Familia*, nº 27, Abril-Jun 2005. Ed. Lex Nova,

ni separar: afirmamos *en el Derecho civil* —relaciones privadas y comunes que no especiales y de particulares, sobre todo con uniones en grado de parentesco—, aunque *sobre el Derecho civil* nos sujetamos a unos imperativos constitucionales y *desde el Derecho civil* referimos: en los excesos lesivos y culpables una *criminalización*, en la sobreprotección social necesaria y merecida constitucionalmente una *administrativización*, en las actividades especiales una *mercantilización o laboralización*, etc.

Pero, según se ha de insistir, estamos hablando de familia y vida: materias de Derecho Civil, por excelencia, desde que este Derecho común y general se expone comprendiendo Derecho de la Persona y Derecho de Familia: con el tratado de la persona, el sujeto de Derecho, el titular de derechos y de obligaciones, y comprendido desde su dignidad y personalidad, por lo que se comprende su derecho fundamental a la vida, en cuanto que el Derecho se debe primero a la persona en sí misma considerada, abstracción hecha de su dimensión patrimonial; y con el tratado de la familia como manifestación social primera en la que jurídicamente hay que contemplar al individuo en cuanto éste en su realidad separada no tiene mayor relevancia jurídica sino en cuanto hay que ordenarlo en su realidad jurídica que es la que sitúa al hombre en sus relaciones jurídicas.

Por todo ello se comprende que el estudio jurídico se sitúe a partir del texto legal por excelencia, la *Ley de leyes* que es la Constitución¹⁰. Sabiendo que su supremacía no descansa solo en su articulado sino en un basamento suprajurídico que se afirma, unos valores y un espíritu.

Cuanto más confiamos y revalidamos la Constitución Española de 1978 cuando es su articulado concreto el que ya recoge el derecho a la vida y la institución familiar que tanto nos preocupan y que, precisamente por esa referencia conjunta están avalando nuestra apuesta de tratamiento entrelazado. Si, por demás, relacionamos Derecho y Economía también cabrá esperar, por exigencias constitucionales, un tratamiento más proteccionista, empezando por los Presupuestos, de lo que entendemos que es jurídicamente relevante.

2. EL MARCO CONSTITUCIONAL: COMO REFERENCIA PRINCIPAL Y GARANTÍA DE EFICACIA JURÍDICA

Nos referimos a dos entes distintos desde su posible proclamación autónoma (desde un *nomen iuris* relativo a la institución familiar y al derecho a la vida) y tratamiento separado pero, precisamente el objeto de nuestra reflexión y comentario en justicia y lógica con nuestro título y convicciones, pretende traducir una natural conjunción y un necesario tratamiento entrelazado, en tanto es natural tal consideración y en tanto es perniciosa la separación.

Y, preocupados por la necesaria realización de un deber ser nos preocupamos de constarlo en el texto jurídico principal que es el constitucional, sabiendo que del mismo se predica hoy su eficacia directa y no un valor meramente programático; como también se reconoce en su texto

10 «Una norma jurídica es válida o legítima cuando ha sido creada en la forma establecida por la norma superior... El problema de la legitimidad de las leyes se reduce a un problema de legitimidad formal» L. DIEZ PICAZO *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, págs. 199-200, Ariel, Barcelona, 1999. Este autor añade que como quedaría sin explicar la razón última de la validez de la Constitución hay que recordar el peso tradicional del Derecho Natural y, evitando el debate de la naturaleza, también ir a la razón de validez que se encuentra en el conjunto de creencias, de las estimativas y de las convicciones del grupo social: el *consensus*. Finalmente en esta obra también se depura la validez y legitimidad en su relación con la efectividad o eficacia: efectividad o valor para inspirar y guiar la vida social; y la eficacia sería el logro de los propósitos perseguidos en las normas.

un referente iusnaturalista (*art. 10 C.E.*) y una proclamación y vinculación de valores y principios inspiradores que aseguran o deben condicionar un desarrollo normativo coherente con esa fundamentación.

Con ello de nuevo descartamos un abuso de relativismo, una postura favorable a un absolutismo bien entendido en tanto referentes inquebrantables y apostamos por la legalidad que goza de la legitimidad en tanto no se instala en la oportunidad.

Efectivamente, habiendo apostado por el entendimiento y visualización de la Familia y la Vida (humana, del hombre en su individualidad) como una sola realidad (una realidad compleja en cuanto que acota una visión del individuo en seno, sede y proyección socio-familiar o social básica, primera y principal de la que parte y a la que se debe y para la que vive), queremos verla en la Constitución y así poderla esperar y confirmar y desarrollar en todo el Ordenamiento Jurídico.

Hablamos de Vida, primero y para atender un orden físico y jurídico de reconocimiento, como el derecho fundamental por antonomasia (*cf. Art. 15 C.E.*) en cuanto que, a partir del mismo existe todo y sin la vida no hay nada; aunque luego se sabe expuesto este derecho en paridad o igual grado con el resto de derechos fundamentales de la persona, para una proclamación lógica y completa de la personalidad. Como también y para un desenvolvimiento de esta personalidad conforme a su dignidad, tenemos, en segundo orden, tras la consideración jurídica de la persona en sí misma considerada, que hablar de la persona en su dimensión patrimonial y con unos derechos crediticios y reales.

Y hablamos de Familia, segundo y antes que institución de rango constitucional sabiendo que es seno de nacimiento del individuo, sede ordinaria de alumbramiento y ulterior «sede social» o marco de desenvolvimiento de esa personalidad. Por ello, por ser la familia un valor, una institución y una realidad social básica, nuclear, natural, constitucionalmente proclamado va a merecer una más alta protección desde el Derecho (*cf. Art. 39 C.E.*) por lo que nos cabrá esperar un ordenamiento jurídico de desarrollo coherente con ese texto constitucional de sobreprotección a la misma.

Y tras esta enumeración ordenada, que responde a una necesaria exposición sistemática, a una separación teórica para asumir la distinción básica e incluso jerarquización, desde un cuadro de valores que explica toda realidad sociológica, pendiente de acotar jurídicamente, a partir siempre de un derecho a la vida; no hay que entender forzado el entrelazamiento de familia y vida sino que hay que ver su relevancia en la definición de un marco constitucional que tiene que conformar todo el panorama jurídico; como también hay que ver su necesario, natural y, por ende, oportuno tratamiento.

El desarrollo de la Constitución nos tiene que enseñar un panorama jurídico acorde con la tutela enlazada de la compleja realidad contituida por Familia y Vida. Así, incluso con valor preconstitucional o desde *la fuerza constituyente del Derecho Civil*, podemos resaltar el tratamiento que en el texto legal básico: el *Código civil* se contiene desde la sistematización, comprendiendo el *Libro I De la Persona*, la consideración de ésta y del matrimonio y las relaciones familiares personales principales.

Considerar al individuo en su realidad primera o aislado va contra su naturaleza porque va contra su dimensión social que tiene y que ha de proyectar en el necesario desenvolvimiento de su personalidad. Por demás hemos de advertir contra el tratamiento individualizado de la persona que la atomiza a costa de aparentar que sirve a sus intereses cuando, difuminado en una masificación llena de individuos autónomos, en realidad provoca que se sirva a otros intereses

(por lo que nos corresponde advertir contra el *fraudem legis* que está proscrito en el *art. 6,4 C.C.*)

Un Derecho para la persona que no protege a la familia y que sitúa a aquella fuera de su marco familiar, es un Derecho que no protege a la persona porque no la considera en su compleja realidad de proyección y referente familiar y social

La persona lo es en tanto, desde su libertad, se compromete con una realidad que abraza en su institución, por lo que se trasciende a favor de lo instituido, según razona el Santo Padre, Benedicto XVI, escribiendo para la celebración del año 2006 a favor de la Familia.

Nos mostramos contrarios al individualismo que es atractivo desde la aparente preservación de la persona para, en realidad, ir contra los intereses de ésta y a favor de un *estatalismo*.

Solo pareciendo que se respeta al individuo se confunde la libertad de una persona para decidir anticipadamente su propia muerte, con el consiguiente beneficio a los costes de las clases pasivas o personas discapacitadas.

Solo pareciendo que se respeta la libertad de la persona se confunde en su libertad el derecho a decidir por otra: el nuevo ser que una mujer tiene concebido y no nacido.

En el texto constitucional tenemos que detenemos para analizar la literalidad del *art. 15* («*Todos tienen derecho a la vida...*») y la relación necesaria pero de consideración jurídica distinta de la salud, en el *art. 43 C.E.*

La vida se protege en cuanto se haga viable (en su concepción no en su autonomía) y la realidad y la esperanza de vida depende de la dispensa y aseguramiento de la salud pero no hay igual tratamiento jurídico si hay un derecho fundamental (derecho a la vida) y, por otra parte, un derecho constitucional que no es fundamental (derecho a la salud) y que ni siquiera es de reconocimiento directo sino en cuanto referente o informante de los Poderes Públicos, pero que depende de la capacidad económica del Estado (por ello será oportuno y necesario el tratamiento del punto IV «De lo Personal a lo Patrimonial»).

Respecto la vida tenemos que decir que se protege en su concepción (desde el «*todos tienen derecho a la vida*») hasta su extinción por muerte que debe ser, como realidad natural, hasta su agotamiento natural.

Respecto a la salud, va a depender de un contenido que se reconozca al derecho, que va a depender de una normativa de desarrollo constitucional que, por una parte, confía y proclama los principios de universalidad y gratuidad, pero, por otra parte, se rellena en su prestación con una «*cartera de servicios*» y «*catálogo de prestaciones*» (Cfr. *Ley General de Sanidad, de 1986; Ley de Cohesión 16/2003*)

Desde luego que para restar importancia a la vida en su preservación desde la salud hay que separar ésta de aquella, incluso aceptar que es derecho de distinta naturaleza: uno fundamental absoluto y otro relativo pendiente de la capacidad económica del Estado. Lo que ocurre es que, con esa separación, como cuando hemos recelado de separar vida y familia, se pueden abrir y se abren puertas contra la vida (porque el cambio de sexo puede justificarse en la gratuidad del sistema de salud desde que la intervención sirva al equilibrio psicosomático de la persona; porque la investigación en salud arroje resultados y técnicas de selección de embriones o un problema de dudosa moralidad y ruina económica con el almacenamiento masivo en «*productos congelados*»).

3. CRÍTICA A UN DESARROLLO NORMATIVO: EN CUANTO QUEBRANTO DE LOS FUNDAMENTOS DEL SISTEMA

Hay un Derecho que se expone con apariencia de buen derecho y así buscando justificar su exposición ordenada o sistematizando su desarrollo propone un tratamiento de la persona y otro separado de la familia; como excusando asepsia o inocuidad en una clasificación que contrapone el Derecho Privado al Derecho Público cuando estas separaciones, precisas para el conocimiento, resultan diabólicas (así nos lo parece cuando nos alarma un endeudamiento familiar y no buscamos una explicación en el precio del suelo que se inflaciona inevitablemente porque es el recurso financiero que a la Administración Local le salva tras su autonomía constitucional —cfr. *Art. 140 C.E.*— y su excesiva asunción de competencias que no se hace correlativamente a su cálculo y dotación de mayor volumen de ingresos¹¹).

En definitiva, nos preocupa el desarrollo normativo de un Derecho Constitucional (a su vez respaldado y coherente con un referente no positivista) que, antes de contenidos, con la sola exposición sistemática del mismo y divisiones o separaciones, quiebra la unidad del Ordenamiento Jurídico y la coherencia de un sistema con su tradición, justificación y razón y en su ramificación.

Porque hay que comprender la división del Derecho para comprender su especialidad, para posibilitar su conocimiento, para legitimar su grado y ámbito de respuestas...pero hay que evitar que esa compartimentación traicione la tutela debida.

Así, abundar, por ejemplo, en la tradicional distinción entre Derecho Público y Derecho Privado nos lleva a proclamar la tutela a la vida desde que antes de ser persona civilmente para el concebido y no nacido se proclama toda la extensión de la tutela jurídica (de ahí una posible donación, o una revocación de donaciones, o una consideración de alimentos a cargo de herencia y a favor de viuda encinta —cfr. *Arts. 627, 644, 964 C.C.*—), pero no se hace esta tutela coherente con la despenalización del aborto.

Esta compartimentación que llega a publicar derecho positivo contradictorio no es inocente desde los centros de producción o aplicación de políticas legislativas: el diseño de la Administración nos habla de una Dirección de Familia y Políticas Sectoriales como departamento que puede ser residual en el ramo ministerial también secundario de los Asuntos Sociales. Nos preocupa ese Derecho:

- Que aparenta tratamiento ordenador para acabar separando instituciones
- Que da apariencia de ordenación y así induce al descuido de su regulación,
- Que desde su expresión parece corresponder con una razón jurídica, cuando el derecho existente no responde a la finalidad querida por el Ordenamiento o por los Principios informadores.
- Que plantea las reformas como tarea necesaria de adaptación cuando supone la quiebra del fundamento y expresa un Derecho extintivo aparentando ser meramente modificativo.

11 Ya en el año 2003 los ingresos de los Ayuntamientos dependían en un 54% de la vivienda, según los datos del Ministerio de Economía y Hacienda. Y para ir al mercado inmobiliario se acude sistemáticamente al mercado hipotecario. Por enero del 2005 se adeudaban 580.000 millones de euros por hipotecas, porque en el año 2004 se había incrementado en un 24%, en la tendencia alcista que sobre todo desde 1996 se había iniciado y que en el año 2005 no ha seguido sino dándonos sucesivos aumentos.

—Que se formula bien y que, sin embargo, se generaliza y se fomenta la opinión, desde los Poderes Públicos incluso, de que puede y debe transgredirse.

Nos preocupa la falta de Derecho (laguna legal); o que exista y no se aplique por falta de legalidad procedimental de apoyo (burla de la *praxis* en incursión de la ilegalidad sustantiva por laguna legal formal); o que exista y se conforme de manera ambigua o de susceptible ineficacia o eficacia a fines contrarios (*fraudem legis*); o que exista y estén mal conformado por injustamente positivizado (contradicción que insta la objeción de conciencia y el accionamiento para la derogación); o que exista y esté bien conformado y se inste su incumplimiento (politización y oportunidad frente a legalidad y razón jurídica); y nos preocupa la proclamación legal que carece de realismo económico por insuficiencia financiera (declaraciones programáticas abocadas a la frustración).

Ante la posibilidad (que es la que en un Marco Constitucional que respetamos existe) de separarse el tratamiento de las dos reconocidas y dignas figuras: institución familiar y derecho fundamental a la vida; ante esta carencia estamos obligados a exigir el referente y aplicación de los Principios informadores y en su eficacia normativa directa.

Ante la posibilidad (que es la que también en nuestro entorno apreciamos de provocar una tendencia a ir contra los valores constitucionales) hay que movilizar a la sociedad civil para crear presión política y accionamiento judicial en la ventaja de la división de poderes.

Ante la falta de ajuste a los Principios hay que buscar la concienciación en la razón jurídica y solución de justicia material que en la *mens legislatoris*, en la tradición, en el marco comparado...existe; hay que buscar la aplicación directa de los Principios desde su rango de norma jurídica y de la convicción del Ordenamiento Jurídico como sistema completo y perfecto.

Según lo que razonamos podemos manifestar, viendo cómo se concreta la política legislativa:

Nos preocupa que se debata sobre conciliación trabajo y familia cuando su dificultad o imposible conciliación arranca de un necesario aumento de nivel de gastos familiares que provoca que ambos cónyuges seguro y al menos, deban procurar tener trabajo asalariado (Así una propaganda de un *Plan Concilia* nos vuelve a parecer más publicidad que realización —por ello los Sindicatos se están manifestando contrarios a normas concretas incluso que cuando vienen a pronunciarse sobre la erradicación de la desigualdad no inspiran confianza de eficacia).

Y desde luego, a propósito de esa más que conveniente imperativa conciliación, tenemos que afirmar que sí es una cuestión de conceptos, que no da igual lo que entendamos por matrimonio ni por familia, que necesitamos modelos y conceptos jurídicos fundamentales que dan seguridad jurídica (aunque soluciones de equidad ponderen o dulcifiquen la rigidez de la legalidad para dar tutela jurídica y equiparación en beneficios a realidades personales y sociológicas equiparables). Así, de igual modo, nos parece tendencioso cambiar los términos mismos de la repetida conciliación que buscamos: se habla ya no tanto de conciliación de vida laboral y familiar y sí de conciliación de vida laboral y extralaboral¹².

Tenemos que, a pesar de la prohibición expresa de la especulación (cfr. *Art. 47 C.E.*) en nuestra Constitución o a pesar del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, se

12 Se considera prioritaria la conciliación pero, ahora ya se denomina: de la **vida laboral y extralaboral**, *Informe Priorities for occupational safety and health research in the EU-25*, de la Agencia Europea para la Salud y Seguridad en el Trabajo, Luxemburgo 2005

sigue propiciando un mercado inmobiliario especulativo, inflacionado, que aboca a la dedicación al trabajo por varios miembros de la familia y por muchas horas.

Nos preocupa que, aparentando que se protege a la familia, se aproveche para definir lo que es ésta o lo que es, en su manifestación extraordinaria, una «familia numerosa» (cfr. *Ley 40/2003 de 18 de noviembre*). O que la protección a ésta sea tan parca o «cicatera» como el Reglamento de desarrollo publica (cfr. *Reglamento de desarrollo de la Ley 40/2003, aprobado por Real Decreto de 30 de diciembre de 2005, BOE de 18 de enero de 2006* —con pobres pronunciamientos muy centrados en descuentos del 20% en transporte ferroviario o de carretera—).

Nos preocupa en fin que aparentando legislar para la salud se abra un debate social que no era relevante o se divida a la sociedad o se descuide otro problema mayor o se dediquen fondos a temas que, según la salud, no son los prioritarios (si hay una alarma por drogadicción en los colegios o hay alarma por siniestros en las carreteras por alcohol y se dedican todos los medios a la lucha contra el tabaquismo —cfr. *Ley 28/2005 de 26 de diciembre*— y el debate y medios para su implantación, dotando también desde el Herario Público un grupo de asesores jurídicos para informar en la interpretación de la Ley. Demostrándose que se legisla de modo espontáneo, confiando más en la oportunidad que en el interés, creando conflicto e inseguridad —cuando el Derecho, por definición tenía que servir a erradicar ambas posibilidades—. Así, desde la imprevisión, nos encontramos con inmediatas reformas de una reciente normativa: *Real Decreto Ley 2/2006 de 10 de febrero*, por el que se modifican los tipos impositivos del Impuesto sobre las Labores del Tabaco y se modifica la *Ley 28/2005 de 26 de diciembre* de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladoras de la venta, suministro, consumo y publicidad. Queda en evidencia un Gobierno que no ha sido capaz de prever una reacción de quiosqueros o, a más alto nivel, una reacción de las multinacionales fabricantes; o que tiene que incrementar una presión fiscal justificando, antes que el fin recaudatorio, un mecanismo de reequilibrio en precios y técnica de disuasión de consumo. Y todo ello por no reflexionar más en profundidad sobre la esquizofrenia de prohibir consumir lo que no solo se permite vender sino que se vende desde el establecimiento asimilado a público por concesión administrativa y que en cada venta hay un beneficio económico para el Estado (del 73% por cajetilla!).

Creemos que, a propósito de ese marco constitucional que nos obliga y nos acoge y nos da referente, se ha provocado desde el texto mismo de la Constitución una idea de derechos frente o sin contenido obligacional alguno.

Esto no es novedad, porque desde la *Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1717* se está cayendo en igual abusivo proceder, sucediendo la *Declaración de los Derechos de la ONU de 1948* y explicándonos así la proclamación en nuestra Constitución de los Derechos Fundamentales en el *Capítulo II Derechos y Libertades, arts. 14 y ss.*, aunque el Título en el que se comprende, el Título I, si fija bien *De los Derechos y Deberes Fundamentales*.

Hay novedades legislativas que nos deben de preocupar, incluso desde un análisis económico del Derecho, no podemos mostrar conformidad con la generalización de la institución matrimonial porque la invitación masiva a su celebración, si se hace desde la contraoferta del desistimiento unilateral (o de repudio) y sin causa, ya consigue una trivialización del *vinculum iuris* alarmante, contra la familia, contra la economía doméstica, a base de dividir y perpetuar esa atomización (que se traduce en una compra de supermercado llena de productos «singel» o en la compra generalizada de «microespacios» como «soluciones habitacionales»).

De igual manera se han proclamado las bondades del matrimonio para permitirlo entre personas de igual sexo (*Ley 13/2005*¹³, reinterpretao o rescribiendo¹⁴ la Constitución y, en particular, su art. 32; así como en general un cuadro de valores y una *mens legislatoris*) para acabar asimilando o equiparando tantas y tan distintas realidades que, cuando se busca un reparto o protección social de la familia, dando que los Presupuestos (Cfr. *Ley de 29 de diciembre, Ley 30/2005*¹⁵) no son inagotables, se acaba repartiendo poco y entre muchas realidades que se parecen o ni siquiera ello a la familiar — Así el Proyecto de *Ley de Dependencia* o el *Reglamento de Familias Numerosas* — Aquél habla de situaciones familiares para referir o incluir también a la persona que vive sola, lo que no deja de ser un exceso o una forma de minar los conceptos, porque la tutela jurídica que por analogía merezca una situación de una o de varias personas no tiene que pasar por la extensión hasta la indeterminación del concepto. Como también, en ese Proyecto de Ley o en el Reglamento reciente que citamos se critica que se abuse más de un sistema de ayudas o de subsidios y de escasa cuantía¹⁶, rompiendo la inercia de aquella *Ley de la Autotutela* que confiaba más en la iniciativa privada para un ahorro inteligente y rentable premiado sin presión fiscal.

Cuando también se positiviza un derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos (*Ley 42/2003 de 21 de noviembre*), de nuevo hemos de reaccionar contra la apariencia de buen derecho, porque no hay tal bondad cuando no se entremezcla un contenido obligacional. No nos parece fórmula para apostar por la tan necesaria *familia en extenso*.

Desde luego esta falta de contenido obligacional nos arroja una grave incoherencia en la protección de los menores en tanto el Derecho civil está apostando por la familia en extenso,

13 Reforma legislativa contra la que se tramita un **recurso de inconstitucionalidad** en el Tribunal Constitucional por lo que, desde su admisión a trámite, se ha de entender razonable un debate y cuestionar la razón jurídica de la norma; además de sabernos abocados a una grave inseguridad jurídica a la hora de fijar lo que es Derecho, en cuanto que las soluciones legales muy traumáticas no se pueden reconocer sino a golpe de sentencia. Además del Recurso del PP están planteadas ante el TC tres cuestiones de inconstitucionalidad por jueces de Denia (Alicante), Telde (Gran Canaria) y Burgos. «Aunque la apariencia de simplicidad en la técnica legislativa seguida pueda dar a entender otra cosa, el legislador está alternando con dos líneas de una ley ordinaria no sólo los elementos definitorios básicos de una institución fundamental, sino todo el conjunto normativo construido durante siglos alrededor de la misma» es texto del Recurso interpuesto por el Partido Popular que alega que el quebranto constitucional no solo se entiende del art. 32 sino también de los arts. 10,2, 14, 39, 53.1, 9 y 167.

14 «Rescribiendo clandestina y disimuladamente la Constitución» dijimos en el artículo de opinión en el que añadimos con cierta ironía crítica que: «no vale que se nos diga que es suficiente una reforma del Código civil cuando es la Constitución, en su letra y en su espíritu, la que estamos revisando...resulta chocante que, mientras que se afirma sobre el matrimonio su condición de instrumento de paz social y de desarrollo de la personalidad, al mismo tiempo se apueste por una paz tan poco duradera (de apenas tres meses), o cómo se puede comprometer el desarrollo de la personalidad con una institución tan poco estable por la facilidad con que se puede romper, a no ser que se esté apostando por conseguir tal desarrollo de la personalidad gracias a una sucesión de matrimonios que cada persona podría acumular (sería entonces legítimo preguntarnos cuantos matrimonios harían falta para nuestro completo desarrollo de la personalidad: diez, quince...»). F. de la TORRE OLID, *Los entresijos jurídicos del proyecto de ley conocido como «divorcio Express»*. Agencia Veritas, 14-12-2004.

15 Ley de Presupuestos que ya desde su exposición expresa unas prioridades políticas para asignar partidas presupuestarias al contemplar primero sanidad o educación, antes que otras grandes áreas. En cualquier caso es esta Ley de Presupuestos la que nos dice que el gasto público es limitado y que todo está interrelacionado, no ya que en Sanidad antes que a salud y vida se destinen fondos a la no salud o a la no vida; sino que el legislador aproveche para dar apariencia de buen derecho según censuramos — Así se hace oferta de empleo público con grandes cifras pero, a continuación, se aclara que en la oferta se incluye el empleo temporal, seguramente para consolidar interinidades lo que no es ofertar empleo sino consolidar empleo .

16 Así vemos en la Sección dedicada a «Beneficios en materia de transporte», arts. 10, 11, 12, con reducciones entre el 20 y el 50 según se trate de familias de las categorías general o especial. Rgto. de la Ley 40/2003.

en apariencia; mientras el Derecho Penal no contempla un impago de alimentos del abuelo y sí tipifica criminalizando cualquier impago de padre y ello no es excusable por una mayor y más directa responsabilidad de padre respecto de abuelo porque lo que interesa no es encarcelar a nadie sino cubrir los alimentos.

Cuando se legisla a favor de una igualdad, de personas discapacitadas (*Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, Ley 51/ 2003*), o para la igualdad de la mujer, por ejemplo disponiendo el reparto necesario e imperativo de las tareas domésticas (texto añadido al *art. 68 C.C.* por *Ley 15/2005*), de nuevo nos chocamos con un aparente buen Derecho cuando, en realidad, estamos ante un Intervencionismo abusivo, una disciplina que, lejos de pacificar trae una zona de conflicto al disciplinar jurídicamente lo que, en afecto y consenso o libre iniciativa y pacto, se consigue (como se buscó con la reforma del Código Civil introduciendo la regulación del contrato de alimentos, con *Ley de 18 de noviembre de 2003, en su art. 12*).

A propósito de esta apariencia de buen derecho que criticamos en cuanto en realidad se abusa de la imposición de deberes, para disciplinar lo que es más propio de la libre organización de la cotidianidad familiar y doméstica, ya recordamos la gratuidad de los preceptos incorporados a los *arts. 66, 67 y 68 C.C.*: el deber de cohabitar, de socorrerse, de ayudarse...deberes morales elevados a jurídicos cuyo incumplimiento no admitía la coacción del Derecho para imponerlos sino una justificación de crisis culpable para el incumplidor (aunque sin mayor consecuencia en cuanto el sistema más que «sistema castigo» se buscó que fuera «sistema remedio»).

Hoy la imposición teórica de esa ayuda en la tarea doméstica es «un brindis al sol», una imposición más en la gratuidad que referimos o una muestra grosera del Intervencionismo para aparentar sensibilidad donde no hay que manifestarla. Es más lógico y justo preocuparse de las causas: no esperar a un desequilibrio entre hombre y mujer sino buscar el equilibrio desde una educación; igual que no hay que imponer la igualdad de la mujer en la cúpula militar, por poner ejemplo, sino dar la igualdad de oportunidades y estar a la promoción de mérito y capacidad.

Ni la paridad se debe imponer ni la educación está funcionando.

De igual modo tenemos que lamentar apariencia de buen derecho en el reparto de visitas cuando, con ocasión de acabar con la tensión entre cónyuges, en los casos de ruptura matrimonial, se busca contraponer *progenitor custodio* y *progenitor visitante*, se apuesta por custodia compartida, a costa del interés del hijo o a partir de artificiales «puntos de encuentro» (que no dejan de ser soluciones bastante artificiales en cuanto que se crea ese espacio físico neutral para el ejercicio del derecho de visita por el progenitor no custodio cuando hay problemas o riesgo de violencia o cuando se precisa la asistencia profesional, todo lo cual, en teoría, nos parece bien pero no es sino abundar en la falta de soluciones que a la familia estricta y en extenso se le reconoce o se le impulsa para que de —empezando por la implicación de un consejo de familia o la disponibilidad de espacios físicos en las propias casas familiares antes que una red pública para lo privado)

Y, desde luego, no olvidamos que estamos legislando contra la familia cuando se asimila a todo conflicto heterosexual de la más mínima relación afectiva o cohabitante como referencia para llamar violencia doméstica (*Ley de Protección Integral contra la violencia de género de 28 de diciembre de 2004— L.O. 1/2004*); incluso, a mayor contradicción, a costa de criminalizar con discriminación flagrante al varón; y, desde luego, publicitando una beligerancia alarmante y constitutiva de escándalo social en la familia cuando silenciamos otros focos de violencia o cuando aquel pareciendo que es familiar en realidad no lo es; lo que, de nuevo, nos recuerda que la cuestión también es de conceptos (resulta extraño o tendencioso y, entonces, repudiable, que

se depure con tanto celo el concepto de otras violencias — como ocurre con el *mobbing* o acoso moral en el trabajo que ofrece todo un debate jurisprudencial sobre si supone presión psicológica sistemático, reiterativo, prolongado en el tiempo durante seis meses al menos... — mientras por violencia doméstica se puede entender tal casuística que no podemos sino entender que hay una voluntad legislativa para la generalización en la calificación.

Pero este repaso de soluciones legales negativas no nos puede condicionar un tratamiento de la familia que ha de hacerse en clave optimista: con el referente de su valor constitucional o con referentes particulares como la constitución de patrimonios autónomos a favor de discapacitados.

Es el optimismo lo que impulsará la reivindicación de soluciones legales realmente protectoras de la persona y de la familia; caer en el derrotismo puede traducir la resignación ante la *mala praxis* que la aplicación de una legislación antiabortista debe implicar. Porque, efectivamente, la ley puede ser mejor, desde luego más ambiciosa y sin excepción alguna, pero también es cierto que lo que tenemos es una ley que confía en la protección a la vida y solo puntual (aunque lamentablemente) en la interrupción del embarazo. Entonces lo que cabe es aplicar esa ley para que la convicción de estar ante un panorama jurídico negativo nos embargue y dejemos de luchar sobre lo que hay para su correcta aplicación (y sobre lo que no hay en su creación y no solo desde la convicción moral sino desde la realidad imperativa constitucional de proclamación y necesario desarrollo normativo y jurisprudencial coherente con tal cuadro de valores que son razón jurídica y no *razón de Estado*).

Es el optimismo el que impulsa el activismo de la sociedad civil, que confía en su protagonismo y sabe de él por la fuerza del Principio de Subsidiariedad que consagró la Doctrina Social de la Iglesia y que desde el Derecho Civil sostenemos confiados en la fuerza del Principio de Autonomía Privada como «motor» del Derecho (positivizado en el principal *art. 1255 C.C.*). Porque la política fatiga pero la apatía democrática es un lujo que no nos podemos permitir.

Se nos exige estar alerta, con nuestra percepción y capacidad de análisis y crítica despierta para evitar que se nos conduzca en la fijación y visión de los temas presuntamente o interesadamente relevantes.

No podemos olvidar la pincelada que nos dieron sobre un «agujero» de la Sanidad en Cataluña para a quien con tan negligente administración ahora pide mayor autonomía, exigiendo un Estatuto nuevo que, bajo la apariencia de un desarrollo del Estado Autonómico, rompe la configuración territorial constitucional en cuanto que se excede un abanico de competencias a costa de quebrar las exclusivas del Estado Central — amén de provocar un debate social de nuevo marcando lo relevante de modo artificial — confrontando sobre la desunión de los pueblos cuando el compromiso supranacional es de unión (y tanta reserva hay que tener ante el carácter excluyente de los nacionalismos como JUAN PABLO II advertía) y apostando por otras lenguas cuando la preocupación, el interés y el coste de las familias en la educación se busca en los idiomas más universales¹⁷ — y focalizando y dirigiendo la preocupación de la población para disimular — en posible «contubernio» que censura J.M. DE PRADA entre «Los Medios» y

17 La confrontación lingüística que se ha abierto en España nos parece ciertamente forzada, no gratuita en tanto toda realidad cultural es respetable pero no es suficiente para determinar la actualidad y nunca puede ser causa de confrontación. Por demás, en un terreno más práctico, las familias lo que sí soportan es una preparación bilingüe necesaria para el mundo laboral y para la internacionalización social. Este dato práctico justifica el contenido de artículos como el titulado *Al terminar la carrera, ¿idiomas o un máster?*, que recuerda el interés de dominar el inglés que es una deuda pendiente. Expansión y Empleo, 4-5 febrero de 2006.

«El Poder»— u ocultar otros problemas realmente relevantes o «fabricando la realidad»¹⁸. Así vemos que se provoca el trasvase, a nivel informativo, del 2005 al 2006 con unos debates tan gratuitos que esconden el endeudamiento familiar que tanto nos preocupa por constituir quiebra en su autonomía y garantía para que la institución sirva a sus fines.

Otro ejemplo, en este orden de la salud y desde lo sanitario, no podemos olvidar ese debate de la calidad en la sanidad para contemplar que la higiene bucal en los menores es una carga familiar, mientras la transexualidad se sufraga por el Presupuesto andaluz (comprobando entonces que, a costa de sobresalir el debate de los conceptos o trivializar las instituciones hemos llegado lejos en el concepto de salud, en perjuicio de la sanidad para la vida).

Se construye el Derecho desde la oportunidad frente a la razón jurídica que ha de informar la legalidad.

El difícil equilibrio entre el Principio de Oportunidad¹⁹ y el Principio de Legalidad ha de traducirse en una dulcificación o flexibilidad de la norma cuando razones de equidad o cuando el garantismo excesivo pueda presentarnos y abocarnos a dilaciones indebidas y por ende a indefensión; así como la fuerza del mercado exprese una necesidad de atención jurídica preferente para preservar un interés general; pero, por el contrario, cuando nos jugamos los fundamentos o desnaturalizamos una institución hemos de prevenirnos contra la preferencia de la oportunidad.

En rigor y coherencia positivista no hay temor en tomar el referente del marco constitucional para saber donde están los intereses que merecen la primera y más digna protección por el Ordenamiento Jurídico.

No se puede legislar contra el trabajador que fuma, no cuando el niño que toma cocaína da cifras alarmantes o la niña que aborta lo hace en masa; cifras records en excesos: obesidad infantil, bulimia y anorexia, consumo de cocaína...Cómo podemos centrar el debate político o el entretenimiento de la opinión y tensión social en temas relevantes sí pero secundarios seguro. Aunque podremos pensar en leyes que son instrumentos sí pero su instrumentación política no sirve a la pacificación y solución de lo jurídicamente relevante sino a la fijación artificial o forzada al menos de lo más relevante.

El Derecho, nuestro Derecho Constitucional, manda proteger la vida (por eso se protege al *nasciturus*) manda proteger la salud de las personas (cfr. *Art. 43 C.E.*) y primero de quien es menor, porque lo es y porque no tiene capacidad de obrar suficiente para su autogobierno. Y eso es prioritario frente a otras políticas de preservación de «espacios sin humo» cuando la productividad cae frente a terceros países de nuestro entorno (y se intenta recuperar con leyes tan pobres como la *Ley 23/2005* y la *Ley 24/2005 de 19 de noviembre*); o de exigencia de colaboración en las tareas domésticas (*Ley 15/2005*), como si el legislador no estuviera para algo más importante —para lo jurídicamente relevante— que para intervenir el espacio más privado.

Tener prioridades, según un cuadro de valores constitucionalmente reconocidos, nos garantiza que la conciencia social para determinar e influir en las políticas legislativas será útil.

18 Así denunció J.M. DE PRADA en su conferencia *Democracia Mediática*, Murcia, 15-diciembre-2004. Y es denuncia que antes suscribimos con palabras de Mons. Cañizares. Llegó, en esa conferencia a afirmar DE PRADA que con el asalto a la primera página de la reforma del matrimonio se consiguió ocultar la crisis de los astilleros.

19 Que es respetable e incluso necesario para informar la solución jurídica cuando coadyuva a la pronta solución justa, como cuando se informó y se positivizó la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la que se importó el esquema de Los Juicios Rápidos y se comprendió que las sentencias de conformidad, siendo solución judicial tenía un buen referente y aval en la negociación y, sin desvirtuar la naturaleza de la decisión sí agilizaba ésta, prevaleciendo Oportunidad sobre Legalidad.

Hablo de familia como primera sociedad civil porque de sociedad civil que diluye a la familia gusta hablar para referir los grupos de activistas dispares que defiende derechos de colectivos bajo la bandera de derechos humanos. Pero esos grupos intermedios pueden no servir para romper la atomización y fragmentación sino consagrarla y servirla (en un asociacionismo dirigido, mimado desde una fuerza distinta a su objeto social o a la fuerza interior de su sustrato subjetivo).

Llegados a este punto confío, sin temor a una ficción jurídica, en proclamar los derechos de la familia²⁰ y ahí confiar o residenciar la titularidad de muchos derechos que de verdad son fundamentales del y para la persona. (Cfr. *Art. 18 C.E.* y *Ley de la Vivienda de la Comunidad Valenciana*). Y hablamos de esa posible (teóricamente) y necesaria (en la práctica) titularidad activa de derechos subjetivos, incluso para atribuir derechos fundamentales e incluso sin tener que formalizar la constitución de persona jurídica.

Precisamente en el ámbito familiar es donde primero reconocemos como asumidos los derechos con contenido obligacional necesario y correlativo a la titularidad activa frente a un abuso en la proclamación de derechos absolutos.

Considero necesario el diálogo y el debate para recordar y actualizar los referentes: la toma de conciencia surge con la comunicación y constatamos que ésta se evita, se teme o se obstaculiza, de nuevo aparentando otra cosa: convenciéndonos que estamos en la era de la comunicación nos limitamos a un mensaje corto que, en el peor de los casos, nos lo dan predefinido con lo que no nos ahorran la riqueza de la conversación densa, reflexiva, sino que nos evitan pensar.

Retomemos el repaso del panorama jurídico y fijémonos en soluciones legales que muestren, por ejemplo, un endurecimiento en el mantenimiento del permiso de conducir (depende de una autorización administrativa y su concesión no es definitiva sino que está cuantificada en créditos negociables) y frente a ello una generosa convalidación de carnet de vehículo de cuatro ruedas para el de dos ruedas. Soluciones legales que aparentan un buen derecho y a la postre no solo no sirven a un buen fin sino que sirven a otro que, por demás, es pernicioso o torticero. Como nos muestra, si profundizamos en la realidad automovilística, como *las cifras negras* en carreteras se pretenden referir a culpa en la conducción antes que a un defecto de fabricante o una falta de inversiones en infraestructuras.

Cómo podemos estar tan obsesionados con el tabaquismo y tan complacientes con la fabricación y comercialización de productos malignos; como ocurre con una industria que provoca ciertos métodos de engorde artificial o eso podemos concluir ante un mercado que ofrece generosamente productos desencadenantes de la obesidad infantil.

Del «internet para todos» a la bicicleta peligrosa, del internet gratuito a la bicicleta cara, ya tenemos un medio más de atomización frente a salud, de quiebra a la proclamación vida y familia. Por no insistir en un añadido coste de familia conectada pero incomunicada (desde la apariencia de la sociedad de la comunicación) o de la persona sedentaria (desde la apariencia del más dinámico marco social).

No hay protección a la familia cuando el acceso a la vivienda se propaganda y se protege gubernativamente, como expresión de política social, para los jóvenes²¹, cuando hay una nece-

20 Un capítulo concreto de su obra y con ese título de derechos de la familia le dedica J.L. GUTIÉRREZ GARCÍA, *Introducción a la Doctrina Social de la Iglesia* Ariel, Madrid, 2001.

21 Es la crítica que ya formulaba Díez Picazo al censurar el desequilibrio en la tutela cuando protegiendo a la familia el Derecho hace una apuesta por los jóvenes como si el «tout pour les enfants» justificara absolutamente toda revisión, incluso a costa de desequilibrios que a la postre lesionan a la familia como conjunto. (Cfr. L. DIEZ PICAZO, *Familia y Derecho*, Civitas, Madrid, 1984).

sidad en la familia que crece y que precisa «la casa grande»²². Como tampoco hay protección a la mujer y no hay protección verdadera en la igualdad de oportunidades cuando la mujer que «ha criado» a sus hijos y quiere incorporarse al mercado de trabajo no puede hacerlo. Pues bien, pongamos si su inquietud es investigadora, comprobamos que la oferta de becas es ofertada, casi en exclusiva, para jóvenes —como si la investigación dependiera de la edad, legitimándonos para sospechar que tampoco es la protección a los jóvenes lo que esa oferta de becas tiene sino que sospechamos que es una manifestación más del fomento de empleo con «contratos basura»—.

Y así se puede seguir en el recuento de un panorama legislativo y un diseño de políticas que con la lectura diaria del BOE se nos ofrece. Por lo que nuestra crítica no es particular a un pronunciamiento del legislador sino el necesario llamamiento a un Derecho emergente que surge *ex novo* en apariencia de la sola y puntual y necesaria reforma.

No se trata de estar pendientes a una novedad legislativa relativa expresamente al derecho a la vida o a la institución familiar, se trata de estar alertas con la terminología jurídica o con políticas legislativas paralelas pero incidentes.

Por qué nos obsesiona hablar de salud laboral y no de salud familiar (preocupando tanto la ergonomía en la muñeca que dirige el ratón y proponiendo que un espacio de unas decenas de metros ya cubra la vivienda digna y adecuada que manda la Constitución). Por qué nos equivocamos hablando tanto de matrimonio contrato (evitando la fuerza de la institución para incentivar la temporalidad o como para entender, asentando esa idea, que todo es susceptible de libre pacto). Por qué nos cuidamos de reivindicar un medio ambiente adecuado, según la Constitución (pero comprendiendo que tal demanda quede para el fin de semana y el urbanismo y el medio residencial se constriña y se macice en hormigón). Creo que hay un gusto en lo programático y un apoyo a la más libre materialización para que la eficacia jurídica no sirva al ideal y la lógica.

Y respecto a lo que hay que esperar y reivindicar de medidas legislativas concretas a favor de la familia tenemos que buscar fiscalmente una exención tributaria a patrimonio familiar o una menor presión en sucesiones y donaciones (cuando es constitucionalmente proclamado el derecho a la herencia —*art. 33,1 C.E.*—); o procesalmente tendríamos que esperar la previsión de la suspensión de pagos para la familia; o civilmente el rescate del Consejo de Familia; o penalmente la evitación de una criminalización en el impago de una renta de pensión periódica.

No podemos estar alertas cuando de familia se habla en la ley y «desconectar» cuando se inaugura el año 2006 con la subida generalizada de precios, como también fiscalmente se reduce la desgravación por vivienda, se da peor tratamiento de las sociedades patrimoniales,

22 Bien es verdad que en la normativa más reciente (R.D. 801/2005 de 1 de julio por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008 y su normativa de desarrollo como la O.M. 13 octubre de 2005 se está apostando por una fijación de precios máximos; es decir, normando antes el aspecto objetivo que el subjetivo (limitar el precio antes que limitar al comprador), y procurando un realismo al clasificar por territorios con un «precio básico» sobre el que se pueden aplicar porcentajes por Comunidades Autónomas, pero no olvidamos que, por tradición, la vivienda protegida se presenta como un producto de menores dimensiones y calidades y que los planes de ayudas se dirigen principalmente a los jóvenes. Es cierto que, según proclama el R. D., entre los ejes estratégicos se busca atender específicamente a aquellos colectivos con mayores dificultades para acceder a una vivienda digna: los jóvenes, las familias numerosas y las monoparentales, los mayores de 65 años, las personas con discapacidad y sus familias, las personas víctimas de la violencia de género y del terrorismo. Pero es también cierto que se materializa muy poco estos enunciados o propósitos. Como también es el mismo R.D. el que nos habla de un fomento del mercado de alquileres que no llega desde que no hay incentivo fiscal alguno para que las familias opten por esta solución.

mientras que la ley de la dependencia o la reglamentación de las familias numerosas nos habla de algún subsidio.

Y, desde luego, no se nos puede invitar a permanecer impasibles o ser tolerantes con afirmar realidades con las que no estemos de acuerdo, como si, a la postre, la capacidad económica del Estado y de las familias no dependiera de una consideración uniforme y global (Así, la invitación a respetar la celebración del matrimonio civil en el Ayuntamiento, un domingo por la mañana, se traducirá en un gasto público que se compensará con una subida de la contribución urbana)

Pero el referente de la unidad y coherencia nos va a permitir e incluso exigir criticar y evitar disfuncionalidades y contradicciones (y que es materia en la que se podrá abundar en ulteriores expositivos al referir el desarrollo normativo al que asistimos).

Así, para motivar minimamente lo que ya anunciamos, dejamos apuntado, por ejemplo y nos pronunciamos contra la discriminación (proscrita en la Constitución que afirma un principio de igualdad sin discriminación alguna por razón de sexo —cfr. *Art. 14 C.E.*) y que, sin embargo, se proclama en la Ley respecto al hombre, en cuanto que recibe más castigo que la mujer ante el mismo ilícito (según la *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de 28 de diciembre de 2004, L.O. 1/2004*).

También apuntamos otro ejemplo de contradicciones del Ordenamiento Jurídico aludiendo a la criminalización excesiva del incumplimiento del deber de cumplir abono de prestación periódica debida por un cónyuge-progenitor en situación de crisis matrimonial, frente a una inmunidad o impunidad del deber correlativo a los derechos de visita que se conquista legalmente para los abuelos.

Esta es la crítica que nos surge al contrastar el contenido de la *Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos*, con la *Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal*²³.

Incluso la contradicción y nuestro juicio negativo lo tenemos que afirmar desde que, analizando solo la reforma penal, se aprecia una quiebra del principio de tipicidad. Porque después de pretender tanto castigo ante un impago hay una generalización e indeterminación grave porque ese impago se refiere a cualquier prestación económica. Porque si esa prestación es solamente debida a un cónyuge, es decir cuando hablamos de pensión compensatoria, la finalidad nuclear de ésta de reequilibrio debía no estar penada. Esto es, entonces, un exceso de protección: una criminalización excesiva que aparentando tutela a la familia no la trae y sí ofrece solución traumática cuando, como puede ser el caso, tenemos que distinguir un supuesto de hecho más grave de precisarse, respecto al cónyuge, una manutención necesario o los mínimos vitales o, por el contrario, la pura compensación en evitación de desequilibrio patrimonial (en sencillo mantenimiento de un nivel de vida —que ya puede ser suficiente respecto a un nivel medio—).

De igual manera podemos censurar la contradicción y manifestación de criminalización excesiva en el mismo Código Penal cuando esa prestación económica se piensa a favor de los hijos; en cuanto este supuesto de hecho puede merecer una solución distinta en atención

23 El art. 227 C.P. (en la redacción dada por la reforma de la L.O. 15/2003) castiga al que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de los hijos.

a si éstos son menores o mayores de edad, siendo grave e incluso intolerable, seguramente, el incumplimiento en el primer caso y no en el segundo. Cuanto más cuando con la reforma del Código civil, operada por la *Ley 41/2003 de 18 de noviembre* se ha incluido la denominación y regulación del contrato de alimentos, residenciando la extensión y calidad de la prestación en la más pura autonomía negocial, por lo que se nos expresa una apuesta del legislador civil por liberalizar la materia que choca con la criminalización excesiva del legislador penal, sobre todo si vemos que, en la reforma misma del Código Penal, cuando el incumplimiento no constituyere delito, se fija como falta para también castigar todo supuesto. Pretensión de sanción rotunda y persecución criminal²⁴.

La reforma del Código Penal que comentamos también incluye en la esfera familiar y para la protección general de la familia y la protección más particular de los débiles: los hijos menores, el incumplimiento del régimen de visitas.

Esta tipificación y sanción penal del incumplimiento de este deber tiene relevancia y guarda coherencia con nuestro esfuerzo y convicción de entender la correlatividad de derechos y obligaciones; con la comprensión e interrelación también, de lo económico, lo patrimonial y lo personal y, en concreto, lo moral; y, en fin, se entiende lógico el tratamiento conjunto puesto que la producción de ambos ilícitos (incumplimiento de pago de pensiones y de régimen de visitas) se puede dar conjuntamente, concurriendo en la misma situación de conflicto como chantaje. Pero la lógica quiebra cuando el ilícito y su criminalización no se imputa a otras personas a las que se le está reconociendo (y por el mismo tiempo, según fechas de las leyes — reforma del Código civil y reforma del Código Penal —) un derecho de visitas como son los abuelos; los mismos, como los demás parientes incluidos en el régimen de los alimentos (*arts. 142 y ss. C.C.*) que han de atender el deber de atención económica en caso de desatención por un progenitor —debiendo insistir más el legislador en garantizar ese abono por todo sujeto obligado, buscando mecanismos de persecución civil y aseguramiento, antes que criminalizar a un obligado—.

Retomando la reflexión general, si consideramos de rigor científico y de proyección práctica la referencia de la naturaleza de las instituciones y de la norma que las ordena es precisamente para afrontar el conocimiento y validar la legitimidad de las reformas legales que se suceden, porque despenalizar puede ser oportuno si no estamos ante un necesario recurso a la *ultima ratio*, en tanto el ilícito no sea intolerable; pero tampoco podemos criminalizar en exceso ni podemos, nunca, tratar con distinto «rasero» el mismo ilícito según quien sea su agente: abuelo o padre; o según el género: hombre o mujer. Por ello tenemos que resituar la relación jurídica como de particulares y desenvolviéndose en su orden común y conforme a una razón informada, no por «clamor social» o coyuntura (que condiciona una reforma legal para perseguir, en los ejemplos citados, solo a un padre o a un maltratador).

Además, la forma de legislar, abusando de la descodificación, buscando el tratamiento integral por problemas (lo que es ambicioso seguro y puede ser muy conveniente y justo) pero con un solo y aislado texto legal (que luego incluye normas civiles, tributarias, procesales.... sin mayor concordancia en sus textos básicos de referencias, según naturaleza de la norma, por imperativos de procedibilidad formal o técnica legislativa que sirva a la seguridad jurídica), nos

24 Esa es la intención del legislador al añadir un párrafo al art. 618. «*El que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio o declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de diez días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días*», art. 618, 2º CPP.

aboca a la tarea de localización, naturalización y, con la concordancia e interrelación, para su aplicación e integración, constatar la posible contradicción o injusticia de lo que parecía, aisladamente considerado, una solución de derecho positivo oportunísima.

Justo es, por ejemplo, ofrecer solución legal a los obstáculos arquitectónicos en los edificios en régimen de propiedad horizontal, pero no fuera del tratamiento global de la Ley de Propiedad Horizontal y, tampoco, no concordándolo con la erradicación de obstáculos que, antes del ámbito privado, en el espacio y en el edificio público se ha de exigir (porque si uno es morada, otro es prestador del servicio público). Sin embargo eso es lo que nos trajo la *Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal. Ley de 2 de diciembre de 2003, Ley 51/2003*²⁵.

(Ley, por cierto, muy interesante junto con la siguiente *Ley 61/2003*, por positivizar el repudio al acoso moral o por ser antesala de una «*Ley de la Dependencia*» —*Proyecto de Ley de Promoción de la Autonomía y de Asistencia a la persona dependiente*—; aunque de aquella Ley lo que tenemos que lamentar es que se esperaba su desarrollo con compromisos concretos que figuraban en la propia Ley para realizar en dos años y ya han pasado y no han acontecido).

La técnica legislativa, aparentando (y diciéndolo en su título) la preocupación por algo muy noble (libertad, igualdad: igualdad para las mujeres, integración de los discapacitados) o el tratamiento integral de un problema, también puede suponer no solo una propuesta ambiciosa que luego aboque a la frustración (sustantivamente hablando), y no solo un defectuoso modo de legislar por incurrir en el abuso de la interdisciplinariedad a costa de la quiebra de la sistematización, del plan de exposición del orden jurídico o Derecho objetivo (formalmente hablando). O, también, aprovechando que la materia por legislar es de tanto interés y despierta tanta solidaridad o sensibilidad social, cambiar conceptos jurídicos fundamentales, trivializar la técnica legislativa, etc.

Casi nadie discute, en justicia material, que para constituir un patrimonio autónomo a favor de un discapacitado, se incurra en una confusión entre actos de administración y de disposición o de igualar la capacidad del curador a la del tutor; pero en rigor de técnica jurídica sí tenemos que lamentar que en esas confusiones incurra la *Ley 41/2003* —también llamada la de *La Auto tutela* que no deja de ser otro abuso porque la persona que se gobierna a sí misma es la que goza de plena capacidad de obrar o capacitada y la que no precisa de organismo de guarda legal, sea tutela o curatela según el grado de incapacitación que judicialmente se determine, pero no es correcto que empleemos el término auto tutela por falta de sentido en sí y por, al tiempo, tomar el *nomen iuris* de una institución de Derecho Administrativo que explica la legitimidad de la Administración para actuar directamente por el interés general que le guía y el interés público al que sirve (así pudiendo expropiar o sancionar).

También puede suponer, esta forma defectuosa de legislar, una tendenciosa forma de focalizar lo jurídicamente relevante o de conseguir la tacha de una institución: cuando se legisla contra la violencia de género si solo se persigue con dureza al hombre es discriminatorio pero, por añadidura, si se difunde que estamos ante un problema de violencia doméstica o de la que

25 La Disposición adicional tercera. Modificación de la Ley de Propiedad Horizontal. 1. El artículo 10 de la Ley 49/1980, de 21 de julio, por la que se regula la Propiedad Horizontal, queda redactado de la siguiente manera: 1. Será obligación de la comunidad la realización de las obras necesarias para el adecuado y sostenimiento del inmueble...2. Asimismo la comunidad a instancia de los propietarios en cuya vivienda vivan, trabajen o presten sus servicios altruistas o voluntarios personas con discapacidad, o mayores de setenta años, vendrá obligada a realizar las obras de accesibilidad...».

acontece en sede familiar, aunque luego sea una pareja de novios recién constituida su agresión será un número más para descalificar una institución como la familia y el matrimonio que constitucionalmente se han de preservar.

De igual manera cuando ahora se nos anuncia una Ley de la Dependencia claro que aplaudiremos la iniciativa legislativa que busca dar respuesta a un problema de envejecimiento de población con un cuidado personal y asistencia social suficiente; o a un problema de población incapacitada de forma temprana por razones de enfermedades que se propagan (sida o alzheimer) o de accidentes de tráfico y laborales que, según índices de siniestralidad, crecen de forma alarmante. Con lo que no podemos estar de acuerdo es que para legislar a favor y para la solución de esta problemática se nos describa un panorama familiar y una situación social que se homologa, que se afirma cuando el Derecho tiene que reparar los efectos perniciosos pero también analizar y prevenir las causas y el Derecho no puede cambiar su batería de conceptos por una tendencia o una realidad social que puede ser relevante y merecer su definición (*ex novo*) o que puede ser una patología que exige un remedio.

Nos referimos en concreto a lo que se ha escrito para avalar esta Ley de la Dependencia, con el *Libro Blanco* que presentó el Ministro de Asuntos Sociales: se da pacíficamente (?) por extinguida la familia en extenso y se reconoce la desaparición de la familia como entidad permanente; así como también se afirman distintos modelos familiares hasta abarcar, en lo que son manifestaciones de convivencia o fórmulas de vida del ciudadano, a la persona que vive sola o a las uniones de hecho²⁶.

Dar por hecho que la familia tiene un problema de atención a sus miembros incapacitados o enfermos por causa (entre otras) de un retraso de los hijos en emanciparse; buscando la solución para la dependencia del inválido y no para la independencia de esos hijos que no salen de casa por un problema de empleo y de vivienda (de paro y de especulación —que son dos problemas que por imperativo constitucional son de prioritaria solución—) es una muestra de una forma de legislar parcial, con apariencia de tratamiento integral de lo que es un tratamiento parcial o con oportunidad o fijación en lo rentable socialmente o en costes; una respuesta legal que llega a ser redefinidora de conceptos jurídicos básicos (de la familia, desde luego) o/y de apariencia de solución para, en realidad, homologación de una (s) realidad (es) pendiente (s) de revisión.

4. DE LO PERSONAL A LO PATRIMONIAL. PARA UN ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. EL ENDEUDAMIENTO FAMILIAR COMO OBSTÁCULO

Sabiendo que el análisis económico del Derecho nos puede ofrecer soluciones para saber de la efectiva tutela jurídica y coherencia en la preservación de valores y realización de principios, nos preguntamos por esa traducción económica contradictoria: desde la gratuidad para un actuación contra la vida (reparto de la píldora del día después) a la onerosidad para hacer valer un derecho constitucional (transmisión *mortis causa* del patrimonio familiar).

Tenemos que preguntarnos por la asignación de Presupuestos: qué partidas se dotan a cada Departamento (si más a Defensa que a Sanidad) y qué coste asume cada Departamento respec-

26 Así se recoge expresamente «Las transformaciones que están experimentando las estructuras familiares: la desaparición de la familia extensa...el desdibujamiento del perfil de institución permanente de la familia, que se traduce en un incremento del número de separaciones, divorcios y nuevos matrimonios; ...la variedad de modelos familiares coexistentes (incremento de personas que viven solas, familias monoparentales, uniones de hecho...); Libro Blanco sobre la Dependencia, presentado por el Ministro D. Jesús Caldera, 24-12-2004.

to al valor vida o institución Familia (cómo se reparten los fondos de Sanidad o cómo los de Educación).

Porque la misma estructura de la *Ley de Presupuestos Generales del Estado (Ley de 30 de diciembre de 2005)*, desde su sola exposición o sistemática en el tratamiento de los temas respecto a los que se adquieren compromisos económicos, nos sitúa en las primeras partidas unas dotaciones o voluntades políticas preferentes con la sanidad y con la educación, pero aquella acaba dispensando una cartera de servicios poco coherentes y ésta el apoyo económico a un sistema fracasado.

Tenemos que preguntarnos por qué se ha llegado a un estrangulamiento financiero de las familias, carentes de capacidad de ahorro y situadas en unas cifras de endeudamiento históricas y alarmantes.

Nunca hemos afrontado un momento de mayor endeudamiento en que las familias tengan que enfrentarse a una carestía tan grande: subida de hipotecas, subida de gasóleo, subida del transporte, subida del gas, subida de la luz...subidas con *records* históricos y tener que afrontar tanta inflación (que desde su medida por índice interanual desde 1997 tampoco había subido tanto) con tan pocos recursos, por tener tanto endeudamiento y tan poco ahorro²⁷.

En la esfera patrimonial de la persona tenemos que censurar que la función del Estado Social sea de subsidio cuando se desprecian políticas más liberales que responden al ahorro desde el incentivo y la menor presión fiscal (así comparamos una Ley de Auto tutela frente a una próxima Ley de Dependencia).

La persona carente de recursos económicos (por no haberse incorporado al mercado de trabajo por su juventud, por su exclusión de dicho mercado desde el desempleo sobrevenido o por su imposibilidad de acceso desde su discapacidad, etc.) siempre ha encontrado en la familia el soporte económico de compensación a las carencias propias, pero si hay una realidad familiar preocupante por el endeudamiento excesivo el individuo se hace dependiente del Estado.

Así tenemos que de la proclamación constitucional del principio de integridad patrimonial, desde el que se legitima y se posibilita una exigencia de deberes familiares y sociales (de contribución al sostenimiento del gasto público soportando una presión fiscal), se revalida un derecho a la propiedad privada y a la herencia (*art. 33 C.E.*) pero no se termina de comprender un impuesto de patrimonio y de donaciones y sucesiones; y, aceptándolo, tampoco se justifica su alta tributación. Y aún menos comprensible será un patrimonio familiar que descansa en la vivienda y que ésta se transmita necesariamente, por el número de años medio de gravamen hipotecario, con cargas en la sucesión *mortis causa* a los legitimarios o herederos forzosos.

El análisis económico del Derecho nos exige estar alertas contra una compartimentación de políticas donde quepa divorciar y no reparar críticamente.

Por vía de ejemplos tenemos que reparar en la gratuidad del transporte de ocio frente a la onerosidad del transporte escolar. Como también nos exige criticar una desnaturalización de derechos o darle los derechos subjetivos el contenido que la sola oportunidad exija y así entender el derecho al divorcio entre el haz de facultades del derecho constitucional a contraer matri-

27 Mientras también se nos dan cifras históricas pero de beneficios y a favor de las entidades bancarias. Así, por ejemplo, el Grupo Santander publica sus resultados del año 2005 con un beneficio del 72%, con más de 6.200 millones de euros, con un beneficio ordinario de 5.212 (y ello a pesar de un gasto de reestructuración por la adquisición de Abbey —658— y a costa de un gasto en prejubilaciones —608—). www.gruposantander.com, 8-2-2006.

monio; e incluso se puede forzar que el derecho a la salud contenga la potestad de una mujer a determinar si su salud aconseja acabar con la vida de su hijo o si en el derecho a la salud del transexual está operarse a costa del dinero público.

En este orden de cosas tenemos que advertir contra un poder económico que se sobrepone al político o se hace cómplice y que nos impide comprender por qué los Medios incumplen un horario televisivo infantil o por qué los bancos endeudan a las familias por encima de lo que el Banco de España determina²⁸.

Y en este orden económico es donde también se debe, no solo esperar la tutela estatal para la familia sino dar a ésta el margen de autonomía que le permita la mejor organización económica en cuanto que sí confiamos en la familia como escuela de valores también en lo económico.

Alguna vez hemos reivindicado la fuerza del consejo de familia, sobre todo antes que una judicialización de una situación de discapacidad.

En este análisis económico del Derecho, para detectar por inversiones públicas la importancia de la familia según los fondos que se dotan a la misma, hay que referir que a la complejidad legislativa porque se sacrifica la codificación a favor de un tratamiento integral y monográfico, como también la complejidad estriba en que normas de distinta naturaleza refieren directamente nuevas reglas que inciden directa o indirectamente a favor de la Familia.

Esta complejidad se nos manifiesta también por una configuración territorial de España con las Autonomías. Aquí, además de poder debatir sobre lo que este *Título VIII de la Constitución* comporta, ya podemos confirmar que, dentro del territorio nacional, podremos encontrar tratamientos distintos en función del la Comunidad que analicemos.

Es oportuno referir la preocupación de la Comunidad Autónoma de Murcia por los Recursos para las Familias, que ha justificado la publicación de una guía²⁹ muy completa que los relaciona y, al publicitarlos, da a conocer su existencia, lo divulga y facilita su obtención y disfrute.

Hay en esta guía, según interesamos destacar, una relación de ayudas que van desde el estímulo por nacimiento o adopción del tercer hijo (que es una apuesta decidida por la familia numerosa) así como ayudas por parteo o adopción múltiple. Prestaciones por hijo a cargo menor de edad o por minusválido, así como por mayores

Ayudas para la adquisición de vivienda (con oportuna separación de vivienda para jóvenes y para familias); y medidas o incentivos fiscales en IRPF y Sucesiones y Donaciones.

Finalmente, en la búsqueda del entrelazamiento entre lo personal y lo patrimonial, también para apostar por la preservación de la familia y de la vida a partir del análisis económico del Derecho, revalidamos el papel de la familia como escuela de valores también en lo económico (no responde a otra explicación un endeudamiento tan alto sino el haber empeñado capital, ahorro y capacidad financiera y en la inversión en la compra de la vivienda que da estabilidad, enraizamiento y garantía patrimonial a la supervivencia de la institución misma).

28 Con preocupación aunque con cierto tono sarcástico escribimos «Sólo el Banco Central Europeo, el Fondo Monetario Internacional, el Banco de España y otros sujetos más o menos autorizados insisten en hablar de endeudamiento familiar. Concretamente el sr. Caruana, Gobernador del Banco de España, en su comparecencia para informar ante la Comisión de Presupuestos del Senado ha insistido en este problema y sobre las dimensiones reales, alarmantes por cantidades, ha destacado la difícil superación». F. de la TORRE OLID, *La familia una realidad endeudada*. Agencia Veritas, 13-1-2005.

29 Nos referimos a la *Guía de Recursos para las Familias*, de la Región de Murcia, Consejería de Trabajo y Política Social, Dirección General de Familia y Servicios Sectoriales. Documento que se edita en colaboración con la Fundación Acción Familiar. Murcia, 2005 (Dirección electrónica www.carm.es/ctra/cendoc/publicaciones).

5. ALGUNA CONCLUSIÓN. O REFERENTES PARA EL DEBATE Y LA REFLEXIÓN

— No estamos a favor del paso del *status civiles* a las situaciones jurídicas provisionales, cuando de sujetos de relaciones matrimoniales y familiares hablamos que pasan, desde su importancia teórica y su compromiso personal y patrimonial, por una necesaria estabilidad para los propios implicados y para terceros.

— Nos tenemos que mostrar rebeldes contra un panorama legislativo que da apariencia de buen derecho (BOE de 7 de marzo de 2005, relativa al Buen Gobierno: *Orden APU/516/2005 de 3 de marzo* y BOE de 2 de diciembre de 2005, relativa a la cultura de la paz: *Ley 27/2005 de 30 de noviembre de fomento de la educación y la cultura de la paz*); cuando no se ocupa de lo relevante o se ocupa de lo relevante de forma limitada y no para dispensarle la tutela debida o para decir (legalmente) lo contrario de lo que se hace (políticamente). — Porque mientras se aparenta cultura de la paz, alianza de civilizaciones, la realidad es una participación en acciones bélicas internacionales o el fomento de un separatismo, respectivamente—

— Nos mostramos favorables a emplear en el análisis económico del Derecho en tanto el endeudamiento familiar es un peligro a la independencia y supervivencia de la institución en su función de impulso a la vida y desenvolvimiento de la dignidad de la persona.

(El año 2006 nos trae un incremento en el coste de la vida que va a exigir un aumento del gasto de más de 900 euros anuales por persona, mientras tanto no tenemos en el BOE muchas más reseñas favorables a las familias como la Orden de acuerdo de compensación a las Universidades Públicas por reducciones de tasas académicas a las familias numerosas —BOE de 9 de enero de 2006)

— Nos preocupa una apariencia de buen derecho: que legisla abusando de derechos a costa de deberes; que legisla dando protección redefiniendo las instituciones.

(El derecho generalizado a contraer matrimonio con un desistimiento unilateral ante lo que subjetivamente sin mayor revalidación de objetivación ni de causa resulte adverso; o derecho de los abuelos de visita sin mayor previsión de obligación de pensiones, frente a la criminalización de un puntual impago de rentas en un progenitor)

— Nos preocupa la separación Familia y Vida porque a la postre atomizamos al individuo, fragmentamos la sociedad, consiguiendo la falta de articulación necesaria para la actuación y protagonismo.

— Nos preocupa una falta de análisis económico del Derecho:

*La familia que se desune jurídicamente no se enriquece y sí se empobrece: porque se debilitan los *vinculum iuris* que la agrupa, principiando por un derecho que abarca el no derecho a matrimonio o derecho al repudio, nos aboca a una precariedad, temporalidad, oportunidad, a una apuesta solo por lo coyuntural que rompe todo compromiso económico o lo hace gravoso (y si así se dibuja ab initio se conformará en su desenvolvimiento y acumulará a su crisis o ruptura los gastos añadidos).

* La falta de patrimonio y cierto estrangulamiento financiero en las familias, cuanto más la anulación de su ahorro y la fijación de la capacidad económica en el plus valor de la vivienda impide una liberación de cargas para conquistar la independencia suficiente

* El coste del matrimonio homosexual (no pensado según estadísticas para albergar familia y, en su naturaleza, tampoco posibilitado a ello) en gastos de apertura de oficinas públicas.

* El coste de la gratuidad de píldora del día después; el coste del aborto generalizado de hecho y de derecho también muy gravoso; el coste de la gratuidad de la cirugía de la transexualidad...que nos llevan al endeudamiento imposible del sistema sanitario para luego, respecto a la salud o condición de viabilidad de la vida misma hablar de derecho impropio o dependiente de la capacidad económica del Estado.

— Se muestra una falta de confianza en la vida, desde que los ciudadanos no asumen iniciativa emprendedora ni mayor imaginación inversora, frente a una creciente intervención económica y población funcional y dependiente (Nos sirven para entender esto la doctrina de Alvira y la Encíclica del Santo Padre hablando del amor)

— Se desdibuja un Derecho para hacer caldo de cultivo que permita la revisión o modificación del mismo.

— Se confirma que la Familia es escuela de valores y que, así, debe protegerse y ser institución ejemplar para otras comunidades y ello porque el desprecio a *la affectio* o a la solidaridad mina unos colectivos, centros de trabajo o de educación, en los que hoy se generaliza la violencia con perniciosos resultados y costes sociales.

— Como también es la familia el exponente necesario de la sociedad civil para hablar de persona frente a individualismo y estatalismo.

— Se asiste a una conformación de Derecho que bajo la bandera del cambio, siempre ilusorante, o al amparo de conceptos o ideas sugerentes o planteamientos lógicos: libertad, autonomía, revisión, adaptación, revisión, producen un resultado extintivo aunque parezca meramente modificativo.

— Se hace un tratamiento entrelazado de la institución familiar y del derecho fundamental de la vida porque es el método de reflexión, de razonamiento que arrojará un Derecho justo, entre el individualismo y el estatalismo.

— Se parte de un modelo de familia y de la extensión del derecho a la vida y el reconocimiento de aquella como fuente natural de vida en cuanto institución con vocación de provocar vida.

— Se cree en la familia que surge desde el matrimonio (es la propia *EM de la Ley 15/2005* la que habla del matrimonio como referente o basamento para la familia y ésta como seno de desarrollo de la dignidad humana)

— Se cree en la familia en extenso, en cuanto es aseguramiento del individuo frente al individualismo y a la desmembración social que el Poder Público puede interesar.

— Se apuesta por un reconocimiento de la familia titular de derechos: los derechos de la persona (empezando por su derecho a la vida) y los derechos de la familia.

— Se cree en la necesaria relación antes afectiva que meramente tolerante porque con aquella, en la que educa la familia, la empresa y la sociedad se muestra más saludable y más rentable (porque el crecimiento de la violencia es un exponente de entender que en la calle solo hacía falta tolerar que no más, con lo que la ligazón y falta de compromiso social y con el prójimo deviene muy débil; como también es una falta de confianza que inspira la afección lo que invita a la inversión, a partir de la confianza).

— Si no hay modelo la desnaturalización de las instituciones a golpe de norma escrita oportunista, politizada, es posible e incluso segura.

— Advertimos contra las grandes palabras o palabras llave que sirven para abrir unas políticas destructivas, en cuanto que con el respeto social a la mujer y la no discriminación no se puede concluir que la libertad de ésta sirva para disponer del concebido. Como tampoco con la

bandera de la libertad religiosa podemos abrimos a cualquier iniciativa o a anquilosadas doctrinas que rompen un basamento constitucional en cuanto acaban con la mujer, la denigran o la someten.

—No podemos estar manteniendo un Derecho que engloba un Derecho de Familia para centrarse en las crisis y rupturas familiares y un Derecho de la Persona que niega ésta desde su posibilidad misma de tener vida.

Como tampoco podemos estar pendientes de esos Derechos concretos sino de un Ordenamiento Jurídico, con una postura de «alerta BOE» para, sabiendo de la unidad de aquél, podamos evitar que, bajo la apariencia de un Derecho aparentemente meramente modificativo, en realidad sea un Derecho extintivo.

Y, finalmente, procurando sintetizar las conclusiones, resaltamos ideas que entendemos fundamentales:

- Familia y Vida, un entrelazamiento necesario, en tanto el tratamiento separado provoca políticas negativas, contradictorias en lo formal e incluso destructivas en lo sustantivo.
- La fijación de conceptos, la actualidad y eficacia de los principios informantes y legislar desde y para un modelo da seguridad jurídica y coherencia al sistema.
- El análisis económico del Derecho obliga a ligar lo personal y lo patrimonial: la integridad personal con la integridad patrimonial para exigir un margen de suficiencia económica que de autonomía y confianza en el desenvolvimiento y en la proyección.
- El censurable modo de proceder del legislador, además de en lo sustantivo (o precisamente para ello), se completa con un defectuoso modo de actuar desde el punto de vista técnico y formal, con abuso de la descodificación, con una dispersión normativa hasta la inseguridad jurídica; con un exceso de interdisciplinarietà hasta la trazabilidad con la excusa de un tratado integral por temas y solución completa y absoluta de los mismos.
- La familia ha de ser actor antes que agente, asumiendo un protagonismo en la noticia para defenderse y servir a sus fines a favor de la vida.

EPÍLOGO:

Tenemos derecho a estar enfadados con el legislador y con el político porque sabemos que los valores vida y familia están proclamados pero no se respetan. Y ello a pesar de estar proclamados no como mera solución de Derecho Positivo, sino que lo están en el texto legal principal: la Constitución; y no como una novedad temporal o de conformación histórica de una realidad jurídica sino aprehendiendo una realidad prejurídica, trascendente, suprapositiva, iusnaturalista, institucional. Y sabemos que esa realidad jurídica positivizada en el texto constituyente goza de la lógica de un reconocimiento supranacional e internacional y de la eficacia jurídica del nuevo constitucionalismo.

Pero también sabemos que esa legalidad no se respeta porque no se desarrolla o se desarrolla de manera incoherente, seguramente porque precisamente el rango de la norma constituyente o fundamental exige una mayor legitimidad para un cambio porque lo que interesa justificar que, en realidad, no hay cambio donde si lo hay —fraudem legis: aparentando un cambio en una

dirección se legisla en otra que persigue fines distintos a los que el Ordenamiento informado por unos Principios persigue—; o, lo que es peor, que no hay cambio porque se mantiene un panorama jurídico que, en la praxis, no se respeta.

En realidad sí es una cuestión de costes, de conceptos y de no escapar a lo coyuntural, lo político y lo oportunista. Aunque, en teoría, el Derecho tiene que ser flexible y ajustable, las prioridades son políticas antes que técnicas, y la oportunidad da una justicia rápida antes que una ralentización por tradición y garantismo legal. ¿Por qué podemos estar enfadados?:

— Porque aparentando que solo hay una normal reforma de ajuste a nuevos tiempos se hacen grandes reformas pero por una vía menos traumática socialmente, menos rigurosa procedimentalmente y menos compleja sustantivamente.

(se dice que se va a reformar un artículo del Código civil y en realidad se cambia el modelo de matrimonio heterosexual que es referente y basamento del modelo de familia instaurado)

— Porque se dice que se quiere la evitación de la violencia de género y en realidad se discrimina al hombre frente a la mujer

— Porque se dice que se va a desarrollar una política de protección integral y se abusa de una descodificación, se confunde la naturaleza y por ende la eficacia y, a la postre, no hay protección y desde luego no integral.

— Porque se asumen unos compromisos jurídicos de desarrollos normativos que, ante el incumplimiento, se tapan proclamando que el desarrollo se lleva a otra norma

(Cuando se iba a desarrollar la ley de integración social de minusválidos se busca con el Libro Blanco otra norma más ambiciosa que luego será proyecto de ley de la dependencia pero que mientras surge una u otra no hay protección jurídica)

— Porque se dice que se va a proteger a la familia en el acceso a la vivienda y se crea un Ministerio como pancarta electoral que luego se evidencia inútil en soluciones

— Porque se dice que se va a atender una demanda social imparable de matrimonio homosexual que luego no existe y que mientras se atendió se dejó de proteger otros intereses y, a la postre, lo que se produce es un deterioro de instituciones.

— Porque se dice que se va a proclamar la cultura de la paz y se negocia con violentos.

— Porque se dice que se va a controlar la investigación y se pone ésta a favor de la clonación.

Si estamos enfadados con el legislador lo que habrá que pensar en poder actuar exigiendo una generalización de la consulta popular para deslegitimar a los representantes que no representan; y hay que pensar en la responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 106 C.E. y 135 y ss. de la Ley 30/92) para exigir indemnización de daños y perjuicios porque las cuestiones de orden público sí legitiman a todos para, sabiéndose posible dañado, poder exigir reparación; cuanto más si hay relación de causalidad directa y daño grave por haber facilitado o animado a un aborto que constituye una solución legal lesiva en daños morales para la gestante.

Lo que concluimos es que hay un modelo que se cambia, a pesar de estar proclamado en la ley fundamental (positivamente hablando) que es la Constitución (y aquí no con mera transcripción en articulado sino con fijación en una proclamación de valores y reconociendo la realidad prejurídica).

Se disimula el cambio drástico aparentando el cambio suave.

Sabemos que confiar plenamente en las bondades de la Constitución tiene sus problemas porque se abusa en la proclamación de derechos frente a la de deberes; pero traicionar el esquema constitucional es dejar el texto fundamental sin eficacia jurídica, al estilo de un constitucionalismo antiguo en el que se sabía de la ineficacia y del carácter programático que no pragmático.

Pero como civilistas podemos recordar una tutela plena desde la plena eficacia jurídica tanto de la vida como de la familia; y como civilistas podemos revalidar el carácter constituyente del Derecho Civil; como también podemos dar vigencia a la fuerza del *vinculum iuris* y del *status civiles*.

Y somos los civilistas los que revalidamos la utilidad de la codificación y el rechazo a la abusiva descodificación cuando traen dispersión e incoherencia.

Un ejemplo de pérdida del *vinculum iuris* es el desistimiento unilateral (Ley 15/2005); no sirve a dar fuerza al matrimonio pero tampoco sirve para dar base a la familia cuando desde la precariedad no se implica la persona con vocación de futuro.

Un ejemplo de derechos sin deberes es la proclamación del derecho de visita de los abuelos (Ley noviembre de 2003) y a más contradicción tenemos que el incumplimiento no sancionado es desproporcionado al posible incumplimiento del padre que está criminalizado (Ley Orgánica 15/2003 —art. 618 C.P.—)

Un ejemplo de apariencia de protección para, en realidad, deteriorar es la Ley de Violencia de Género, donde hay discriminación (lo que va contra los principios constitucionales) y donde a más hay deterioro de la institución familiar como sede de violencia.

Un ejemplo de apariencia de protección para en realidad intervenir en exceso para no conseguir nada sino el conflicto gratuito porque el incumplimiento no tendría sanción —directa— lo que jurídicamente es incongruente o inútil por ineficaz: el deber de colaborar en las tareas domésticas.

Un ejemplo de apariencia de bondad donde no la hay porque más la solución legislativa no responde a la expectativa del título de la ley o de los fines que aparenta (se redefine la familia al llamar a las numerosas, parece que se protege con meros subsidios de ayuda...)

Tenemos que reaccionar con un esfuerzo crítico y de rigor jurídico para el levantamiento del velo: no se puede confiar en la aparente asepsia del legislador porque a más ocultamiento de ideología más radical puede ser ésta porque precisa no transparentarse para introducirse.

Y reaccionar con rigor en el análisis implica también exigir que la solución sea razonable con un sistema económico y con una batería de conceptos: porque donde parece que da igual el matrimonio homosexual que el heterosexual también hay que medir el coste de la tutela a estas otras fórmulas de familias; porque donde se habla de vida hay que situar la fecundación múltiple para la ulterior selección del compatible.

En fin, se sugiere porque se precisa que no confiemos en la apariencia porque tras la protección a los discapacitados se confirma la extinción de la familia en extenso, certificando en lugar de reavivando.

Precisamente porque el fin aparente es bueno hay que advertir con las secuelas o la destrucción colateral. Así también hemos de advertir contra la injusticia de exigir optar por lo menos malo: que no se despenalice con un cuarto supuesto el aborto, que no se admita la poligamia, que no se amplíe la eutanasia activa, que no se permita la clonación reproductora y sí solo la clonación terapéutica.

Tenemos que advertir contra el estrés legislativo por cuanto la ilusionante tarea de reformar para ajustarnos a los tiempos puede también, desde la gran empresa legislativa, llevarnos a un volumen de innovación del sistema jurídico que lo desnaturaliza, en cuanto, por definición el sistema se expresa y exterioriza con unas normas que, de suyo, tienen vocación de permanencia y estabilidad —sobre todo si sabemos que así sirven a la seguridad jurídica y que, a más, son más lógica respuesta o expresión de unos valores y principios informante del sistema—.

De igual modo nos mostramos recelosos contra esa tarea del legislador si se quiere justificar con la pretensión de ser pionero de innovar en exceso, contra la tradición y a costa de dibujar una realidad jurídica que contradice la realidad material que debe ser y que es y se separa de la realidad material y jurídica de un entorno.

Y, finalmente, tengo que reiterar mi preocupación por un panorama jurídico que trasciende del Derecho de Familia y que afecta a éste; y, por ello, preocuparme por una visión global del Ordenamiento. Pero, a propósito de esa necesaria visión global, también debo apartarme del análisis estrictamente jurídico para saber de una tendencia política y social, porque se nos puede estar animando a la ineficacia jurídica desde el mismo Público o desde ciertos agentes de influencia o de construcción de opinión. Ese es el gran fracaso de un sistema: no cuando se asume que el Derecho cambia (aunque nos parezca que lo hace de modo incoherente o injusto o defectuoso...) sino cuando dice que no cambia y, en realidad, se determina que la realidad lo burle porque entonces el Derecho es una apariencia, incluso la justificación de lo que parece que se conforma (no hay que cambiar la Constitución porque el matrimonio homosexual nada la altera, como tampoco altera nada la solución de los preembriones o la clonación con fines solo terapéuticos).

Qué es la familia y qué es la vida, jurídicamente hablando son dos realidades constitucionalmente protegidas: la institución social por excelencia más digna de tutela jurídica en cuanto que lo es con su conformación, no desde el derecho a pertenecer a ella que también como hijo o como contrayente que pretende fundarla que también (a diferencia de otras entidades o instituciones que están protegidas en tanto lo están los sujetos para conformarlas pero no se dispensa la más alta protección para la realidad conformada sino en tanto manifestación de aquel derecho: derecho de asociación, derecho de fundación.

La vida es el derecho fundamental por excelencia, primero, básico, nuclear.

Hemos hablado desde la Constitución y desde el Derecho civil y no por ser positivista sino por creer en el Ordenamiento que expone un Derecho avalado por una fundamentación suprapositiva y que en esa exposición se ordena con una enumeración que expresa unos valores desde que reconoce a la persona como centro y se desarrolla con ella desde su nacimiento para el Derecho que empieza con su concepción física.

Lo que ocurre es que se aborda la tarea del desarrollo legislativo con bastante de oportunidad y de incoherencia; e incluso se burla el basamento legal constitucional y de principal rango no ya desarrollando la norma sin fundamento sino negando la necesidad del desarrollo normativo y procurando y consiguiendo la aplicación en burla del Derecho pero con la garantía de una flexibilidad tal que alcanza la impunidad.

Tomamos la referencia normativa o doctrinal última: la Instrucción de la DGRN para informar, con directrices comunes, a los Encargados de Registro Civil (destacando que se evita hablar de jueces encargados porque ese divorcio en el cargo agrupado ya ha permitido deslegitimar los recursos de inconstitucionalidad de jueces contra la Ley de matrimonio homosexual).

En esa Instrucción se persigue el matrimonio de conveniencia o matrimonio que busca, frecuentemente mediante precio, un fin distinto al matrimonial. Y cual es éste? Constituir una

comunidad de vida y amor, estable, con proyección de futuro, desde los lazos afectivos construyendo una empresa común.

Pues bien, hay que concluir que insistir en esta doctrina para descubrir el *fraudem legis* es, moralmente impecable, jurídico-constitucionalmente coherente, pero contradictorio con la solución legal puntual que con la Ley 15/2005 se ha dispuesto: un matrimonio que puede romperse en no más de tres meses.

Justo cuando todavía está cuestionada esta Ley, incluso recurrida ante el TC, cuando no aceptábamos su falta de coherencia con el modelo que tenemos asumido y jurídicamente instaurado o institucionalizado, no viene la doctrina más autorizada a dar la razón; pero contradiciendo con esta Instrucción de febrero de 2006 la Ley del 2005.

Claro que valoramos que se apueste por la estabilidad: eso explica la fuerza del *vinculum iuris*, el principio que informa el *pro negotii*, la constitución de un *status civile* desde el matrimonio (y no para conquistar mayor grado de personalidad —a diferencia de un Derecho Romano antiguo— sino para mejor desenvolver ésta —según se explica en el Preámbulo de la reforma del año pasado—). Lo que ocurre es que en el divorcio Express habrá que detener su pronunciamiento judicial favorable hasta que no se revalide su celebración ajustada a Ley y no en fraude de ésta.

Esta reforma también nos trajo otras soluciones impertinentes como es la imposición de la colaboración en las tareas domésticas: no se legitima suficiente el Estado que se llama a no entrar en la intimidad (de las alcobas, según se repite) para luego legislar en lo accesorio, en lo doméstico y no de modo aséptico sino que, con esos excesos —desproporcionado con la falta de reconocimiento de una colaboración ciudadana en la selección de residuos para el reciclaje— expresa una fuente de conflictos o violencias domésticas, desde una falla educativa (que se prefiere residenciar en el hombre frente a la mujer y así revalidar la discriminación positiva de la Ley de Violencia de Género; y que se prefiere residenciar en el hogar antes que en los Colegios o en las empresas).

Hay, a propósito de este intervencionismo excesivo, una posible reflexión de cómo se legisla en lo secundario, se focalizan los problemas, se forman de forma manipulada las opiniones o los prejuicios...incluso se confirma una separación Derecho Público-Derecho Privado, cuando ésta es pertinente para conformar un Plan de exposición en la sistematización de un Ordenamiento (porque si insistimos en la compartimentación no terminaremos de comprender que en el endeudamiento familiar alarmante y destructivo o lesivo para la Institución hay Responsabilidad Patrimonial de la Administración y una falta de rigor y coherencia entre la Autonomía Local constitucional y la carencia de financiación para la Administración Urbanística).

Es esa misma discriminación que apuntamos la que se revalida con una criminalización excesiva (la que se impone con la LO 15/2003), pero que se separa de la solución de la Ley del 2003 del derecho de los abuelos de visita respecto a los nietos.

Solución buena (aunque pobre en la falta de afirmación de deberes correlativos y muy injusta en comparación con la impunidad de un deber frente a la criminalización del mismo incumplimiento) para confirmar la familia en extenso, que es la misma que el Ministro de Asuntos Sociales ha entendido como extinguida en su Libro Blanco de la Dependencia (argumento y afirmación que se reproduce en el Proyecto de Ley)

Familia en extenso que nos lleva a hablar a favor de las familias numerosas y que, sin embargo, con el Rgto. que desarrolla su Ley (si ya en aquella veíamos un abusivo modo de conceptuar) ahora vemos una cicatera forma de aparentar protección. Que se separa de la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad que ofrecía soluciones con incentivos

fiscales antes que con las ayudas y subsidios, pobres porque pobres son los recursos y más con Presupuestos más comprometidos con fórmulas tan novedosas de entender las familias o para proteger vida y salud, aunque se vaya contra la vida y no se preserve la salud (Ley de Reproducción Asistida, Reforma Sanitaria...)

A propósito de Presupuestos tenemos que detenernos y apreciar el sacrificio presupuestario que implica la partida de Sanidad; pero también comprobar que nos hemos instalado en un sistema que antes que conseguir su fin: salud se entretiene y desgasta y mal gasta en la gestión.

Qué coste tiene un sistema público que se complica con su descentralización que se justifica desde la gratuidad, la universalidad pero se vuelve pura disfunción desde que, del lado de la oferta se da gratuito el servicio de estética que no es salud o se desborda la cartera de servicios y catálogo de prestaciones a favor de lo que políticamente es más rentable (solo electoralmente hablando); como también se vuelve disfunción pura si, desde el lado de la demanda, el consumidor quejoso provoca un mal servicio que se desgasta en garantías (empezando por el aseguramiento y siguiendo por el ejercicio de la medicina defensiva).

Estamos ante una cuestión de conceptos (depurando o exagerando violencia en el trabajo frente a violencia doméstica, aquel término con celo y escrupulosidad y éste con abuso; o auto tutela en Derecho Público y en Derecho Privado, aquél como institución secular y éste como abuso del lenguaje y realidad forzada; negocio jurídico y contrato; status civile, preembriones...). Y es una cuestión de costes (en Sanidad, en Educación, en Urbanismo y Vivienda...)

Hay que abrir un debate sobre la crisis de la eficacia jurídica desde la congelación y consiguiente más caracterización programática que directa de la Constitución.

Se puede mantener el modelo de familia y la apuesta por la tutela jurídica plena de la vida, porque permanecen los valores pero impulsando en paralelo unos principios o el decaimiento de otros (a favor del Pro Resolutio, en contra de la Unidad Familiar...).

Hay en el panorama jurídico mucho de oportunidad y de provisionalidad que desarrolla una normativa contradictoria o que nos permite apreciar una inexistencia de desarrollos normativos para impulsar una praxis alegal que sea basamento a posteriori de nuevas soluciones de Derecho Positivo.

No hay asepsia en nuestros planteamientos pero tampoco la hay en ninguna actuación política ni legislativa, aunque aparentarla es un mecanismo que se quiere hacer valer para traernos un Derecho de Familia que sea Derecho de la Crisis Familiar, por ejemplo; o que donde hay apariencia de derecho meramente modificativo haya derecho extintivo de instituciones, técnicas y razonamientos jurídicos necesarios.

Si creemos en la persona es desde su condición de portadora de vida y de titular de ese derecho fundamental que merece la suprema tutela jurídica desde la dignidad que da esencia y distinción a este ser frente a otros. Dignidad que precisa, para un desenvolvimiento pleno de una familia cuyo basamento, porque también legalmente así se asume y se construye, se desarrolla y tiene basamento natural en el matrimonio.

Por todo lo cual no es un tema más FAMILIA Y VIDA, sino que es el tema por excelencia: el derecho fundamental, en el sentido más puro de fundamento del sistema; y la institución básica y principal que es manifestación societaria pero no desde la construcción artificial sino desde su referente natural o necesario marco de nacimiento y proyección del individuo que pasa, en consecuencia, para su contemplación completa por su dimensión familiar.

También por ello, sin mayor complejo de falta de rigor jurídico, consideramos que la prevención de un individualismo que no sirve a otra que a la Razón de Estado, puede asegurarse

con proclamar el Derecho de Familia desde los Derechos de la Familia, como si de un titular de derechos se tratara, aunque carezca de personalidad jurídica.

Es tiempo de revalidar y actualizar y defender los Principios informadores del sistema jurídico.

Desde luego lo no podemos entender y sí rechazar es un panorama legislativo y de interpretación de la norma que se nos presenta con manifestaciones tan criticables como las siguientes:

— Mientras con un *Instrucción de la DGRN* (de 16 de febrero de 2006) se nos habla de un matrimonio fraudulento cuando no hay proyecto de vida por temporalidad excesiva o por falta de amor a favor de la conveniencia; una *Ley de reforma del Código Civil (Ley 15/2005)* considera lógica una ruptura al paso de tres meses (rompiendo toda construcción que para el *status civile* se tiene comprendida), incluso desde la unilateral decisión (rompiendo toda fuerza legal del *vinculum iuris*).

— Como también nos parece inseguro estar en un panorama jurídico en el que la legalidad la confirma (al cabo de los años de Democracia) y la confirmará (al cabo de los años que solventa su volumen de trabajo) el Tribunal Constitucional, que tendrá que decidir sobre el ajuste a la Constitución de la *Ley 13/2005*, sobre el derecho a contraer matrimonio.

— Precisamente en estas reformas del Código civil también nos parece impropio o excesiva muestra de intervencionismo (o, en cualquier caso, de ineficacia jurídica, e incluso de fuente de conflictividad antes que de pacificación) la ordenación de la corresponsabilidad en la realización de las tareas domésticas (según se dispone por *Ley 15/2005*).

— Censuramos la apariencia de buen derecho sobre todo porque frente a lo que parece una inquietud y vocación de realización de principios (como el de igualdad) se destapan realidades que, o no existen o no con la situación conflictiva que se nos presenta, por lo que, a la postre el Derecho desequilibra a costa de darles, con el acotamiento jurídico, una relevancia y una respuesta: evitar que haya discriminación, por ejemplo; cuando en realidad puede ser una denuncia contra el hombre, porque se precisa, subliminalmente, este entendimiento de que el hombre no colabora en las tareas domésticas o si lo hace no es bastante o si es bastante hay que positivizar que se mantenga en ello porque de lo contrario ya háy reproche expreso jurídico, para justificar una *Ley* que discrimina: *Ley Orgánica de Violencia de Género, de 28 de diciembre de 2004*.

— La discriminación también se acaba haciendo *Ley* con la criminalización excesiva que la reforma del Código Penal trajo (por *L.O. 15/2003*) al penalizar el impago de renta de un progenitor, incluso al sancionar, aunque sea como falta, el incumplimiento de cualquier otro deber como el de visitas; esto es contradictorio con la proclamación del derecho de visitas de los abuelos (*Ley 42/2003*) porque con esta afirmación legal tan aparentemente bondadosa y legítima se puede estar cayendo en el equivocado ritualismo de abusos en los reconocimientos de derechos sin correlativa afirmación de deberes (que es algo que desde los textos constitucionales define muchas soluciones legales); como también y por esta falta de contenido obligacional nos parece desproporcionado que el mismo débito: impago de renta (por pensión o por alimentos a un menor y por parte de progenitor o de abuelo, respectivamente) a pesar de ser igual incumplimiento, igual lesionado, tenga tan diferente solución según sea un agente u otro.

— La referencia legal del derecho de comunicar abuelos con nietos nos está permitiendo afirmar un modelo de familia que sigue apostando por la familia en extenso, por ello comprendemos la *Ley 40/2003*, de Familias Numerosas, pero en esta ley se ha incurrido en el abuso de aparentar buen derecho porque, con ocasión de pronunciarse a favor de la familia numerosa, nos viene a expresar una revolución en conceptos, pudiendo entender por familias numerosas muchas y variopintas soluciones de convivencia, como cuando nos han dicho que el matrimonio es igual heterosexual que homosexual o cuando nos han dicho que la violencia doméstica es toda manifestación traumática de agresión entre parientes o allegados — como si solo depurar estos dos conceptos no fuera todo un reto para la seguridad jurídica—. Además, a propósito de esta *Ley de Familias Numerosas*, también hay que abundar la crítica con un escueto *Reglamento de Familias Numerosas de 30 de diciembre de 2005* de desarrollo que, aunque recién llegado, nos merece toda la crítica que unos tímidos porcentajes de reducción de precios de transporte, entre un 20 y un 50%, permiten.

— La confianza en un modelo no nos impide ver soluciones legales tan contradictorias como aquella que, conforme se está apostando por la familia en extenso, nos habla, no contra ella sino certificando su defunción. Así es la literalidad de un *Libro Blanco* que viene a ser Preámbulo de la *Ley de la Dependencia* y que al *Anteproyecto de 23 de enero de 2006* de ésta ya ha llevado la afirmación de que esa familia en extenso ha dejado de existir.

El modelo, en fin, entendemos que nos lo da la Constitución y no, según gustamos insistir, por un articulado concreto suyo sino por un cuadro de principios y valores que proclama y por una referencia iusnaturalista que la trasciende. Lo que sí tememos es que se vuelva a un constitucionalismo ineficaz y meramente programático.

Terminamos con la advertencia o el reparo frente a un trabajo del legislador que en el oportunismo o la provisionalidad se muestra activo pero contradictorio con un basamento jurídico que tiene que inspirar todo desarrollo; y que también se muestra pasivo por no legislar para no aparentar el cambio drástico y dejar que la realidad material se desenvuelva en la alegaldad o en la tímida ilegalidad para luego entender con mayor o menor realismo que la demanda social exige un cambio normativo.

*APÉNDICE

Bibliográfico:

- AGENCIA EUROPEA PARA LA SALUD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO, *Informe Priorities for occupational safety and health resarch in the EU-25*, Luxemburgo, 2005
- CARDENAL FERNÁNDEZ, J. *Reformas en el Derecho de Familia*, Lección Inaugural del Curso Académico 2004-2005, UCAM.
- CIS, Centro Superior de Investigaciones Sociológicas, *Estudio nº 2578, Oct-Nov. 2004 Opiniones y Actitudes sobre la Familia*
- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L. *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona, 1999.
- DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L. *Familia y Derecho*, Madrid, 1984

- EIRANOVA ENCINA, E. *El Nuevo Derecho de Familia como sistema funcional*, Rev. Derecho de Familia, nº27, Abril-Junio 2005.
- GOMEZ FERNÁNDEZ, J.M. *Recursos Humanos*, Madrid, 1999
- GUTIERREZ GARCIA, J.L. *Introducción a la Doctrina Social de la Iglesia*, Madrid, 2001.
- JUAN PABLO II, *FAMILIARIS CONSORTIO*
- SFORZA, W.C., *El Derecho de los Particulares*, Madrid, 1986

Referencias normativas:

- Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal.
- Ley 40/2003 de 18 de noviembre de protección a las Familias Numerosas (BOE de 19 de noviembre de 2003).
- Ley 41/2003 de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad (BOE de 19 de noviembre de 2003).
- Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos (BOE de 22 de noviembre de 2003).
- Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE de 3 de diciembre de 2003).
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, e Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE de 29 de diciembre de 2004).
- Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar (BOE de 26 de julio de 2005).
- Ley 15/2005 de 8 de julio por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE de 9 de julio de 2005).
- Real Decreto 1621/2005 de 30 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 40/2003 de protección a las Familias Numerosas (BOE de 18 de enero de 2006).
- Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de conveniencia (BOE de 17 de febrero de 2006).