

DERECHOS Y GARANTÍAS JURÍDICAS EN EL DISCURSO DE LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA *

por María Isabel Garrido Gómez **

La familia es un centro de cooperación entre los cónyuges o miembros de la pareja, y de corresponsabilidad sobre los hijos, con los consiguientes beneficios que ello supone para la sociedad. Es un elemento insustituible de asistencia, un factor de equilibrio que no puede desconocerse en la organización de los Estados. El grupo en cuestión es fuente impulsora de la solidaridad social e intergeneracional, y transmisora de bienes y servicios¹. En él existe una solidaridad comunitaria y concurren deberes entre sus miembros, habiéndose introducido en la actualidad nuevas mediaciones dentro de un esquema que sigue siendo el mismo de siempre: de los padres a los hijos y de los hijos a los padres, así como la circularidad de comunicación que engloba a los esposos/pareja, padres, hijos, hermanos y otros familiares. Con ello queremos significar que la familia es un ámbito de relación socio-jurídica; si falta la actitud cooperativa el bienestar personal crece en detrimento del colectivo².

Socio-económicamente, en su vertiente de unidad de ahorro, el modelo de familia vigente integra, por lo común, varias rentas, sueldos y beneficios, y en él hay una aportación de servicios, considerando a los hijos grandes bienes de consumo, representativos más de una carga económica que de una fuente de ingresos³. Igualmente, en la separación y el divorcio se barajan costes y beneficios con consecuencias jurídicas: la liquidación del régimen económico matrimonial; la atribución del uso de la vivienda a los hijos o a uno de los cónyuges; los alimentos que se deben seguir pagando; y la fijación de una pensión al cónyuge que sufre un desequilibrio económico⁴. En conjunto, pues, la familia se ordena a

* Publicado el 3 de julio de 2003.

** Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (España). Miembro del Instituto de Metodología e Historia de la Ciencia Jurídica de la citada Universidad (España).

¹ ATTIAS-DONFUT, C. (dir.): *Les solidarités entre générations. Vieillesse, Familles, Etat*, Nathan, Paris, 1995.

² BOTT, E.: *Familia y red social: roles, normas y relaciones externas en las familias urbanas corrientes*, trad. de R. Gobernado y otros, Taurus, Madrid, 1990, pp. 137 y ss.; HARRIS, D.: *La justificación del Estado de bienestar: la nueva derecha versus la vieja izquierda*, trad. de J. J. Fernández Cainzos, Ministerio de Economía y Hacienda/Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1990, p. 201; ROLDÁN, E.: "Familia y solidaridad", en *Documentación Social, Revista de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada*, n. 98 dedicado a la "Familia", Enero-Marzo de 1995, p. 96; VIDAL GIL, E. J.: *Los derechos de solidaridad en el Ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 343-346.

³ GIL CALVO, E.: "La estrategia progenitora", en GARRIDO MEDINA, L. y GIL CALVO, E. (eds.): *Estrategias familiares*, Alianza Universidad, Madrid, 1997, pp. 185-191.

⁴ WEITZMAN, L. J.: "The Economics of Divorce: Social and Economics Consequences of Property Alimony and Child Support Award", en *University of California Law Review*, 28, 1981, p. 1.181.

modo de una unidad de ingresos y gastos en el seno de unas relaciones horizontales -las de parentesco- y verticales -las de procreación, descendencia o filiación-, a la par que es una red de solidaridades. Pero, a pesar de lo expuesto, apreciamos que en muchas ocasiones no es capaz de asumir sus funciones socio-jurídicas, lo cual nos hace cuestionarnos qué lugar ha de ocupar la actuación del Estado en aras de la dignidad que el grupo y cada uno de sus miembros reclaman⁵.

En virtud de la interrogante planteada, en el presente estudio pretendemos determinar la naturaleza jurídico-política de las vías que de hecho se utilizan por los poderes públicos para proteger los derechos de la familia, fijándonos preferentemente en el área de la Unión Europea. Una vez realizado un análisis comparativo que desarrolla los aspectos comunes y diferenciales, estimamos la trascendencia que tienen las garantías a la hora de hablar de “derechos” familiares y de “deberes” del Estado, propugnando un modelo que satisfaga real y efectivamente necesidades básicas, y que simplifique la “polisistemia” vigente .

1. ASPECTOS GENERALES DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA FAMILIA.

Desde un punto de vista global, las “políticas familiares” deben pretender el bien del grupo compuesto por la familia y fortalecer su funcionalidad, siendo simultáneamente una esfera de realización personal que cada vez requiere una mayor calidad de vida⁶. Zimmerman⁷ define la citada política como la que incorpora el bienestar de la familia a modo de criterio, es decir, “la que introduce una perspectiva familiar en la escala política, tanto en el establecimiento de objetivos como en la mediación de resultados”. Las mencionadas medidas acarrearán un equilibrio social, debido a que, en una sociedad que otorga gran importancia a la producción y que posee una organización creadora de necesidades privadas, hay presiones para que en cada unidad haya el máximo número de ingresos posible⁸.

Estas reflexiones suscitan si la política familiar debe traducirse como una política social. La contestación no es unánime en la doctrina, ya que mientras para unos la existencia de los hijos es el pilar de la compensación de las cargas, y hablan de una política independiente;

⁵ DONATI, P. y FERRUCI, F. (dirs.): *Verso una nuova cittadinanza della famiglia in Europa*, F. Angelli, Milán, 1994; IGLESIAS DE USSEL, J. y MEIL LANDWERLIN, G.: *La política familiar en España*, Ariel, Barcelona, 2001; LEMENNICIER, B.: *Le marché du mariage et de la famille*, Presses Universitaires de France, Paris, 1988.

⁶ DUMON, W.: “La politique familiale en Europe occidentale: une réflexion sociologique”, en *L'Année Sociologique*, 37, 1987, pp. 221 y ss.

⁷ ZIMMERMAN, S. L.: *Understanding Family Policy: Theories & Applications*, Sage, California, 1995.

⁸ MASA CARRASQUEÑO, M.: “Familia y política social en la formación de la modernidad”, en SIMÓN ALFONSO, L. y REJADO CORCUERA, M.M. (coords.): *Familias y bienestar social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 131.

para otros, es conceptuada como la que los poderes públicos ejercitan a favor de la familia, sin que pueda analizarse separadamente de la política social, de la que forma parte. Nosotros sostenemos la segunda postura, apoyándonos en que lo familiar es un ámbito social necesario que garantiza el reconocimiento de la personalidad del individuo, por lo que el Estado en su actuación debe reconocer esa dimensión⁹.

En una concepción amplia, la acción de los modelos jurídicos en los que el Estado actúa cooperativamente tiene el efecto de ejecutar transferencias de las rentas altas hacia las más bajas; de las familias con pocos miembros, hijos mayores y con menos problemas, hacia las más numerosas, con hijos menores y con mayores problemas, especialmente las monoparentales, cuando el cabeza de familia está en paro o es un inválido, y cuando el menor es huérfano o minusválido; y de los solteros a las unidades familiares. El contenido depende de los principios del Estado, las estructuras institucionales, la situación económico-social y la tradición cultural. Sus límites son el principio de igualdad, la interdicción de la arbitrariedad y el derecho a la asistencia y/o prestaciones suficientes para situaciones de necesidad, revalorizándose progresivamente para compensar las pérdidas del valor adquisitivo¹⁰.

En la Unión Europea, la tendencia es la de hacer que la política de la familia sea calificada como una emergencia de acuerdo con la satisfacción de una serie de necesidades básicas, constitutivas de situaciones o estados de dependencia insoslayables al engendrar un sufrimiento o un daño grave. Dicha situación precisa ser satisfecha, realizada o cumplida, habiendo dado paso a una lucha contra la pobreza, dirigida al desarrollo de las más desasistidas para reducir sus desigualdades¹¹. Recientemente, las políticas tienden a descentralizarse y tomar decisiones locales y regionales; aunque se ha puesto de relieve que las necesidades se deben satisfacer con arreglo a la coordinación de las entidades territoriales públicas –Estado, Comunidades Autónomas y Municipios en el caso de España–, y entre los sectores implicados¹².

En sí, la solución de las urgencias vitales se comprende como tarea que debe guiar la elaboración de las normas y condición para

⁹ MEIL LANDWERLIN, G.: “Política familiar: contenido y significado”, en *Revista Internacional de Sociología*, 1, 1992, p. 175.

¹⁰ MOSLEY, H. G.: “La dimensión social de la integración europea”, en *Revista Internacional del Trabajo*, 109/1, 1990, pp. 91 y 92; SHULTEIS, F.: “Affaires de famille-affaires d’État: des visions et des divisions inter-culturelles d’une réflexion sociologique”, en SYNGLY, F. de y SCHULTEIS, F. (eds.): *Affaires de famille, affaires d’État*, Colloque franco-allemand, Nancy, 1991, pp. 7 y ss.

¹¹ AÑÓN ROIG, M. J.: *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 193; DUMON, W.: “La politique familiale ...”, op. cit., pp. 291-308.

¹² ALDOUS, J.; DUMON, W.; JOHNSON, K. (eds.): *The Politics and Programs of Family Policy. United States and European Perspectives*, Center for the Study of Man, University of Notre Dame, Indiana, 1980.

conseguir la libertad del hombre. La acción jurídica de los poderes públicos se erige en un factor integrador, existiendo detrás de ella el desenvolvimiento de una utilidad social que consiste en la redistribución de los recursos que produce una sociedad entre los ciudadanos¹³. En este sentido, entiende Luhmann¹⁴ que se deben separar los conceptos de “función” y de “prestación”, porque “sólo así deviene aceptable la determinación de la política mediante el modelo formal de la vinculación colectiva, ya que a ésta puede unírsele siempre la cuestión de quién se ve beneficiado por ella ...” “La diferencia entre función y prestación provoca esfuerzos de reflexión en forma de teorías; la distinción entre función y prestación en el interior de la teoría permite que ésta lo comprenda; permite el autobalance en sí misma”. Señalando, a su vez, Rawls¹⁵ que los principios políticos no se aplican directamente a la vida interna de la familia. Lo que ocurre es que se aplican una serie de restricciones en cuanto institución que es, para que queden garantizados “los derechos, las libertades y las oportunidades de carácter básico de todos sus miembros ...” “Eso obedece a que los principios especifican los derechos básicos de los ciudadanos iguales que son los miembros de las familias”.

2. MODELOS JURÍDICO-POLÍTICOS DEL DISCURSO DE LOS DERECHOS DE LA FAMILIA.

En la relación Estado-familia existen diversas posturas sobre cuál ha de ser la actuación del Estado. Los modelos jurídicos quedan reducidos a la realización de ideologías definidas en conexión con la tradición política de cada zona: a) Modelo social-demócrata; b) modelo corporativista; c) modelo sudeuropeo o católico; y d) modelo británico. Por lo que los tipos regulados se inscriben en los modelos de “mercado liberal”, “liberal progresista” e “institucional de bienestar”¹⁶.

Esping-Andersen¹⁷ detalla algunas fórmulas: la “liberal”, donde la familia, conceptuada como institución natural, es la que corrige el libre mercado, y no es objeto de la política social en un sentido fuerte del término. A las mujeres se las enmarcan como amas de casa y a las madres como patronas culturales. Matizando este régimen, en las sociedades liberales se vislumbran varias direcciones: a) La que tiende a remover los obstáculos que en la política social discrimina a los individuos en virtud del *status* familiar, reduciéndose las tasas de

¹³ SIMÓN ALFONSO, L.: “La protección a la familia en Europa”, en SIMÓN ALFONSO, L. y REJADO CORCUERA, M.M. (coords.): *Familias y bienestar ...*, op. cit., p. 16.

¹⁴ LUHMANN, N.: *Teoría política en el Estado de Bienestar*, trad. de F. Vallespín, Alianza Universidad, Madrid, 1997, p. 101.

¹⁵ RAWLS, J.: *El Derecho de gentes y “una revisión de la idea de razón pública”*, trad. de H. Valencia Villa, Paidós, Barcelona, 2001, p. 183.

¹⁶ BOTELLA, J.: “La opinión pública ante el “Welfare State” ¿oferta o demanda?”, en GINER, S. y SARASA, S. (eds.): *Buen gobierno y política social*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 195.

¹⁷ ESPING-ANDERSEN, G.: *Los tres mundos del Estado de bienestar*, trad. de B. Arregui, Alfons el Magnanim, Valencia, 1993, pp. 25 y ss.

progresión hacia la indiferencia axiológica y solución neutral; y b) la que utiliza la estrategia de la integración que pretende que ambos padres puedan y deban hacer factibles tareas laborales, garantizando socialmente los derechos a cuidar de los niños pequeños.

Otro modelo es el “social-demócrata”, en el que los aspectos más consagrados son los de la igualdad y el sistema de la Seguridad Social. A través de los postulados del Estado de bienestar de la época de la postguerra, se ha ido extendiendo la concepción británica de Beveridge y sus derechos sociales universales. El tipo, al igual que el “conservador”, es muy burocrático, pero en él no hay subordinación por parte del Estado. Su responsabilidad para resolver problemas sociales se halla por encima de los individuos y de las familias, el bienestar de los hijos es el que se considera más importante.

El modelo “conservador” defiende la concepción tradicional de la familia y la función social de la misma. Se apoya en el corporativismo grupal y en la doctrina social cristiana, y defiende que esta clase de política es necesaria en la sociedad postindustrial y ha de regularse por los principios de solidaridad e interés común. El Estado actúa subordinadamente, y la Seguridad Social se desenvuelve en una esfera de autogobierno. Dando un paso más, Kamerman y Kahn¹⁸ reflexionan sobre la política “explícita” propia de los regímenes “conservadores”. En esta clase, el Estado tiene responsabilidades específicas aumentando cada vez más su intervención, por tanto las disonancias recaen, sobre todo, entre los sistemas “liberales progresistas” y los “conservadores tradicionalistas”. Los “social-demócratas” y “conservadores continentales” tienen en común la convicción de la necesidad de intervención del Estado. Los “liberales clásicos” y los “conservadores continentales” parten de valores similares y de comprensiones tradicionales.

En suma, es afirmable que el modelo en el que el debate de la política social -plasmado en la acción del Estado en relación con la familia- tiene menos fuerza es en el “liberal”. El principio de autonomía personal determina el contenido de los derechos individuales básicos, infiriendo de él los bienes que esos derechos protegen. Bienes que marcan las condiciones necesarias para la elección y realización de los ideales y planes de vida que se posean. No obstante, señala Nino¹⁹, la citada autonomía conlleva separabilidad e independencia, presuponiendo que son distinguibles las decisiones que se refieren a planes de vida adoptados por el agente afectado de las que se toman por otros operadores. Esta reflexión añade un segundo principio a la

¹⁸ KAMERMAN, S. K. y KAHN, A. J. (eds.): *Family Policy: Government and families in Fourteen Countries*, Columbia University Press, Nueva York, 1978, p.3.

¹⁹ NINO, C. S.: *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. de R. P. Saba, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 74 y ss.

concepción “liberal” de la sociedad: el de inviolabilidad de la persona, limitativo de la autonomía indicada.

En el seno de la Unión Europea, dada cuenta de la situación y apreciando que la diversidad y la complejidad de los sistemas descritos permiten establecer un mínimo, se ha promovido una estrategia de convergencia jurídica entre los Estados miembros dentro de la coherencia, estabilidad y competencia de las políticas comunes, que descansa en un alto grado de consenso político y social²⁰. Los objetivos establecidos sirven de directrices para adaptar los sistemas nacionales a los cambios de la estructura familiar, garantizando el mantenimiento y estimulando el desarrollo de la protección. Los objetivos de los modelos jurídicos se enfocan en el orden de efectuar una política demográfica que potencia los nacimientos; una política “clínica” que no cree que la política de la familia sea de interés nacional, sino que tiene en cuenta las necesidades y los intereses que fundamentan los derechos de la familia como institución; una política institucional que “desconoce” a los sujetos, pero que los encuadra dentro de la familia; y una política histórica que posterga ciertos episodios del pasado y consigue una coexistencia pacífica²¹.

Desde distinta perspectiva, las direcciones que han de tomar las medidas se refieren a la institucionalización de relaciones entre la pareja, entre los parientes y los hijos, y entre los colaboradores que intentan atribuir a un individuo la posición que tiene en la sociedad y transferir bienes “inmateriales”. Otras directrices son las de la transferencia social, supuesto de retribuciones o repartos. Pueden ir dirigidas, en general, a dar información, orientación, cooperación social, de convivencia y ayuda a domicilio; y pueden ser puntuales, centradas en la familia y la infancia, la juventud, la tercera edad, los minusválidos, la drogadicción, la prevención de la delincuencia, la mujer, la homosexualidad, las minorías étnicas y otros colectivos marginados²². Así, percibimos que la cooperación del Estado hacia la familia no es únicamente natalista, asistencialista o economicista. Los instrumentos que usa establecen disposiciones de transferencia consistentes en un trasvase monetario, referido al ámbito fiscal, la Seguridad Social, la ayuda social ..., y en la disponibilidad de infraestructuras y de servicios. En la actualidad, la política familiar es

²⁰ CUADRADO ROURA, J. R.: “El logro de una mayor cohesión económica y social y el proceso de ampliación de la Unión Europea”, en OREJA AGUIRRE, M. (dir.): *Tratado de Amsterdam de la Unión Europea. Análisis y comentarios*, vol. I, MacGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 702-711.

²¹ BOROBIO, D.: *Familia, Sociedad, Iglesia*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1994, p. 49; DUMON, W.: “La politique familiale ...”, op. cit., p. 292; GAUTHIER, A. H.: *The State and the Family Policies in Industrialized Countries*, Clarendon Press, Oxford, 1998.

²² VARIOS AUTORES: *Políticas de la familia. Perspectivas jurídicas y de servicios sociales en diferentes países*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1993.

más “indirecta” que “directa”, no va dirigida a las familias, y reparte los bienes por los cauces de los “clientes”, “pacientes” y “consumidores”²³.

3. GARANTÍAS JURÍDICAS DE LOS DERECHOS DE LA FAMILIA.

La garantía jurídica es una “realidad multidimensional, relacional y funcional”, analizable dentro de un sistema jurídico²⁴, conviniendo, en general, separar las cuestiones de los derechos y de las garantías en base al principio de legalidad como Norma de reconocimiento. Esta distinción, en opinión de Ferrajoli²⁵, tiene gran peso en los planos teórico y metateórico. En el primero se estima que la ausencia garantista equivale a la existencia de lagunas, que los poderes nacionales e internacionales están obligados a cubrir. En el segundo se va más allá, aquí la distinción no se reduce a tener un papel descriptivo, sino que también lo tiene crítico, en cuanto a las lagunas y las antinomias que ella ha de destacar, y normativo, con respecto a la legislación y a la jurisdicción. A lo que hay que añadir que, en los derechos sociales, es necesario discernir entre posibilidades de realización técnica y política. Técnicamente son garantizables, “porque los actos requeridos para su satisfacción serían inevitablemente discrecionales, no formalizables y no susceptibles de controles y coerciones jurisdiccionales”. Por tal razón, la complejidad es esencialmente política.

Ferrajoli²⁶ habla de “garantías primarias”, de las prohibiciones y de las obligaciones que corresponden a los derechos y, de forma paralela, de las relaciones entre lo “permitido” y lo “prohibido”, y entre lo “permitido” y lo “no-obligatorio”. Las “garantías secundarias” se establecen en cuanto a las obligaciones que incumben a los Órganos judiciales de aplicar la sanción o de declarar la anulación, si hay actos inválidos o ilícitos que infrinjan las obligaciones o las prohibiciones que forman las garantías primarias. Por tanto, Ferrajoli sostiene una posición formalista separando los derechos fundamentales de sus garantías, y manteniendo que los problemas se pueden arreglar teóricamente al existir una “disfunción normativa”. Mas, no hay que olvidar que en la práctica nos encontramos con antinomias no resolvibles por vía interpretativa, sino por anulación. En presencia de una laguna que se resuelva por un acto normativo, “o se renuncia a tesis teóricas del tipo “todo derecho consistente en la expectativa de una

²³ DONATI, P.: “I diritti-doveri dei mondi vitali: l’Europa delle famiglie”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1, 1990, pp. 51 y ss.

²⁴ PEÑA FREIRE, A. M.: *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Trotta, Madrid, 1997, p. 31.

²⁵ FERRAJOLI, L.: “Derechos fundamentales”, en CABO, A. de y PISARELLO, G. (eds.): *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. P. Andrés, A. de Cabo y otros, Trotta, Madrid, 2001, pp. 50 y 51.

²⁶ FERRAJOLI, L.: “Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho”, en id., pp. 192 y 193.

prestación implica la obligación correspondiente”, o bien se está constreñido a negar la existencia de las normas que han introducido el derecho”.

De este modo, la cuestión de las garantías hace que haya derechos con un mayor grado de resistencia que otros en dependencia de lo que haya decidido el poder²⁷, llegando a hablar Guastini²⁸ de derechos “sobre el papel” y “verdaderos”. Para atribuir derechos basta con que una norma se formule como atributiva. Por el contrario, para que se garanticen no es suficiente proclamarlos, se precisa también disponer los mecanismos adecuados para su protección. En síntesis, los derechos “verdaderos” son “los susceptibles de tutela jurisdiccional, pudiendo ejercitarse o reivindicarse frente a un sujeto concreto”. El contenido se refiere a una obligación de conducta bien definida, con un sujeto que es su titular. Y los derechos “sobre el papel” son “los que no satisfacen alguna de esas condiciones”.

Centrándonos en el tema que nos ocupa, la familia constituye una parte de la estructura social básica, siendo así que, si “el contenido de la razón pública está determinado por todas las concepciones políticas razonables que satisfacen el criterio de reciprocidad, el conjunto de preguntas sobre la familia que caen bajo esta concepción indicará el amplio espacio para el debate y la argumentación que comprende la razón pública como un todo”²⁹. De esta forma, los derechos fundamentales de la familia que las Constituciones vigentes recogen vienen regulados y protegidos conforme a un desarrollo funcional: a) La unión de sexos como complemento personal, y la procreación como medio de continuidad de la especie; b) el cuidado de los hijos como expresión de una responsabilidad personal y social, y el mutuo auxilio como forma de ayuda recíproca, física y moral; y c) la familia como medio de socialización de la persona³⁰.

Analizada la función subjetiva de los derechos fundamentales en relación con el poder, los derechos sirven para “limitarlo”, para “contribuir a su formulación” y para “obtener el apoyo y los beneficios de sus prestaciones y servicios”. De otra parte, en relación a la sociedad civil sirven para “defender a sus miembros del poder y de ellos mismos”, para “ser eficaces y superar el estado de naturaleza”, para “comunicar y establecer vínculos entre la sociedad civil y el poder, frente a las actitudes de un poder separado de la sociedad o de una sociedad civil

²⁷ PRIETO SANCHÍS, L.: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1994, pp. 95 y ss.

²⁸ GUASTINI, R.: “Derechos”: Una contribución analítica (Draft), en SAUCA, J.M. (ed.): *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 133 y 134.

²⁹ RAWLS, J.: *El Derecho de gentes y “una revisión de la idea de razón pública*, trad. Hernando Valencia, Paidós, Barcelona, 2001, p. 183.

³⁰ GARRIDO GÓMEZ, M. I.: *La política social de la familia en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 52-57.

que no considera al poder”. En definitiva, la función de todo servicio público ha de ser la de posibilitar el disfrute de los derechos y su promoción³¹.

Al respecto entiende Bobbio³² que las formas de actuar un Ordenamiento represivo son las de impedir una acción no querida por medio de “hacerla imposible”, “hacerla difícil” y “hacerla desventajosa”. Cuestión que, trasladada al terreno de los Ordenamientos jurídicos promocionales inmanentes a los Estados de bienestar, hace que apreciemos que los fines se tratan de alcanzar intentando “hacer necesaria, factible y ventajosa la acción querida”, siendo una de las notas más sobresalientes de los Estados asistenciales la multiplicación de las leyes de incentivación, consistentes en “promover los comportamientos queridos”, diferenciándose la “facilitación” –supuestos de la “subvención, auxilio, contribución financiera o de una ayuda crediticia”- de la “sanción positiva” –supuestos de una “asignación de un premio a un comportamiento superconforme o de una exención fiscal”. Derivativamente, convendría que la teoría general de los derechos, dentro de la que se incluyen los de la familia, se edificara uniendo a la relación de los individuos con el poder público el rol desempeñado por el poder privado, de lo cual nacerían dos tipos de relaciones: la de los individuos con el poder privado, y la del poder público con el de naturaleza privada³³.

Una consideración comunicativa de los individuos que viven en sociedad precisa “esgrimir una interpretación seria de la sociabilidad humana”, “conectar indisolublemente las ideas de democracia y de interés común”, e “integrar en un sistema ético aceptable la adscripción a los particulares de deberes positivos hacia terceros y hacia la comunidad”³⁴. En esta línea, la figura de Rawls representa una referencia básica, el cual intenta superar el desequilibrio entre el “principio de igual respeto para con las diversas concepciones de la vida buena” y la “solicitud y atención a los intereses de todos”. Para ello se presentan unos principios de justicia compartidos unánimemente en circunstancias ideales³⁵.

³¹ PECES-BARBA, G.: “De la función de los derechos fundamentales”, en id.: *Derechos sociales y positivismo jurídico. (Escritos de Filosofía jurídica y social)*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 1999, pp. 139 y ss., y 141.

³² BOBBIO, N.: “Contribución a la Teoría del Derecho”, edic. a cargo de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 371-385.

³³ ASÍS ROIG, R. de: “Servicio público y poder privado”, en ASÍS ROIG, R. de y otros: *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 1996, pp. 27-74.

³⁴ GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J.: “Solidaridad y derechos de las minorías”, en PRIETO SANCHÍS, L. y otros: *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Escuela Libre Edit., Madrid, 1994, pp. 149 y ss.

³⁵ RAWLS, J.: *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González Soler, Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 1997; id.: *Justicia como equidad. Materiales para una*

El Estado debe asegurar y promover la iniciativa de la familia y el ejercicio de sus derechos y deberes, complementándolos o supliéndolos cuando haya una imposibilidad parcial o absoluta, o no se atiendan debidamente las obligaciones legales que han de ser asumidas. Se observa que la Administración pública suele ser la gran realizadora de la política social en Europa, pero, desde hace algún tiempo, las necesidades cada vez más abundantes y la desproporción de los recursos en un mundo globalizado a la vez que fragmentado, donde las formas de vida familiar son muy diversas, inducen a cambios sustanciales, barajando principios de solidaridad e igualdad valorados según el grado de libertad que posibiliten, promoviendo la participación y la vinculación de las familias en los aspectos sociales que les afectan como sujetos de servicios primarios y como sujetos activos y transaccionales³⁶. Bajo estas directrices, cobra fuerza un nuevo modelo jurídico-político por el que la familia seguiría siendo la destinataria de las ayudas, pero su implicación en el desarrollo del servicio público sería mucho mayor, quedando inserto en una acción diferenciadora y equilibradora de todos los tipos de cooperación concurrentes, con el fin de llegar a obtener una fórmula armonizadora.

En resumen, la conclusión que sacamos es que las actuaciones estatales expuestas deben modernizarse y mejorar constantemente, ya que, dada la escasez creciente de muchos bienes y la universalización de los derechos sociales, las demandas son en muchos casos excesivas e imposibles de cubrir; y, dada la problemática a la hora de determinar al titular de la acción del Estado, la toma de decisiones se hace cada vez más compleja. Más allá de las modalidades de actuación jurídico-política existentes, las cuestiones que deben tenerse en cuenta para mejorar la eficacia de las medidas adoptadas son: la determinación de un orden de prioridades que adapte la escasez de recursos a los problemas más graves; la optimización en la combinación de los fondos públicos y privados; la simplificación de los procedimientos; la aclaración de las responsabilidades de cada parte, ampliando la participación a escala regional y local, involucrando a los interlocutores sociales y manteniendo la flexibilidad para responder a las nuevas situaciones³⁷. Finalmente, es aconsejable el paso de una modelización analítica a otra sistémica que alcance una solución más satisfactoria y adecuada a la realidad, por medio del empleo de una serie de elementos

teoría de la justicia, trad. de M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1999; VIDAL GIL, E. J.: *Los derechos de solidaridad ...*, op. cit., pp. 130 y 131.

³⁶ DONATI, P.: "I diritti-doveri ...", op. cit., pp. 53 y ss.

³⁷ EEKELAAR, J.: *Family Law and Social Policy*, Weindenfeld and Nicolson, Londres, 1984, pp. 9 y ss.; VANDAMME, J. (dir.) *Pour une nouvelle politique sociale en Europe*, Economica, París, 1984.

que transformen los conocidos hasta ahora, y les otorguen una nueva utilidad conforme al gráfico que sigue³⁸:

<i>Modelización analítica</i>	<i>Modelización sistémica</i>
Objeto	Proyecto o proceso
Elemento	Unidad activa
Conjunto	Sistema
Análisis	Concepción
Disjunción (o recorte)	Conjunción (o articulación)
Estructura	Organización
Optimización	Adecuación
Control	Inteligencia
Eficacia	Efectividad
Aplicación	Proyección
Evidencia	Pertinencia
Explicación causal	Comprensión teleológica

³⁸ ARNAUD, A.-J., y FARIÑAS DULCE, M. J.: *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, trad. de la segunda parte de R. Escudero Alday, Universidad Carlos III de Madrid/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, pp. 241 y 242.