

ESTUDIOS DEL DERECHO PROPIO
DE ANDALUCÍA

El Derecho de los Servicios Sociales en Andalucía

Coordinadores:

Severiano Fernández Ramos

José María Pérez Monguió



Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

ESTUDIOS DEL DERECHO PROPIO
DE ANDALUCÍA

El Derecho de los Servicios Sociales en Andalucía

Coordinadores:

Severiano Fernández Ramos

José María Pérez Monguió

INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SEVILLA - 2012

El Derecho de los Servicios Sociales en Andalucía

Coordinadores:

Severiano Fernández Ramos

José María Pérez Monguió

El Derecho de los Servicios Sociales en Andalucía / Coordinadores: Severiano Fernández Ramos , José María Pérez Monguió .-- Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2012

640 pág. ; 24 cm .-- (Estudios del Derecho propio de Andalucía)

D.L.: SE 4615-2012

ISBN (Ed. impresa): 978-84-8333-595-6

ISBN (Ed. electrónica): 978-84-8333-596-3

1. Servicios sociales-Andalucía 2. Derecho social-Andalucía 3. Instituto Andaluz de Administración Pública

364 (460.35)

349.3 (460.35)

RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. NO ESTÁ PERMITIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL EN NINGÚN TIPO DE SOPORTE SIN PERMISO PREVIO Y POR ESCRITO DEL TITULAR DEL COPYRIGHT

TÍTULO: EL DERECHO DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN ANDALUCÍA

COORDINACIÓN: Severiano Fernández Ramos
José María Pérez Monguió

© INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Gestión de publicaciones en materias de Administraciones Públicas

Edita: Instituto Andaluz de Administración Pública

Diseño y Producción: Iris Gráfico Servicio Editorial, S.L.

ISBN (Ed. impresa): 978-84-8333-595-6

ISBN (Ed. electrónica): 978-84-8333-596-3

Depósito Legal: SE 4615-2012

ÍNDICE

AUTORES	19
PRESENTACIÓN	21
ABREVIATURAS	23
CAPÍTULO I.	
LOS SERVICIOS SOCIALES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA	
<i>Por Eduardo Gamero Casado</i>	25
I. CATEGORIZACIÓN JURÍDICA DE LOS SERVICIOS SOCIALES	25
1. La polisemia de los servicios sociales y el alcance de este trabajo	25
2. Aproximación al concepto de los servicios sociales	26
II. LOS SERVICIOS SOCIALES COMO DERECHOS: UNA EXPRESIÓN ESENCIAL DEL PENSAMIENTO EUROPEO	29
1. Los servicios sociales, la dignidad de la persona y el principio de igualdad	29
A) <i>Los servicios sociales como catalizadores de la dignidad y la igualdad material de las personas</i>	29
B) <i>La dignidad y la igualdad material de las personas como esencia y conquista progresiva específica de la civilización europea</i>	32
2. Los servicios sociales, el Estado social y los derechos sociales	34
3. La proclamación de los derechos sociales en el Estatuto de Autonomía para Andalucía	37
A) <i>Efectos del reconocimiento de los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía</i>	38
B) <i>Los derechos sociales reconocidos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía</i>	39
III. EL ÁMBITO COMPETENCIAL DE ANDALUCÍA EN MATERIA DE SERVICIOS SOCIALES ..	41
A) <i>El reparto competencial en materia de Seguridad Social y la competencia autonómica exclusiva sobre asistencia social</i>	42
B) <i>El desglose competencial en los arts. 61 y 84 del Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007</i>	49
IV. LA CRISIS ECONÓMICA Y LA REGRESIVIDAD EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES	55
1. La doctrina clásica de la reversibilidad de las prestaciones sociales	55

2. Nuevos planteamientos para nuevas realidades: condicionamientos al desguace de los servicios sociales	57
A) <i>La mutación encubierta de la forma de Estado</i>	57
B) <i>La madurez del Estado social</i>	59
C) <i>La dignidad humana como límite absoluto a los recortes</i>	60
D) <i>La necesidad de justificación de la medida revocadora</i>	62
E) <i>El principio de proporcionalidad</i>	63
F) <i>La prohibición de defecto de protección; su articulación mediante juicios de ponderación de principios</i>	63
G) <i>El principio de confianza legítima</i>	65
H) <i>La metamorfosis del orden constitucional europeo</i>	66
BIBLIOGRAFÍA	68

CAPÍTULO II.
LA ORDENACIÓN GENERAL DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN
ANDALUCÍA: SITUACIÓN ACTUAL Y PROSPECTIVA

Por Severiano Fernández Ramos 75

I. INTRODUCCIÓN	75
II. CUESTIONES GENERALES	78
1. El sector de los servicios sociales y el sistema público	78
2. Los principios rectores del sistema público	82
A) <i>Los principios generales en la LSSA</i>	82
B) <i>Otros principios en materia de servicios sociales</i>	91
3. La posición jurídica de los ciudadanos	95
A) <i>El derecho a los servicios sociales en la LSSA</i>	95
B) <i>El derecho a los servicios sociales en las modernas leyes de servicios sociales</i>	96
C) <i>Titulares del derecho</i>	97
D) <i>Derechos de los usuarios de servicios sociales</i>	98
E) <i>Deberes de los usuarios de servicios sociales</i>	103
III. ESTRUCTURA DEL SISTEMA	104
1. Estructura funcional	104
A) <i>La estructura funcional en el ordenamiento andaluz</i>	104
B) <i>La estructura funcional en las modernas leyes autonómicas</i>	106
2. Estructura territorial	107
3. Las prestaciones del sistema público de servicios sociales	110
A) <i>Clasificación de las prestaciones</i>	110
B) <i>El catálogo y/o cartera de prestaciones del sistema</i>	111

C) <i>Formas de provisión de las prestaciones del sistema público de servicios sociales</i>	112
D) <i>Criterios de intervención</i>	114
IV. COMPETENCIAS	115
1. Las competencias de la Administración autonómica	115
2. Las competencias municipales en materia de servicios sociales en general	117
A) <i>Las competencias municipales en la Ley Básica de Régimen Local</i>	117
B) <i>Las competencias municipales en la legislación autonómica</i>	120
3. Las competencias municipales en el ordenamiento autonómico	122
A) <i>Las competencias municipales en la LSSA: un caso de inconstitucionalidad</i>	122
B) <i>Las competencias municipales tras el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía</i> ...	124
4. Las competencias de las Diputaciones Provinciales en materia de servicios sociales	126
A) <i>Las competencias provinciales en general</i>	126
B) <i>Las competencias provinciales en el ordenamiento andaluz</i>	127
V. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA	129
1. Estructuras de gestión	129
2. Coordinación con otros sistemas afines	131
3. Colaboración entre Administraciones Públicas	132
4. Otros órganos del sistema público de servicios sociales	134
VI. PLANIFICACIÓN	135
1. La ordenación de la planificación en la LSSA	135
2. La planificación en las modernas leyes autonómicas sobre servicios sociales	137
A) <i>Obligatoriedad general de la planificación y pluralidad de instrumentos</i>	137
B) <i>Principios comunes a todos los instrumentos de planificación</i>	137
C) <i>Plan Estratégico de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma</i>	138
D) <i>Planes sectoriales o específicos</i>	142
E) <i>Planes especiales o territoriales</i>	143
F) <i>Reglas específicas de la planificación de la Administración local</i>	144
VII. FINANCIACIÓN	144
1. La ordenación de la financiación en la LSSA	144
2. La financiación en las modernas leyes autonómicas sobre servicios sociales	147
A) <i>Fuentes y principios de la financiación</i>	147
B) <i>Obligaciones generales de financiación de las Administraciones Públicas</i>	148
C) <i>Financiación de infraestructuras o equipamientos de servicios sociales</i>	150
D) <i>Financiación de los Servicios Sociales Comunitarios</i>	151
E) <i>Financiación de los Servicios Sociales especializados</i>	152
F) <i>Apoyo público a la iniciativa social</i>	152
G) <i>Aportaciones de las personas usuarias a la financiación de los servicios sociales</i>	153
H) <i>Exigibilidad de las aportaciones a las personas usuarias</i>	155
I) <i>Participación económica de las entidades privadas</i>	156
J) <i>Precios de los servicios sociales no integrados en el sistema público</i>	157

VIII. PARTICIPACIÓN	158
1. Los Consejos de Servicios Sociales en la LSSA	158
2. La participación en el funcionamiento de los centros de servicios sociales	161
3. Las nuevas orientaciones de la participación	161
4. El voluntariado social	164
IX. INICIATIVA PRIVADA	165
1. El deficiente planteamiento de la LSSA	165
2. Régimen de autorización administrativa en materia de servicios sociales	167
A) <i>Funcionalidad de la autorización previa</i>	167
B) <i>El ámbito de aplicación</i>	168
C) <i>Reglamentación de requisitos y estándares de calidad: demora en la aprobación y tolerancia en la adaptación a la misma</i>	169
D) <i>Determinación de requisitos y estándares</i>	171
E) <i>Régimen de las autorizaciones</i>	173
F) <i>Procedimiento de autorización</i>	175
G) <i>Régimen de los centros y servicios autorizados</i>	177
3. Acreditación de servicios sociales	178
A) <i>La acreditación como un plus de calidad</i>	178
B) <i>Requisitos y procedimiento de acreditación</i>	180
C) <i>Derechos y deberes de los servicios acreditados</i>	182
4. Colaboración de la iniciativa privada con el sistema público de servicios sociales	184
5. Registro de Servicios Sociales	184
6. Fomento de la iniciativa social	186
X. CALIDAD	187
1. La calidad como principio y estrategia del sistema público de servicios sociales	187
2. Sistema de Información en Servicios Sociales	190
3. Los profesionales de los servicios sociales	191
4. Investigación e innovación tecnológica	194
XI. INSPECCIÓN	194
1. Insuficiencias en la ordenación y consecuencias	194
2. Ámbito de actuación y competencia	197
3. Funciones de la inspección	199
4. Configuración del servicio y estatuto del personal inspector	201
5. Facultades y deberes del personal inspector	202
6. Desarrollo de la función inspectora	204
XII. EL RÉGIMEN SANCIONADOR	207
1. Inactividad normativa y proliferación de centros clandestinos	207
2. Algunas notas del régimen sancionador vigente	209

XIII. FINAL: HACIA UNA NUEVA LEY DE SERVICIOS SOCIALES DE ANDALUCÍA	211
--	-----

BIBLIOGRAFÍA	216
---------------------------	-----

CAPÍTULO III.

RENDA MÍNIMA DE INSERCIÓN E INCLUSIÓN SOCIAL EN LA COMUNIDAD ANDALUZA

<i>Por Lorenzo Mellado Ruiz</i>	221
---------------------------------------	-----

I. CRISIS ECONÓMICA Y EXCLUSIÓN SOCIAL: LA DOBLE FUNCIONALIDAD DE LA “RENDA MÍNIMA DE INSERCIÓN” COMO MECANISMO DE SOLIDARIDAD ...	221
---	-----

II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA FIGURA DE LAS “RENTAS MÍNIMAS DE INSERCIÓN”	228
---	-----

1. El problema de la distinción entre “ <i>renta mínima o activa de inserción</i> ” y “ <i>renta básica</i> ”	228
2. Una propuesta convencional de sistematización nominativa	231
3. Elementos basilares del concepto	232
A) <i>Elemento objetivo: las rentas mínimas como “prestaciones económicas”</i>	232
a) <i>Prestaciones sociales “económicas o dinerarias” y prestaciones sociales “técnicas o de servicios”</i>	232
b) <i>El contenido económico de los ingresos mínimos de inserción</i>	233
B) <i>Elemento teleológico: renta mínima y reinserción socio-laboral</i>	234
C) <i>Elemento formal: procedimiento de concesión y caracteres</i>	238

III. LÍNEAS DIRECTRICES DEL MODELO DE DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL EN MATERIA DE GARANTÍA Y PRESTACIÓN DE SALARIOS O INGRESOS MÍNIMOS DE INSERCIÓN	239
--	-----

1. Marco constitucional	239
2. Sistema competencial	240
3. La configuración progresiva de los modelos autonómicos de garantía de ingresos mínimos y políticas de reinserción	243

IV. LOS INGRESOS MÍNIMOS DE INSERCIÓN EN ANDALUCÍA: ANÁLISIS DEL PROGRAMA DE SOLIDARIDAD DE LOS ANDALUCES PARA LA ERRADICACIÓN DE LA MARGINACIÓN Y LA DESIGUALDAD	245
--	-----

1. Punto de partida: inexistencia de una norma legal de cobertura y deficiencias de la regulación andaluza	245
2. Naturaleza jurídica del “ <i>ingreso mínimo de solidaridad</i> ”	247
3. Beneficiarios	249
A) <i>La “unidad familiar” como beneficiaria de los ingresos mínimos de solidaridad y la peculiaridad de su composición plural o “única”</i>	249
B) <i>Requisitos de la unidad familiar</i>	252

4.	Contenido del ingreso mínimo de solidaridad	255
	A) <i>Cuantía específica de la prestación económica</i>	255
	B) <i>Prestaciones complementarias</i>	257
	C) <i>El compromiso de inserción de los beneficiarios</i>	258
	a) <i>Naturaleza jurídica</i>	258
	b) <i>Contenido</i>	262
	D) <i>Obligaciones de los beneficiarios: el ingreso mínimo de solidaridad como “relación jurídica”</i>	263
5.	Procedimiento de concesión	266
	A) <i>Iniciación</i>	266
	a) <i>Trascendencia jurídico-funcional del procedimiento de otorgamiento de prestaciones sociales de índole material</i>	266
	b) <i>Forma de iniciación</i>	267
	B) <i>Desarrollo</i>	268
	C) <i>Terminación</i>	269
	D) <i>Seguimiento y control</i>	271
	BIBLIOGRAFÍA	272

CAPÍTULO IV.

LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ANDALUCÍA

Por José María Pérez Monguió

I.	SISTEMÁTICA	277
II.	ANTECEDENTES DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ANDALUCÍA	278
III.	RÉGIMEN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ANDALUCÍA	281
1.	Ley 1/2009, de 27 de febrero, Reguladora de la Mediación Familiar	281
2.	El Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, Reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía	288
IV.	EL PERFIL PROFESIONAL DE LOS MEDIADORES FAMILIARES	290
1.	El acceso a la condición de mediador familiar	291
	A) <i>Requisitos académicos/formativos</i>	292
	a) <i>Formación básica</i>	292
	b) <i>Formación específica</i>	294
	c) <i>La formación continua</i>	297
	B) <i>Experiencia profesional</i>	299
	C) <i>Régimen transitorio de habilitación de las personas mediadoras</i>	300
	D) <i>Requisitos formales: la inscripción de los profesionales en el Registro de Mediadores</i> ..	302

2.	Derechos y deberes de los mediadores familiares	304
	A) <i>Percibir los honorarios o cuantías económicas que correspondan</i>	306
	a) <i>Honorarios en las mediaciones sin reconocimiento a la mediación gratuita</i>	306
	b) <i>Honorarios en las mediaciones con reconocimiento a la mediación gratuita</i>	306
	B) <i>Confidencialidad en el proceso de mediación familiar</i>	308
V.	DESIGNACIÓN DE LOS MEDIADORES	312
1.	Designación en los casos en que las partes no tiene reconocido el derecho a la mediación gratuita	312
2.	Designación en los supuestos en que las partes (o una de ellas) tienen reconocido el derecho a la mediación gratuita	313
3.	Sistema por turnos	313
	A) <i>Procedimiento de designación</i>	314
	B) <i>Obligaciones de los mediadores y las consecuencias de los incumplimientos en el sistema por turnos</i>	317
VI.	RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA MEDIACIÓN GRATUITA	318
1.	Supuestos ordinarios que dan lugar al reconocimiento del derecho	319
2.	Supuestos extraordinarios	323
3.	Comprobación y verificación de la insuficiencia económica	324
VII.	FASES DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR	325
1.	Inicio del procedimiento	325
2.	Duración del procedimiento	326
	A) <i>Plazo máximo de los procedimientos</i>	326
	B) <i>Prórroga del plazo máximo de los procedimientos de mediación</i>	327
	C) <i>Reflexiones en torno a la duración de los procesos de mediación</i>	328
3.	Reunión inicial	331
4.	Desarrollo de la mediación	334
	A) <i>Deber de comparecencia a las sesiones</i>	335
	B) <i>Deber de redactar el documento justificativo de asistencia</i>	335
5.	Finalización del procedimiento	336
	A) <i>Formas de finalización del proceso</i>	337
	a) <i>Acuerdo total o parcial de las partes</i>	337
	b) <i>Falta de acuerdo entre las partes</i>	337
	c) <i>Desistimiento libre y voluntario de cualquiera de las partes en conflicto</i>	337
	d) <i>Renuncia de la persona mediadora</i>	338
	e) <i>Cualquier otra causa que se desprenda del contenido de la presente Ley y de sus normas de desarrollo</i>	339
	B) <i>El acta de finalización de la mediación</i>	340
VIII.	ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN	342
1.	Causas de abstención y recusación	346
2.	Procedimiento de recusación y abstención	346

IX. CONSEJO ANDALUZ DE MEDIACIÓN FAMILIAR	348
1. Naturaleza y funciones	348
2. Composición y funcionamiento	349
A) Composición	350
B) Funcionamiento	352
BIBLIOGRAFÍA	353

**CAPÍTULO V.
CONSIDERACIONES SOBRE EL STATUS JURÍDICO-ADMINISTRATIVO
DE LOS MENORES INGRESADOS EN CENTROS DE PROTECCIÓN EN
ANDALUCÍA**

<i>Por María Luisa Roca Fernández-Castans</i>	357
I. INTRODUCCIÓN	357
1. Tutela automática y guarda administrativa	358
A) Acogimiento familiar y residencial	359
B) Especial referencia al acogimiento residencial	360
II. LOS CENTROS DE PROTECCIÓN DE MENORES	361
1. Consideraciones previas	361
2. Marco normativo vigente en Andalucía	362
3. Concepto y clases de centros de protección	364
A) Concepto	364
B) Clases	365
a) Casas y residencias	366
b) Públicos y privados	366
c) De primera acogida, residenciales y especializados	367
C) Los Reglamentos de Organización y Funcionamiento	369
a) Concepto	369
b) Naturaleza jurídica	369
c) Procedimiento de elaboración	370
III. LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS MENORES INGRESADOS	372
1. Derechos	372
A) Seguridad y confidencialidad	372
a) Confidencialidad	373
b) Seguridad	373
B) Trato respetuoso y personalizado	374
a) Trato personalizado	374
b) Trato respetuoso	375
C) Honor, intimidad e imagen	376

a) Imagen	377
b) Intimidad	380
D) Información y audiencia	383
a) Audiencia	384
b) Información	385
E) Relaciones personales	386
F) Salud	389
a) El problema del consentimiento de los menores	391
G) Educación	393
2. Breve referencia a los deberes	394
BIBLIOGRAFÍA	396

CAPÍTULO VI. SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD DE GÉNERO

<i>Por Manuela Mora Ruiz</i>	401
I. EL GÉNERO COMO POLÍTICA SOCIAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD Y ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO	401
1. Consideraciones previas: género y derecho	401
2. El Estatuto de Andalucía tras su reforma: el giro hacia la realización de la igualdad de género	404
A) <i>El contenido social del nuevo Estatuto desde la perspectiva de género</i>	405
B) <i>Promoción de la igualdad y erradicación de la violencia de género</i>	408
II. LA LEY 12/2007, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE GÉNERO DE ANDALUCÍA	411
1. Marco legislativo general: puntos de conexión con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Efectiva Igualdad de Mujeres y Hombres	411
2. Aspectos estructurales de la promoción de la igualdad de género: el principio de transversalidad y la identificación de instrumentos horizontales de garantía y promoción de la igualdad	415
A) <i>Organización administrativa al servicio de la igualdad</i>	417
B) <i>Evaluación de Impacto de Género</i>	420
C) <i>La planificación estratégica</i>	422
D) <i>Otros instrumentos de naturaleza horizontal para la promoción de la igualdad. En particular, las garantías para la igualdad de género</i>	424
3. La igualdad de género a través de políticas y acciones públicas de carácter sectorial. Especial consideración de la acción social y los servicios sociales como ámbito cualificado para la efectiva igualdad de mujeres y hombres	427

III. LA LEY 13/2007, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO ...	434
1. Marco legislativo previo: la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género	434
2. Las medidas de prevención de la violencia de género: su alcance innovador para una sociedad ordenada conforme a un modelo patriarcal de relaciones	438
3. La protección integral contra la violencia de género: derechos de las víctimas y asistencia social específica	442
IV. CONSIDERACIONES FINALES: UN DERECHO PROPIO DE ANDALUCÍA PARA LA EFECTIVA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES	448
BIBLIOGRAFÍA	451

CAPÍTULO VII. SERVICIOS SOCIALES Y MAYORES

<i>Por Lourdes Yolanda Montañés Castillo</i>	455
I. INTRODUCCIÓN	455
1. El proceso de envejecimiento: uno de los cambios demográficos y sociales más relevantes de los últimos años	455
2. Una apuesta por las políticas de envejecimiento activo	460
3. Reconocimiento constitucional del derecho a la atención de las personas mayores y su inclusión en las regulaciones autonómicas específicas sobre la materia	463
4. La atención a las personas mayores y su configuración como un derecho subjetivo de carácter estatutario en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía	465
5. Protección de los mayores en Andalucía con anterioridad y posterioridad a la Ley de Dependencia	467
II. PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES	470
1. La participación como mecanismo de inclusión social	470
2. Los Consejos de Mayores de la Comunidad Autónoma Andaluza	472
3. La participación de los mayores en la cultura, el ocio, el turismo y el deporte: el Programa de Turismo Social	475
III. LOS SERVICIOS SOCIALES COMUNITARIOS Y LOS SERVICIOS SOCIALES ESPECIALIZADOS	478
1. Los servicios y centros de atención a las personas mayores	478
A) <i>Un complemento y, en algunos casos, una alternativa al cuidado familiar de los ancianos ...</i>	<i>478</i>
B) <i>Medidas de apoyo familiar por parte de la Administración Pública</i>	<i>479</i>
C) <i>Derechos y deberes de los usuarios de los servicios y centros sociales</i>	<i>482</i>

2.	Los Servicios Sociales Comunitarios: especial referencia a la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco y al Servicio Andaluz de Teleasistencia	483
	A) <i>El primer nivel de atención a los mayores</i>	483
	B) <i>Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco</i>	484
	C) <i>El Servicio Andaluz de Teleasistencia</i>	484
3.	Los Servicios Sociales Especializados. Hacia los Centros de Participación Activa para personas mayores	485
	A) <i>Instrumentos previstos en la Ley 6/1999</i>	485
	B) <i>Los nuevos Centros de Participación Activa para personas mayores</i>	487
	a) <i>Definición y finalidad de los Centros de Participación Activa</i>	487
	b) <i>Adquisición de la condición de persona socia o usuaria de los Centros de Participación Activa para las personas mayores: sus derechos y deberes</i>	488
	c) <i>Los órganos de participación y representación</i>	489
IV.	PROTECCIÓN ECONÓMICA DE LOS MAYORES	493
1.	Sistema de protección público	494
	A) <i>El Sistema español de Seguridad Social</i>	494
	B) <i>Otras ayudas públicas en la Comunidad Autónoma de Andalucía</i>	495
2.	Mecanismos privados para financiar las necesidades que surgen con la prolongación de la vida	497
	A) <i>Diversidad de mecanismos de ahorro-previsión privados</i>	498
	a) <i>Planes de pensiones individuales</i>	498
	b) <i>Planes de previsión asegurados</i>	499
	c) <i>La adscripción a mutualidades de previsión social</i>	499
	d) <i>Los planes individuales de ahorro sistemático</i>	499
	e) <i>Los llamados planes de jubilación</i>	499
	B) <i>Productos financieros en torno a la vivienda de las personas mayores: la hipoteca inversa y la renta-vivienda o renta vitalicia sobre la vivienda</i>	500
	a) <i>La hipoteca inversa</i>	501
	b) <i>La renta-vivienda o renta vitalicia sobre la vivienda</i>	503
	C) <i>El contrato de alimentos</i>	504
V.	PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS MAYORES	506
1.	Situaciones de maltrato y abandono	508
	A) <i>Maltrato</i>	510
	B) <i>Casos de abandono y desasistencia</i>	511
	a) <i>Delito de abandono de los ascendientes</i>	512
	b) <i>La falta de omisión de cuidados debidos a ancianos o discapacitados</i>	513
	c) <i>El delito de omisión del deber de socorro</i>	514
2.	Protección de personas mayores que presentan alguna deficiencia físico o mental que entorpece el normal desarrollo de su vida: especial referencia a los ingresos en centros residenciales	515
	A) <i>El tutor y curador</i>	516

B) El apoderado preventivo	517
C) El guardador de hecho	519
3. Ingresos en centros residenciales	519
4. Protección del patrimonio de los mayores y de su derecho como consumidores	522

BIBLIOGRAFÍA	525
---------------------------	-----

CAPÍTULO VIII.

RÉGIMEN JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DE LA DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA

<i>Por M^a Asunción Torres López</i>	527
--	-----

I. INTRODUCCIÓN	527
------------------------------	-----

1. El reconocimiento internacional de los derechos de las personas con discapacidad	527
2. Breve referencia al ámbito comunitario	529

II. LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE DISCAPACIDAD: ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS	530
--	-----

1. La distribución de competencias entre los poderes públicos	530
2. Las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de servicios sociales en general y discapacidad en particular	535
3. La organización administrativa en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Una referencia a la estructuración del Sistema de Servicios Sociales en Andalucía	538
4. La organización específica en la Comunidad Autónoma de Andalucía	540
5. La Administración instrumental	543
6. Las Asociaciones privadas y el voluntariado	549

III. LA ATENCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA: MARCO NORMATIVO. SECTORES ESPECÍFICOS DE REGULACIÓN Y ACTUACIÓN PÚBLICA ..	555
--	-----

1. Normativa. Reconocimiento de derechos y deberes de las personas con discapacidad ...	555
2. Algunos sectores concretos de actuación pública	559
A) <i>La accesibilidad universal y el principio de transversalidad en Andalucía.</i> <i>Urbanismo, vivienda, transporte y comunicaciones</i>	559
B) <i>Infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad</i>	564
C) <i>Educación y discapacidad en Andalucía</i>	565
D) <i>Breve referencia a otros sectores: función pública, mujer y discapacidad, ocio, cultura y deporte</i>	569
a) <i>El acceso a la función pública de las personas con discapacidad</i>	569
b) <i>Mujer y discapacidad</i>	570
c) <i>Ocio, cultura y deporte</i>	571

BIBLIOGRAFÍA	573
---------------------------	-----

CAPÍTULO IX.

EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

Por Luis Fernando Anguas Ortiz 575

I. PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA ...	575
1. La universalidad en el acceso a las prestaciones	575
2. El carácter público de las prestaciones	576
3. La integración de las prestaciones en las redes de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas	578
4. La atención a las personas en situación de dependencia de forma normalizada e integral ..	579
5. La permanencia de la persona en su medio habitual	581
6. La cooperación interadministrativa. El rol fundamental de las Comunidades Autónomas en la configuración del Sistema	582
7. La descentralización	583
8. La suficiencia presupuestaria	584
9. La participación de la persona beneficiaria en el coste de los servicios	585
10. La progresividad en la aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre	585
II. FINANCIACIÓN DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA ..	587
1. Nivel mínimo de protección	587
2. Nivel acordado entre las Administraciones Estatal y Autonómica	589
A) Fondo General	590
B) Fondo de Compensación	591
C) Fondo de Cumplimiento de Acuerdos	591
3. Nivel adicional de protección	592
III. EL CONSEJO TERRITORIAL DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA	592
IV. EL PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA Y DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA	596
1. Consideraciones previas	596
2. Inicio del procedimiento	597
3. Concepto de dependencia	600
4. Valoración de la dependencia	601
5. Resolución del procedimiento	603
6. Estadísticas de reconocimiento de la situación de dependencia	604
V. LA APROBACIÓN DEL PROGRAMA INDIVIDUAL DE ATENCIÓN EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA	605

VI. COLABORACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA CON LAS ENTIDADES LOCALES ...	608
VII. PRESTACIONES DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA	612
1. Servicios y prestaciones económicas	612
2. Catálogo de Servicios	613
3. Servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal	614
4. Servicio de Teleasistencia	615
5. Servicio de Ayuda a Domicilio	615
6. El acceso a los Servicios de Centro de Día y de Noche y al Servicio de Atención Residencial ..	616
7. Servicio de Centro de Día	616
8. Servicio de Centro de Noche	617
9. Servicio de Atención Residencial	617
10. Prestación económica vinculada a un servicio	618
11. Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales	619
<i>A) Seguridad Social de la persona cuidadora</i>	619
<i>B) Requisitos de la persona cuidadora</i>	620
<i>C) Cuantías de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar</i>	621
12. Prestación económica de asistencia personal	623
13. Datos estadísticos de servicios y prestaciones económicas	623
VIII. EL SERVICIO DE AYUDA A DOMICILIO	624
1. Regulación del Servicio de Ayuda a Domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía ...	624
2. El Servicio de Ayuda a Domicilio como Prestación Básica de los Servicios Sociales Comunitarios. Características del servicio	625
3. Personas destinatarias del Servicio de Ayuda a Domicilio y objetivos del mismo	626
4. Acceso al Servicio de Ayuda a Domicilio y criterios de prescripción del mismo	627
5. Intensidades del servicio y compatibilidad del mismo	628
6. Actuaciones básicas	630
<i>A) Actuaciones de carácter doméstico</i>	630
<i>B) Actuaciones de carácter personal</i>	631
7. Organización y funcionamiento del servicio	631
8. Acreditación de entidades prestadoras del Servicio de Ayuda a Domicilio	632
<i>A) Requisitos funcionales</i>	632
<i>B) Requisitos de personal</i>	633
<i>C) Requisitos materiales</i>	634
9. Recursos humanos del servicio. Especial referencia al personal auxiliar de ayuda a domicilio ...	635
10. Financiación del Servicio de Ayuda a Domicilio	637
11. Participación de la persona beneficiaria en la financiación del Servicio de Ayuda a Domicilio ...	638
BIBLIOGRAFÍA	639

AUTORES

Luis Fernando Anguas Ortiz,

Coordinador de Servicios Sociales Comunitarios, Consejería de Salud.

Severiano Fernández Ramos,

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Cádiz.

Eduardo Gamero Casado,

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Pablo de Olavide.

Lorenzo Mellado Ruiz,

Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Almería.

Yolanda Montañés Castillo,

Contratada Doctora de Derecho Administrativo, Universidad de Jaén.

Manuela Mora Ruiz,

Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Huelva.

José María Pérez Monguió,

Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Cádiz.

M^a Luisa Roca Fernández-Castanys,

Profesora Contratada Doctora y acreditada para el Cuerpo de Profesores Titulares, Universidad de Almería.

M^a Asunción Torres López,

Profesora Titular de Derecho Administrativo y acreditada para el Cuerpo de Catedráticos, Universidad de Granada.

PRESENTACIÓN

La Comunidad Autónoma de Andalucía, tras más de tres décadas de autonomía política, renovada con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, ha logrado dotarse de un Derecho propio que se extiende, como una red, a la práctica totalidad de las materias, ámbitos y sectores de su competencia.

En este proceso, fruto de los esfuerzos de todas las personas andaluzas, se han alcanzado importantísimos avances que recogen la especial idiosincrasia de los andaluces y andaluzas y que ha sido y son referencia para otras Comunidades Autónomas.

La doctrina científica ha dado buena cuenta del marco normativo andaluz con estudios que han visto la luz como monografías –muchas de ellas publicadas por el Instituto Andaluz de Administración Pública– y artículos. Estos trabajos han propiciado debates muy interesantes y han permitido apreciar las virtudes de nuestro ordenamiento jurídico y también, como es menester, han dejado a la luz las lagunas y las cuestiones que eran o son susceptibles de mejora. Con todo, generalmente estos trabajos no han tenido como objeto el estudio de sectores completos, en la medida que se ha optado por analizar aspectos o problemas concretos de nuestro marco legal, de modo que los frutos obtenidos son aún parciales.

Pero en estos momentos, desde el Instituto Andaluz de Administración Pública, una vez cumplido su vigésimo quinto aniversario, se estima que ha llegado el tiempo de impulsar una colección de estudios en los que se exponga de forma global el estado actual del ordenamiento autonómico en cada sector.

Esta iniciativa de investigación y divulgación del Derecho propio de Andalucía entra dentro de las funciones asignadas al Instituto Andaluz de Administración Pública, como agencia administrativa adscrita a la Consejería competente en materia de Administración Pública, a la que corresponden, de acuerdo con la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, la investigación, el estudio, la información y la difusión de las materias que afecten a la Administración Pública, con especial referencia a las Administraciones Públicas andaluzas.

Con estas premisas, el Instituto Andaluz de Administración Pública acude a la Universidad Pública Andaluza, para crear un espacio abierto en el que se integrarán las opiniones variadas y heterogéneas de los investigadores que desarrollan su actividad en Andalucía. Igualmente se pretende dejar un lugar para los técnicos que desarrollan su actividad en nuestra Administración para que aporten, en cada obra, su parecer sobre las materias objeto de análisis y pueda difundirse este importante capital que supone la experiencia profesional, garantizándose así la necesaria comunicación entre el mundo académico y el profesional, a la vez que se enriquece el resultado de los estudios.

De esta manera, después de más de treinta años de autonomía, con más de doscientas setenta leyes publicadas, con sus respectivos reglamentos, hemos alcanzado, en muchos sectores, un sistema bien articulado, que merece ser expuesto de forma general para ofrecer una perspectiva integral y hacer visibles sus puntos fuertes y sus carencias para que puedan ser tenidas en cuenta, en su caso, en este tiempo de cambios y adaptaciones a un nuevo e imprevisible escenario.

Ahora sólo queda dar la palabra a los investigadores, para que con su buen hacer, hagan su trabajo con rigor y seriedad y con ello contribuyan a seguir haciendo grande a Andalucía.

MARÍA CONCEPCIÓN BECERRA BERMEJO
Directora del Instituto Andaluz de Administración Pública

ABREVIATURAS

AAPP	Administraciones Públicas
APE	Administración Pública Estatal
ASEAF	Asociación Estatal de Acogimiento Familiar
ASSDA	Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOJA	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
CE	Constitución Española
CERMI	Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad
EA	Estatuto de Autonomía
EAA	Estatuto de Autonomía de Andalucía
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
IBI	Impuesto de Bienes Inmuebles
IMSERSO	Instituto de Mayores y Servicios Sociales
INE	Instituto Nacional de Estadísticas
IPREM	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
IPREM	Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples
IRPF	Impuesto de la Renta de las Personas Físicas
JUR	Jurisprudencia
LAJA	Ley de Administración de la Junta de Andalucía
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LIONDAU	Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad

LISMI	Ley Estatal de Integración social de los Minusválidos
LMA	Ley del Menor de Andalucía
LO	Ley Orgánica
LOE	Ley Orgánica de Educación
LOI	Ley Orgánica de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LRBRL	Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local
MF	Ministerio Fiscal
OMS	Organización Mundial de la Salud
PIA	Programa Individual de Atención
PLISA	Proyecto de Ley de Inclusión Social de Andalucía
ROF	Reglamentos de Organización y Funcionamiento
RPT	Relación de Puestos de Trabajo
RTVA	Radio y Televisión de Andalucía
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SMI	Salario Mínimo Interprofesional
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TIC	Tecnología, Información y Comunicación
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo

Capítulo I. LOS SERVICIOS SOCIALES EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA PARA ANDALUCÍA

Eduardo Gamero Casado

I. CATEGORIZACIÓN JURÍDICA DE LOS SERVICIOS SOCIALES

1. La polisemia de los servicios sociales y el alcance de este trabajo

Esta obra versa sobre los servicios sociales, proyectando el foco, concretamente, sobre el régimen jurídico de los servicios sociales en Andalucía. Lo cual no impide, sino que reclama, la previa consideración de factores o elementos contextuales de esta materia que contribuyen a precisar su contorno y a esclarecer su contenido. Este capítulo introductorio procura satisfacer la necesidad de abordar los elementos confluyentes en la regulación de los servicios sociales, encuadrando la materia en su contexto; y además, se procede en él a analizar el modo en que se aborda esta cuestión en el Estatuto de Autonomía para Andalucía, pues tratándose de la norma que corona el sistema normativo andaluz, también resulta conveniente que conozcamos desde el principio el modo en que acoge y regula los servicios sociales.

Aunque a primera vista puede parecer fácil determinar el ámbito objeto de estudio, es decir, de los servicios sociales, en realidad su concreción se encuentra dificultada por dos elementos de distinta consideración. En primer lugar, sucede que la noción de servicios sociales no aparece como tal en las normas positivas, o cuando menos no lo hace de manera unívoca; y resulta, además, que convive con otras acepciones, como asistencia social, Seguridad Social o protección social, cuyos significados también son imprecisos e incluso se encuentran solapados, por lo que resulta necesario concretar si todas estas

locuciones adquieren las mismas cargas semánticas y su uso puede ser indistinto, obedeciendo a meras cuestiones de estilo, o bien disfrutan de acepciones específicas que las diferencian y obligan a un uso más cuidadoso del lenguaje que evite equívocos o errores de calificación jurídica. En este mismo apartado nos centraremos en perfilar esta noción o concepto, precisando su sentido.

Pero en segundo lugar, el significado de la expresión varía también según la funcionalidad que se aplique al uso del término, aspecto que se ramifica en tres ámbitos netamente diferenciados: a) Los servicios sociales *como materia competencial*, o dicho de otro modo, como criterio de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas: este aspecto será objeto de estudio más adelante, en un apartado específico; b) La protección social *como derecho* reconocido a la ciudadanía, aspecto que remite al estudio de su naturaleza y de sus instrumentos de reconocimiento y garantía, cuestiones que también serán analizadas en un apartado posterior de este trabajo; y por último, c) Los servicios sociales entendidos *como organización administrativa*, esto es, como los órganos o las instituciones que dan soporte a la asistencia social, bien canalizando la actividad burocrática inherente a las prestaciones, o bien ofreciendo directamente las prestaciones mismas: este último aspecto no es objeto de análisis en este capítulo y se aborda realmente a todo lo largo de la obra, con arreglo a la temática propia de cada uno de sus capítulos.

En atención a lo dicho, este capítulo se ocupa de delimitar el concepto de los servicios sociales, exponiendo su dimensión esencial de instrumento para la realización del derecho a la igualdad de todas las personas, y concretando el ámbito competencial que corresponde en esta materia a la Comunidad Autónoma de Andalucía. La reflexión concluye con una inevitable referencia a la crisis económica y las repercusiones que deriva sobre la prestación de los servicios sociales.

2. Aproximación al concepto de los servicios sociales

Como ya se ha dicho, existe en la materia objeto de análisis una considerable intoxicación conceptual, que deriva de dos circunstancias: la primera es el hecho de que tanto las normas jurídicas, como los diferentes operadores o agentes sociales, utilizan diferentes expresiones de manera intuitiva, sin una previa y serena reflexión sobre su respectiva carga semántica, y sin explicitar precisión alguna acerca de sus respectivos contornos materiales¹. La segunda es la presencia de escenarios diferentes en los que juegan tales expresiones, que desempeñan funcionalidades distintas, y por consiguiente, cuyos sentidos no tienen por qué ser intercambiables.

¹ El legislador autonómico andaluz lo reconoce abiertamente cuando en el Preámbulo de la Ley 2/1988, de Servicios Sociales de Andalucía, se lamenta de “la imprecisión legal de los términos usados en materia de servicios sociales”.

La Constitución española utiliza –sin definirla– la locución “asistencia social” en el art. 148.1.20ª, como materia susceptible de apropiación competencial por parte de las Comunidades Autónomas, por lo que tal expresión juega funcionalmente como ámbito competencial; pero los Estatutos de Autonomía, en particular los más recientes, y por lo que nos atañe el art. 61 EAA, abandonan el uso de ese término para preferir el de “servicios sociales”, siendo esta vez más pedagógico en cuanto a su alcance, pues lo desglosa en un haz de contenidos o facultades diversas, como se verá en su lugar. Sin embargo, y a su vez, la noción de “servicios sociales” que utiliza nuestro Estatuto supone una concreta opción entre diferentes acepciones o definiciones latentes en otros cuerpos normativos, en el pensamiento científico y en la conciencia social.

Para evitar una dispersión en la que se puede fácilmente incurrir a la vista de este panorama, me ceñiré ahora a exponer dos cuestiones muy concretas: el concepto genérico o global al que remite el conjunto de locuciones expuestas (asistencia social, acción social, bienestar social, acción social y servicios sociales); y las diferentes acepciones jurídicas en las que se emplea el término “servicios sociales”, excepción hecha del ámbito competencial que corresponde a Andalucía en virtud del art. 61 EAA, –que lo traza precisamente a partir de esa expresión–, por tratarse de una cuestión que se aborda específicamente un poco más tarde.

Es pacífica la idea de que el concepto de servicios sociales es susceptible de una serie de acotaciones sucesivas o círculos concéntricos, que van restringiendo progresivamente su amplitud hasta concluir en la noción estricta que es el verdadero objeto de este trabajo².

1. Así, en su noción o acepción más amplia, los servicios sociales hacen referencia a todos los servicios del orden social (también denominados servicios atinentes a la persona), que engloban los sanitarios, los educativos y cualquier otra manifestación de la acción social. Esta acepción amplia o impropia hace pues referencia a la satisfacción de las necesidades *existenciales* que presenten las personas.

² Véanse principalmente J. L. Beltrán Aguirre: *Régimen jurídico de la acción social pública*, IVAP, Oñati, 1992, pp. 54 y ss.; M. Vaquer Caballería: *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch-Institut de Dret Públic, Valencia, 2002, pp. 107 ss.; J. Pemán Gavín: “Sobre el concepto constitucional de asistencia social. Estado y Comunidades Autónomas ante las actuaciones públicas de carácter asistencial”, *RAP*, nº 161, 2003, pp. 239 ss.; J. Tornos Mas y A. Galán Galán: *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, pp. 4 y ss.; A. de Palma del Teso: “Los servicios sociales en Cataluña como marco de atención a las situaciones de dependencia”, en AGUADO CUDOLÁ, V. (coord.): *Servicios sociales, dependencia y derechos de ciudadanía*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 155 y ss.; M. Alarcón Caracuel: “Políticas de protección social en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía”, en PRADOS DE REYES, F. J. (coord.): *Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2008, pp. 18 y ss. (el autor ha realizado diferentes aproximaciones al problema desde 1996; en la obra citada recapitula sobre todo ello); y Y. Sánchez-Urán Azaña: “La nueva protección de la dependencia: naturaleza”, en ROQUETA BUJ, R. (coord.): *La situación de dependencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 29 y ss. En cuanto al concepto que se baraja en el Derecho de la Unión Europea, véase L. Míguez Macho: “La transformación del régimen jurídico de los servicios sociales”, *REDA*, nº 153, 2012, pp. 36 y ss.

2. Para acotar esa noción amplia o difusa, suele excluirse del concepto a la sanidad y a la educación, conformando un segundo círculo concéntrico más reducido que se configura por mera exclusión o separación de las áreas indicadas, debido a las peculiaridades que presentan en las ordenaciones jurídicas contemporáneas.
3. Dentro de este último perímetro, a su vez, cabe desgajar a la Seguridad Social del resto de los servicios sociales. La razón principal para hacerlo es que la Constitución trata ambas materias separadamente, atribuyendo cada una a un operador distinto; pero en este momento no entramos en detalle acerca del reparto competencial en la materia (cuestión para la que nos emplazamos más tarde), y simplemente apuntamos algunos esbozos en el marco del problema conceptual que nos ocupa. En un primer momento, el criterio diferenciador suministrado por el Tribunal Constitucional para trazar la línea divisoria entre la Seguridad Social y los servicios sociales fue el carácter contributivo de las prestaciones (STC 76/1986), pero tal criterio se desarboló cuando se incorporaron prestaciones no contributivas al sistema de Seguridad Social mediante la Ley 26/1990. A ello se le vino a añadir después la prestación por parte de las Comunidades Autónomas de ayudas económicas complementarias a las ofrecidas mediante el sistema de Seguridad Social, dando lugar a unas contradicciones difícilmente superables que quedan ampliamente reflejadas en la jurisprudencia constitucional (así, STC 239/2002) y que todavía no se han superado por completo. Dado que en este momento no abordamos el problema en profundidad, baste con aclarar que, cuando en esta obra hacemos referencia a los servicios sociales, estamos descartando la aplicación de este término a la Seguridad Social.
4. Una última acotación considera que los servicios sociales, en su acepción propia o estricta, hace referencia a servicios de carácter técnico, es decir, a prestaciones de carácter material, por contraposición a las prestaciones de carácter estrictamente económico. Con arreglo a este último enfoque se pone en valor la consideración de *servicio*, de prestación técnica, alejada de la idea de subsidio, ayuda o complemento económico. Aunque algunos autores postulan la restricción del concepto a la vertiente estrictamente prestacional, en la actualidad los servicios sociales en general (por ejemplo, el sistema estatal de apoyo a la dependencia), y los de carácter autonómico en especial (que son el objeto de nuestro interés), comprenden tanto prestaciones materiales como económicas.

Una vez expuesta esta percepción doctrinal o convencional de los servicios sociales, conviene analizar su reflejo en el Derecho positivo. Y dado que en esta obra analizamos el régimen de los servicios sociales en Andalucía, resulta pertinente invocar el art. 1 de la Ley 2/1988, de Servicios Sociales de Andalucía (en lo sucesivo, LSSA), que dispone: “La presente Ley tiene como objeto regular y garantizar en el ámbito de la comunidad autónoma andaluza, mediante el ejercicio de una acción administrativa coordinada, un sistema público de servicios sociales que ponga a disposición de las personas y de los grupos en que éstas se integran recursos, acciones y prestaciones para el logro de su pleno desarrollo, así como la prevención, tratamiento y eliminación de las causas que conducen a su marginación”. Casi 25 años han transcurrido desde esta declaración, que sigue estando plenamente en vigor, pues plasma los rasgos principales que definen el *ethos* de los servicios sociales: un sistema

integrado por recursos, acciones y prestaciones que promueven el pleno desarrollo de las personas y de los grupos en que se integran, y con el que se pretende prevenir, afrontar y eliminar las causas que conducen a su marginación o exclusión social. Otras proclamaciones legales inciden en los mismos elementos³; y para completar el análisis, también puede hacerse referencia a nociones próximas presentes en otros textos⁴.

Para concluir, y a los solos efectos de orientar acerca de la concreción práctica del concepto, conviene desglosar este concepto genérico de los servicios sociales en sus diferentes sectores de intervención en Andalucía⁵: personas mayores, drogadicción, discapacitados, infancia y familia, comunidad gitana y movimientos migratorios.

II. LOS SERVICIOS SOCIALES COMO DERECHOS: UNA EXPRESIÓN ESENCIAL DEL PENSAMIENTO EUROPEO

1. Los servicios sociales, la dignidad de la persona y el principio de igualdad

A) *Los servicios sociales como catalizadores de la dignidad y la igualdad material de las personas*

La finalidad inequívoca de los servicios sociales es atender las necesidades de las personas para que puedan vivir dignamente. Los servicios sociales, como sostuvo GONZÁLEZ NAVARRO⁶ y

³ No es frecuente que las leyes vigentes describan en la definición de su objeto qué son concretamente los servicios sociales, pues la fórmula más extendida consiste en declarar únicamente que el objeto de la ley es regular los servicios sociales (sin mayor concreción), y proceder seguidamente a determinar sus fines y estructura: así, el art. 1 de la Ley 1/2003, de Servicios Sociales del Principado de Asturias; el art. 1 de la Ley 12/2008, de Servicios Sociales del País Vasco. Pero también existen ejemplos de disposiciones que se extienden en concretar el concepto en términos análogos que la Ley andaluza, como sucede, por ejemplo, en el art. 2.1 de la Ley 13/2008, de Servicios Sociales de Galicia.

⁴ Resulta muy expresivo el art. 1.2 de la Ley 11/2003, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, que dispone: "La Comunidad de Madrid garantiza el desarrollo de la *acción social* mediante un sistema público de *servicios sociales* destinado a contribuir al *bienestar social* mediante la prevención, eliminación o tratamiento de las causas que impidan o dificulten el pleno desarrollo de los individuos o de los grupos en que los mismos se integran". Por su parte, el art. 3.2 de la Ley 12/2007, de Servicios Sociales de Cataluña, define como necesidades sociales "las que repercuten en la autonomía personal y el apoyo a la dependencia, en una mejor calidad de vida personal, familiar y de grupo, en las relaciones interpersonales y sociales y en el bienestar de la colectividad. Las necesidades personales básicas son las propias de la subsistencia y la calidad de vida de cada persona".

⁵ Tomo la relación de J. Alés Siol: "Los servicios sociales en Andalucía como servicio público. Intervención del Derecho administrativo en la acción social", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº Extraordinario 2/2003, vol. 2, pp. 599 y ss.

⁶ Véase el prólogo que escribe Francisco González Navarro a la obra BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: *El régimen jurídico de la acción social pública*, IVAP, Oñati, 1992, pp. 19 y ss.

después han secundado otros autores⁷, entroncan por tanto con la dignidad de la persona y el principio de igualdad, vinculándose íntimamente con los valores constitucionales fundamentales: la igualdad, en cuanto que valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE), y la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 CE). En indisociable conexión con tales valores y principios, el art. 9.2 de la Constitución española proclama: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. Al colocar a la persona y su dignidad en esta posición, nuestro constituyente, como sostiene PAREJO, realiza una opción axiológica básica que representa la clave de todo el sistema constitucional y la erigen en su valor-síntesis⁸. Como sostiene HABERMAS, “las experiencias de exclusión, miseria y discriminación enseñan que los derechos fundamentales clásicos adquieren un valor igual –Rawls– para todos los ciudadanos únicamente cuando se complementan con derechos sociales y culturales”⁹.

Esta íntima conexión entre las prestaciones sociales y el principio de igualdad luce claramente en algunos textos normativos. Por ejemplo, el art. 1.2 de la Ley 13/2008, de Servicios Sociales de Galicia, tras proclamar el derecho de todas las personas a los servicios sociales, declara que la finalidad de este reconocimiento es “posibilitar que su libertad e igualdad sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud y facilitando la participación de todas y todos en la vida política, económica, cultural y social”. También el art. 2.2 de la Ley 11/2003, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, declara que “El objetivo de los servicios sociales es el de asegurar el derecho de las personas a vivir dignamente durante todas las etapas de su vida, teniendo cubiertas las necesidades sociales”¹⁰.

⁷ Así, entre otros muchos, M. Vaquer Caballería: *La acción social...*, op. cit., pp. 65 y ss.; J. M. Rodríguez de Santiago: *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 22 y ss.; M. Alarcón Caracuel: “Políticas de protección social”, op. cit., pp. 20 y ss.; R. Calvo Ortega y Y. García Calvente: *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 97; R. García Schwarz: *Derechos sociales: imprescriptibilidad y garantías*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 11; L. González Seara, en MUÑOZ MACHADO, S.; GARCÍA DELGADO, y GONZÁLEZ SEARA (coords.): *Las estructuras del bienestar*, Civitas, Madrid, 2002, p. 957; A. de Palma del Teso: “La asistencia social”, en CANO CAMPOS, T. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, Tomo VII: *Servicios públicos*, Iustel, Madrid, 2009, p. 341; y J. Tornos Mas: “Crisis del Estado del bienestar. El papel del Derecho administrativo”, ponencia presentada al XIX Congreso Ítalo-español de Profesores de Derecho administrativo, celebrado en Madrid, 18-20/10/2012, p. 42; accesible en <http://uspceu.es/pages/congresos/italo-espanol/ponencias.html> (última visita: 25 de octubre de 2012).

⁸ Véase Luciano Parejo Alfonso: “Constitución y valores del ordenamiento”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo 1, Civitas, Madrid, 1991, pp. 111 y ss.

⁹ Cfr. Jürgen Habermas: *La constitución de Europa*, Trotta, Madrid, 2012, p. 20.

¹⁰ En la misma línea se pronuncia el art. 3.1 de la Ley 12/2007, de Servicios Sociales de Cataluña.

En la misma línea de reflexiones puede hacerse ver que, a menudo, se invoca la beneficencia como antecedente inmediato de los servicios sociales y de la protección social. Ciertamente, la beneficencia se erigió a lo largo del siglo XIX en todo un sistema de atención a las necesidades sociales. Pero siendo parecido el objeto sobre el que actúan estas intervenciones, existen grandes diferencias en lo relativo a su naturaleza y finalidad¹¹. En efecto, se parte del sustrato del Estado liberal, no del Estado social, aspecto que constituye una radical diferencia de concepto y no un puro matiz, pues en la concepción liberal subyacente a lo largo del siglo XIX el Estado comprime su actuación al mínimo imprescindible, y otorga el principal protagonismo de las actuaciones económicas y sociales al sector privado. El Estado adquiere un papel meramente subsidiario, estimulador de la iniciativa privada y garante de su orientación hacia fines de interés general, sin asumir directamente compromiso alguno. En ese contexto se dicta la Ley de Beneficencia y se articulan los patronatos, como instrumentos públicos de control de la actividad privada de beneficencia.

Pero además, este reparto de papeles entre el Estado y el sector privado en materia de beneficencia es un resultado y no una causa. En efecto, de acuerdo con la moralidad dominante en la época, beneficencia es más bien filantropía, constituye un deber moral de los ciudadanos más favorecidos respecto de los desfavorecidos. No existe ni por asomo la menor fundamentación de la prestación como *derecho* de quien la recibe ni como *deber* del Estado. Antes bien, existe un beneficiario que se encuentra requerido de asistencia y un benefactor que benévolamente se compadece de sus circunstancias y se la presta. Nada tiene que ver todo ello con el principio de igualdad material, ni con la dignidad de la persona. Todo el sistema descansa sobre un ámbito moral, de caridad, radicado en la esfera íntima o privada de cada uno, de tal manera que el ciudadano desfavorecido queda a merced del acomodado, que se compadece de él. No puede negarse la nobleza y buena intención de tales impulsos solidarios, pero tampoco puede obviarse la idea de que la dignidad de la persona y el principio de igualdad material representan una dimensión radicalmente distinta en la aproximación a esta materia.

En este sentido, MARCOS VAQUER ha expuesto atinadamente la tensión que se percibe a lo largo del siglo XIX entre dos concepciones relativas a la beneficencia: una, que constituye un punto de partida en el Estado liberal, rechaza su condición de derecho y le asigna un carácter de mera liberalidad o carácter graciable (visión que se sustenta en el rechazo de la indolencia, a la que supuestamente conduce un sistema acrítico y generalizado de subsidios o sustentos); en cambio, la corriente que finalmente prevalece, concibe la asistencia social como un deber, no sólo de los individuos para con sus congéneres, sino también

¹¹ Sobre la cuestión, véase especialmente J. Pemán Gavín: "Sobre el concepto...", *op. cit.*, pp. 243 ss.; M. Vaquer Caballería: *La asistencia social*, *op. cit.*, pp. 39 y ss.; A. de Palma del Teso: "La asistencia social", en CANO CAMPOS, T. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, Tomo VII: *Servicios públicos*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 339 y ss.

del Estado mismo respecto a cuantas personas requieran sustento, con independencia del motivo que les haya conducido a tal situación¹².

B) *La dignidad y la igualdad material de las personas como esencia y conquista progresiva y específica de la civilización europea*

Probablemente, la idea-fuerza que anida en el pensamiento europeo desde sus más incipientes orígenes, y que caracteriza singularmente a nuestra cultura o civilización de manera cualitativa, es la concepción de la dignidad del ser humano, estrechamente unida al principio de igualdad material, que lo erige en sujeto de derechos y portador por naturaleza de una dignidad irrenunciable, que se realiza plenamente mediante su integración en la sociedad. Sin tiempo aquí para profundizar en estas ideas, no es difícil apreciar sus primeros balbuceos en el estoicismo griego¹³, desde donde se inocula en el pensamiento cristiano¹⁴ para eclosionar definitivamente en la Escuela de Salamanca (y significadamente en Francisco de Vitoria¹⁵), al sostenerse entonces por primera vez y de manera inequívoca que todos los seres humanos comparten la misma naturaleza y por tanto también los mismos derechos: entre ellos, la libertad y la *igualdad*. Desde ese momento, no deja de ser una constante, que se plasma con especial evidencia en la florescencia intelectual que rodea a la Revolución Francesa.

No en vano, MUÑOZ MACHADO ha puesto enérgicamente el acento en la diferencia que separa el movimiento revolucionario francés (y por extensión, el continental europeo), del norteamericano, orientándose el primero a preservar la igualdad material de los individuos de manera equilibrada o armónica con la consecución de la libertad frente al poder absoluto preceden-

¹² Véase M. Vaquer Caballería: *La acción social...*, *op. cit.*, pp. 30 y ss., y pp. 182 y ss. Son muy expresivas las aportaciones de Posada Herrera que el autor comenta en p. 32, ya que “distingue al efecto entre los sistemas que llama de «caridad legal» y de «beneficencia pública». El primero es aquél en el que la sociedad se cree «en el deber de mantener a todas las personas que no posean ninguno, o no posean los bastantes medios de subsistencia» o bien «sólo obligada a mantener los individuos que no teniendo de qué vivir, no tengan tampoco aptitud para el trabajo por incapacidad física o moral»; mientras que el de beneficencia pública es aquél en el que «si los sentimientos de humanidad y su propio interés la estimulan a alimentar los males de la pobreza, *no la imponen obligación alguna exigible*, y que por consiguiente no está en el deber de emplear medios que graven de una manera exorbitante a las clases acomodadas, y que puede en fin mirar como propio de los particulares en ejercicio de la caridad y la beneficencia»”.

¹³ Véase principalmente Gregorio Peces-Barba Martínez: “Humanismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada”, en DE LORENZO GARCÍA, R.; CABRA DE LUNA, M. y GIMÉNEZ-REYNA, E. (dirs.): *Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario*, Fundación ONCE-La Ley, Madrid, 1991, p. 17.

¹⁴ Me refiero a la cuestión de la inmanencia de la ley natural, ya presente en Aristóteles (también después en Cicerón), que recibe San Pablo en la *Epístola a los romanos* para incorporarla desde entonces a toda la tradición cristiana, pasando por Agustín de Hipona (*La Ciudad de Dios*), Isidoro de Sevilla (*Etimologías*) y sobre todo, Tomás de Aquino (*Summa Theologica*), quien alumbra la idea del *ius gentium*.

¹⁵ En la *Relectio De Indis*, 1532; ideas ampliamente desarrolladas después por Francisco Suárez en el *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, 1612).

te, en tanto que el segundo se centró en la libertad como valor supremo y excluyente de otros en el más alto pedestal de la jerarquía axiológica, afincando sobre el mismo un nuevo orden social¹⁶. Tan sólo extraigo un expresivo pasaje del autor: “Cuando se debate en 1789 en Francia la Declaración de Derechos, el agudísimo Sieyes advierte inmediatamente la *proyección social que deben tener las libertades* que se proclaman. Los franceses pretenden la plenitud de los derechos naturales, pero también la iniciativa del Estado en la sociedad (...). El abate de Fréjus lo expresa con una lucidez y una capacidad de predicción asombrosas: «Las ventajas que se pueden sacar del Estado social no se limitan a la protección eficaz y completa de la libertad individual (...). Aquellos ciudadanos que la desgracia haya condenado a la impotencia de proveer a sus necesidades tienen los justos derechos a la asistencia de sus conciudadanos (...), *tienen derecho* a todo lo que el Estado pueda hacer en su favor». En esta inclinación social de los derechos, y la consiguiente traslación al Estado de obligaciones de prestación (ya que la satisfacción de aquellos derechos, como proclama la segunda Declaración, la de 1793, es una deuda nacional), se convertirá en una *característica definitoria esencial del constitucionalismo europeo* de la que no se desprenderá ya nunca. Ni siquiera en los momentos de más rotunda retirada del Estado hacia posiciones regulatorias y de vigilancia y de entrega a la sociedad de la iniciativa económica y asistencial¹⁷.

En efecto, se ha insistido repetidamente en la idea de que la protección social es uno de los productos más característicos, si no el que más, de nuestra sociedad europea occidental: una afirmación en la que convienen los más cualificados especialistas en la materia¹⁸, los propios poderes públicos¹⁹ e incluso la clase política²⁰. Conviene tener muy presente este rasgo, en la

¹⁶ Véase el excelente prólogo de Santiago Muñoz Machado al libro de VAQUER CABALLERÍA, M.: *La acción social...*, op. cit., especialmente pp. 12 a 16.

¹⁷ *Ibidem*, p. 13. Las cursivas son mías.

¹⁸ Así, además de las ya citadas aportaciones de Vaquer y Muñoz Machado, puede verse el prólogo de este último a la obra dirigida por él mismo, García Delgado y González Seara: *Las estructuras del bienestar*, Civitas, Madrid, 2002. Véase también J. Habermas: *La constitución de Europa*, op. loc. cit.; C. Alemán Bracho, J. M. Alonso Seco y M. García Serrano: *Servicios sociales públicos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 27.

¹⁹ En muchos documentos comunitarios se insiste en la idea de que la prestación de servicios sociales es un rasgo característico de las sociedades europeas, como se refleja especialmente en la Comunicación de la Comisión de 20 de noviembre de 2007, COM (2007) 725 final, titulada *Servicios de interés general*, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo; pero también, en otros documentos anteriores, como la Comunicación de 20 de septiembre de 2000, COM (2000), 580 final, *Los servicios de interés general en Europa*; en el Informe al Consejo Europeo de Laeken de 17 de octubre de 2001, COMM (2001) 598 final, *Los servicios de interés general*; en el Libro Verde de la Comisión de 21 de mayo de 2003, COM (2003) 270 final, sobre *Los Servicios de interés general*; en la Comunicación de la Comisión de 20 de abril de 2004, COM (2004) 304 final, *Modernizar la protección social para el desarrollo de una asistencia sanitaria y una asistencia de larga duración de calidad, accesibles y duraderas: apoyo a las estrategias nacionales a través del método abierto de coordinación*; y en la Comunicación a la Comisión de 26 de abril de 2006, COM (2006) 177 final, *Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la UE*.

²⁰ Véase la aportación del Ministro de la Presidencia, Ramón Jáuregui Atondo, en la obra LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.): *Protección social y Comunidades Autónomas*, Universidad de Cantabria-Ediciones Cinca, Madrid, 2012, p. 19.

medida que constituye un elemento central del pensamiento europeo que no se ha incorporado al sistema jurídico a partir de construcciones dogmáticas, esto es, como un producto meramente intelectual que se inserta en el orden normativo a consecuencia de sesudos debates intelectuales, sino como expresión auténtica y natural de un sentimiento íntimo de la conciencia comunitaria, de una cultura antropológica propiamente europea que anida en lo más íntimo de cada conciencia individual pero tiene al mismo tiempo un alcance colectivo, revelando una dimensión o naturaleza ontológica. En cierto sentido, se puede definir la evolución de la civilización europea como una conquista progresiva de los derechos sociales, que anida en su programa genético-antropológico y que ha alcanzado su máxima expresión en el umbral del siglo XXI. De tal manera que Europa se identifica a sí misma, y es vista en el mundo, como una *civilización social*, cuyos Estados despliegan una red asistencial (una serie de servicios sociales) que son expresión de un deber público íntimamente vinculado a la dignidad humana y a la igualdad material de todas las personas.

Para concluir este punto, conviene notar que esta dimensión social del poder público europeo no desplaza la responsabilidad de atender las necesidades existenciales desde el individuo al Estado, pues cada ciudadano es el principal responsable de su propio sustento; por el contrario, supone la solidarización del deber asistencial cuando el sujeto no puede subvenir por sí mismo a sus necesidades, de manera que, llegado el caso de que precise asistencia social, no ha de mendigar la caridad de sus congéneres, sino que dispone de una red de servicios proveídos por el Estado²¹.

2. Los servicios sociales, el Estado social y los derechos sociales

Todo este discurso que venimos sustentando permite enlazar ahora con la cuestión general del Estado social, y con la más específica de los derechos sociales (su naturaleza y su configuración constitucional), que constituyen una de sus más evidentes manifestaciones.

La cláusula del Estado social, integrada en la forma de Estado que proclama el art. 1 de la Constitución española, se traduce en consecuencias muy variadas²². La que concretamente suscita nuestro interés es la proclamación de los principios rectores de la política social y económica que tiene lugar en el Capítulo III del Título I CE, esto es, en los arts. 39 a 52 CE, en los que se reconocen los denominados *derechos sociales* o de tercera

²¹ Enfatiza especialmente esta idea J. M. Rodríguez de Santiago: *La administración...*, op. cit., pp. 33 y ss.

²² Sobre el concepto de Estado social y sus consecuencias en el orden constitucional véanse especialmente M. García Pelayo: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1972; A. Garrarena Morales: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1992; L. Parejo Alfonso: *Estado social y Administración pública*, Civitas, Madrid, 1983; G. Cámara Villar y J. Cano Bueso (coords.): *Estudios sobre el Estado social*, Tecnos-Parlamento de Andalucía, Madrid, 1993; y F. Díez Moreno: *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2004.

generación²³. El reconocimiento constitucional de los servicios sociales tiene lugar especialmente en el art. 50 CE, al proclamar que los poderes públicos promoverán el bienestar de los ciudadanos mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio; aunque también se plasma en otros lugares constitucionales, y tanto en el marco de los principios rectores como en otras posiciones sistemáticas²⁴.

A pesar de su etiqueta formal como *derechos* sociales, materialmente ostentan la naturaleza de *principios*, lo cual no significa que carezcan de valor jurídico: así, la STC 19/1982 ya apuntó que la Constitución “impide considerar a tales principios como normas sin contenido y obliga a tenerlas presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes”. Más explícitamente, la STC 14/1992, FJ 11, aclara que estos preceptos, “al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los arts. 9 y 53 CE”. Esto hace caer a los principios rectores constitucionalizados dentro de la categoría de los principios, pero no en su concreta acepción de principios generales del derecho²⁵, sino concebidos como una categoría de *normas* que se identifica por contraposición a las reglas, en la célebre taxonomía de ALEX²⁶: para éste, los principios se caracterizan por el hecho de ser cumplidos en diferente grado, y la medida de sus posibilidades no sólo depende de las posi-

²³ Las aportaciones sobre la configuración, estructura y naturaleza de los derechos sociales son abundantísimas; véanse, por todos M. Terol Becerra (dir.): *Los derechos sociales en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; VV.AA.: *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; J. C. Gavara de Cara: *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, J. M. Bosch, Barcelona, 2010; V. Abramovich y C. Courtis: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002; J. L. Cascajo Castro: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, CEC, Madrid, 1988; B. González Moreno: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 1991; G. Pisarello: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007; J. R. Cossío Díaz: *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989; R. Arango: *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005; O. Rodríguez Olvera: *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Comares, Granada, 1998 y A. Garcés Sanagustín: *Prestaciones sociales, función administrativa y derechos de los ciudadanos*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

²⁴ Como atinadamente se ha dicho, “hay otros preceptos constitucionales que son constitución social y no están en el capítulo tercero del título primero; de la misma manera que debe afirmarse ya que hay preceptos que están en dicho capítulo y no son –a mi juicio– Constitución social”; cfr. J. M. Rodríguez de Santiago: *La administración...*, *op. cit.*, p. 29. En cualquier caso, el punto en examen ahora no es tanto el alcance material de los derechos sociales reconocidos (su enumeración), cuanto el adecuado encuadre de su naturaleza jurídica.

²⁵ Es preciso poner cuidadosamente de relieve esta diferente carga semántica con que se dota al término “principio” según la verdadera naturaleza de la figura, como previene M. Rebollo Puig: “Los principios generales del Derecho”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2010, pp. 1.539 y ss. La definición del principio general del Derecho luce claramente en la doctrina civilista: “Los principios generales del Derecho manifiestan su eficacia respecto al Derecho positivo como fuerza ordenadora de las disposiciones jurídicas, medio orientador de la interpretación y como inagotable fuente de consejo para resolver las cuestiones no previstas en la ley y la costumbre”; cfr. F. de Castro y Bravo: *Derecho civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949-1952, p. 427. Por el contrario, la acepción específica de “principio” en cuanto que clase o tipo de norma jurídica es la que se desarrolla arriba en el texto.

²⁶ Véase R. Alexy: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, pp. 86 y ss.

bilidades reales o materiales, sino también de las jurídicas, de tal manera que se configuran como mandatos de optimización, que deben ser cumplidos de manera gradual y en tanto que resulte posible; por el contrario, las reglas son proposiciones normativas acabadas y completas, que sólo pueden cumplirse o no, sin que resulte posible un cumplimiento progresivo o gradual de las mismas. Los principios jurídicos son, naturalmente, disposiciones con valor normativo; lo que sucede es que son funcionalmente distintos de las reglas jurídicas: estas últimas formulan enunciados que se dan o no se dan, en tanto que los principios se configuran técnicamente como orientaciones de actuación, que pueden llegar a cumplirse en mayor o menor grado; más adelante volveremos sobre esta idea.

En efecto, aunque dispongan de valor normativo y a pesar de su calificativo convencional de “derechos sociales”, tales preceptos no enuncian derechos propiamente dichos (en el sentido de derechos subjetivos), pues los derechos son ciertamente reglas: si el art. 18 CE reconoce el derecho al honor configurándolo como derecho subjetivo (regla), una determinada actuación vulnera o no vulnera el derecho, sin que pueda decirse que apenas lo vulnera un poco; en cambio, si el art. 47 CE proclama el derecho a una vivienda digna y adecuada como un principio (mandato de optimización), este derecho representa una directriz para la actuación de los poderes públicos, que habrán de hacerlo realidad progresivamente mediante actuaciones positivas orientadas a su plena satisfacción.

En razón de su configuración constitucional, los derechos sociales quedan remitidos a su reconocimiento específico mediante leyes que los desarrollen, tal y como se desprende del art. 53.3 CE, que sólo admite la alegación de tales derechos ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (en el mismo sentido, SSTC 19/1982 FJ 6; y 45/1989 FJ 4, entre otras), sin que resulten accionables por sí mismos, esto es, por su mera proclamación constitucional (STC 36/1991 FJ 5). En cualquier caso, las leyes que los desarrollen pueden ser tanto estatales como autonómicas (STC 64/1982 FJ 2).

Esta arquitectura constitucional de los derechos sociales les imprime una indudable debilidad, sobre todo de cara a su invocación ante la jurisprudencia, ya sea como límite de la actuación de los poderes públicos, ya como requerimiento de intervención ante una omisión. En efecto, los derechos sociales “no generan ni prerrogativas a favor de los particulares ni obligaciones directas para el Estado. Los derechos económicos y sociales no podrían ser exigidos ante los tribunales, en consecuencia, antes de su concreción en las leyes que los regulan”²⁷. El legislador goza de una gran capacidad moduladora, pudiendo modificar las prestaciones y hacerlas evolucionar continuamente en función de las circunstancias del momento (así, STC 65/1987). Y en cuanto a una eventual invalidez normativa por omisión, la STC 45/1985 alude a los principios rectores sosteniendo que es “improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por

²⁷ Cfr. S. Muñoz Machado: “La eficacia de los derechos”, en LÓPEZ MENUJO, F. (coord.): *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*, Iustel, Madrid, 2011, p. 334.

no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta”.

3. La proclamación de los derechos sociales en el Estatuto de Autonomía para Andalucía

Una vez analizada la naturaleza y eficacia del reconocimiento de los derechos sociales en la Constitución española, procede adentrarse en el estudio de esta misma cuestión en el concreto marco del Estatuto de Autonomía. Una de las principales novedades que presentó la última promoción de Estatutos (del bienio 2006/07) fue la incorporación de una carta de derechos sociales. Tanto por lo novedoso del caso, como por su complejidad jurídica, la bibliografía que ha tratado el asunto es brillantísima e inabarcable²⁸. Una vez consolidadas las diferentes posiciones mantenidas en este asunto, y dirimida la cuestión por el Tribunal Constitucional (SSTC 61/2007 FJ 7; 247/2007 FFJJ 3-17; y 31/2010 FFJJ 7, 16-18, 20, 26, 59 y 60), su examen ostenta un interés más moderado. En una aportación de las características que rodean al presente capítulo, es entonces forzoso limitarse a exponer una síntesis muy apretada del asunto, a pesar de la riqueza de matices que ofrece la literatura disponible y del indudable atractivo intelectual que presenta la cuestión.

²⁸ Los más destacados exponentes de estos esfuerzos son los trabajos de F. López Menudo: “Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía”, en MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. L.: *Derechos sociales y Estatutos de Autonomía. Denominaciones de origen. Nuevo Estatuto del PDI funcionario. Actas del IV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Lex Nova-AEPDA-ECLAP, Valladolid, 2009, pp. 13-111; las diferentes aportaciones contenidas en el vol. 1 de la obra coordinada por P. Cruz Villalón y M. Medina Guerrero: *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, op. cit., especialmente el trabajo de A. Rodríguez-Vergara Díaz: “Alcance e interpretación de los derechos y principios”, en pp. 234-266; F. Balaguer Callejón (dir.): *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008; M. A. Aparicio Pérez (dir.): *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, 2008; L. Díez-Picazo y Ponce de León: “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 78, 2006, pp. 63 y ss.; del mismo autor, “De nuevo sobre las declaraciones estatutarias: respuesta a Francisco Caamaño”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 81, 2007, pp. 63 y ss.; F. Caamaño Domínguez: “Sí, pueden (declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 79, 2007, pp. 33 y ss. T. de la Quadra-Salcedo Janini: “El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 5, 2008, accesible en <http://www.iustel.com> (última visita: 11/10/2012); J. Morcillo Moreno: “La devaluación de los derechos estatutarios y sus garantías”, *RAP*, nº 188, 2012, pp. 99-144; G. Cámara Villar: “Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (a propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85, 2009, pp. 259-298; M. A. Agudo Zamora: “Derechos sociales, deberes y políticas públicas”, en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (dirs.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Civitas-Thomson, Navarra, 2008, pp. 263-305; M. L. Balaguer Callejón: “Reformas estatutarias y reconocimiento de derechos”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 3, 2007, accesible en <http://www.iustel.com> (última visita: 11/10/2012); M. Carrillo López: “Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 80, 2007, pp. 49-73; y E. Sáenz Royo: “Derechos de prestación social...”, op. cit., pp. 25 y ss. A mayor abundamiento, puede consultarse la profusa bibliografía citada por todos ellos.

A) Efectos del reconocimiento de los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía

La inclusión de una carta o lista de derechos en los Estatutos de Autonomía desató una viva polémica entre partidarios y detractores (en términos jurídicos) de este tipo de contenidos. Sin espacio aquí para reflejar todo el debate, ni para analizar en detalle los hitos que fueron representando los pronunciamientos del Tribunal Constitucional anteriormente citados, conviene centrar la exposición en el último de los recaídos, y concretamente, en los FFJJ 16 y 17 de la STC 31/2010, que analiza la cuestión con ocasión del recurso de inconstitucionalidad presentado contra el Estatuto de Cataluña.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional considera que sólo son derechos fundamentales los que vinculan a todos los legisladores, tanto en el plano estatal como en el autonómico, y por tanto, únicamente adquieren tal condición los que se contienen en la Constitución española. Son derechos que no se reconocen en la Constitución por ser fundamentales, sino que son tales, justamente, por venir proclamados en la norma que es expresión de la voluntad constituyente. Los derechos estatutarios, por consiguiente, han de ser cosa distinta. El Tribunal considera que las características que ostentan estos derechos autonómicos son las siguientes:

1. Su fuerza vinculante se circunscribe a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma correspondiente.
2. Están estrictamente vinculados al ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma, por lo que sólo adquieren eficacia en conexión con dichas competencias. Este aspecto no plantea distorsión alguna para el objeto de nuestro interés, pues los servicios sociales están proclamados como competencia autonómica exclusiva en el art. 61 EAA, tal y como se verá en su lugar oportuno.
3. Bajo la denominación de “derecho” anidan en realidad categorías jurídicas diferentes, y hay que estar a su verdadera naturaleza, más allá de su puro *nomen*, para valorar su constitucionalidad y determinar sus efectos.
4. Los derechos estatutarios no son derechos subjetivos propiamente dichos, sino mandatos a los poderes públicos: operan técnicamente como pautas (prescriptivas o directivas, según los casos) para el ejercicio de las competencias autonómicas. Su naturaleza, por consiguiente, sería la de principio (entendido como mandato de optimización en el sentido de ALEXI y expuesto en el apartado anterior), ya estén expresamente denominados como “principios rectores”, ya estén enunciados literalmente como “derechos” que el legislador autonómico ha de hacer realidad y los demás poderes públicos autonómicos respetar.
5. Los derechos subjetivos pueden llegar a crearse, en su caso, por el legislador autonómico que actúe en ejercicio y cumplimiento de tales mandatos de optimización. Por tanto, las leyes autonómicas que desarrollen dichos mandatos sí pueden crear verdaderos

derechos subjetivos, pero el Estatuto de Autonomía no, debido a la peculiar naturaleza y funcionalidad que tiene la norma estatutaria en su condición de Ley Orgánica específica.

6. Cabe que todo ello produzca como resultado final un principio de diferenciación entre las Comunidades Autónomas, que no puede confundirse con la desigualdad o el privilegio proscritos por los arts. 138.2 y 139.1 CE, pues con tal diferenciación tan sólo se abunda en la diversidad inherente al Estado autonómico.

En definitiva, la jurisprudencia constitucional viene a igualar funcionalmente los derechos sociales estatutarios a los principios rectores constitucionales, *mutatis mutandis*, es decir, circunscribiendo su ámbito subjetivo a los poderes públicos autonómicos, su titularidad a los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, y su ámbito material al delimitado por las competencias autonómicas²⁹. Por consiguiente, cabe proyectar sobre tales derechos la dogmática de los principios rectores expuesta más atrás en el contexto del Estado social.

Al margen de cualquier análisis jurídico relativo a la eficacia de los derechos estatutarios, es preciso reconocer que ostentan, ante todo, un alto valor simbólico: el propósito subyacente en la promoción de Estatutos de Autonomía aprobados durante el bienio 2006/07 era potenciar la dimensión *quasi* constituyente del texto estatutario, para de este modo incrementar asimismo la posición que se atribuye al poder territorial estatuyente en el escenario político, y la incorporación a los Estatutos de una parte dogmática contribuye decisivamente a lograr este propósito³⁰.

B) Los derechos sociales reconocidos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía

El Título I del Estatuto de Autonomía para Andalucía ostenta la rúbrica “Derechos sociales, deberes y políticas públicas”. Además de una serie de preceptos generales que pretenden regular la dinámica de tales derechos (titulares, interpretación, etc.), en los arts. 15 a 35 EAA se relacionan y proclaman una serie de derechos cuya principal fuente de inspiración se ha situado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea³¹. Varios de ellos presentan conexión con las materias que abordo en este trabajo.

²⁹ En expresivas palabras de F. López Menudo: “Los derechos sociales...”, *op. cit.*, p. 90: “los principios rectores estatutarios, todos ellos, tienen no sólo el valor de normas jurídicas –quedan definitivamente relegadas las opiniones que los tachaban de pura retórica–, sino que vinculan al legislador autonómico (...), se encuentran frente a la Comunidad Autónoma respectiva en similar posición que los principios rectores constitucionales frente a todos los poderes públicos. Si esto es así habrán quedado trasplantadas al plano autonómico las mismas cuestiones que históricamente han planteado las relaciones entre las normas programáticas –configuradas como principios rectores por la CE– y la actividad pública para el desarrollo de éstos”.

³⁰ Es también la opinión de J. Morcillo Moreno: “La devaluación...”, *op. cit.*, pp. 107 y ss.

³¹ Así lo sostiene A. Rodríguez-Vergara Díaz: “Alcance e interpretación...”, *op. cit.*, p. 239.

El primero que se debe traer a colación es el art. 23.1 EAA, por cuanto que acoge una aproximación general a los servicios sociales, al establecer que “Se garantiza el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales”. El resto de preceptos dedicados al reconocimiento de los derechos sociales se dirige a colectivos específicos que plantean necesidades de asistencia social: la familia (art. 17 EAA³²), los menores (art. 18 EAA³³), las personas mayores (art. 19 EAA³⁴), y las personas con discapacidad o dependencia (art. 24 EAA³⁵). El art. 23.2 EAA, por otra parte, atiende la insuficiencia de recursos económicos reconociendo el derecho a percibir una renta básica³⁶. Es preciso insistir en la idea de que todas las proclamaciones contenidas en estos preceptos estatutarios son meros mandatos de optimización dirigidos a los poderes públicos autonómicos y no derechos subjetivos en sentido estricto, por lo que no puede afirmarse que las andaluzas y los andaluces hayan consolidado ninguna concreta prestación o servicio social de resultados de su proclamación en esta sede estatutaria. Por ejemplo, el art. 18.1 EAA establece que las personas menores de edad tienen *derecho* a recibir de los poderes públicos de Andalucía la protección y la atención integral necesarias para el desarrollo de su personalidad y para su bienestar en el ámbito familiar, escolar y social; pero, a pesar de su formulación nominal como derecho, es una mera directriz, de modo que sería teóricamente posible que se reduzcan al mínimo prestaciones en articulación efectiva de este derecho, quedando su materialización supeditada a la actividad ulterior de los poderes públicos autonómicos³⁷.

³² Redactado en los siguientes términos: “1. Se garantiza la protección social, jurídica y económica de la familia. La Ley regulará el acceso a las ayudas públicas para atender a las situaciones de las diversas modalidades de familia existentes según la legislación civil. 2. Todas las parejas no casadas tienen el derecho a inscribir en un registro público sus opciones de convivencia. En el ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma, las parejas no casadas inscritas en el registro gozarán de los mismos derechos que las parejas casadas”.

³³ Que dispone: “1. Las personas menores de edad tienen derecho a recibir de los poderes públicos de Andalucía la protección y la atención integral necesarias para el desarrollo de su personalidad y para su bienestar en el ámbito familiar, escolar y social, así como a percibir las prestaciones sociales que establezcan las leyes. 2. El beneficio de las personas menores de edad primará en la interpretación y aplicación de la legislación dirigida a éstos”.

³⁴ En cuya virtud: “Las personas mayores tienen derecho a recibir de los poderes públicos de Andalucía una protección y una atención integral para la promoción de su autonomía personal y del envejecimiento activo, que les permita una vida digna e independiente y su bienestar social e individual, así como a acceder a una atención gerontológica adecuada, en el ámbito sanitario, social y asistencial, y a percibir prestaciones en los términos que establezcan las leyes”.

³⁵ Que establece: “Las personas con discapacidad y las que estén en situación de dependencia tienen derecho a acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social”.

³⁶ Conforme a este precepto, “Todos tienen derecho a una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna y a recibirla, en caso de necesidad, de los poderes públicos con arreglo a lo dispuesto en la Ley”.

³⁷ En cualquier caso, toda esta categorización no contradice el estándar mínimo de prestación que podría articularse mediante la invocación de la prohibición del defecto de protección que expondré en el último apartado de este trabajo.

Debido a la profusa legislación de desarrollo de los derechos referenciados que ya existía en Andalucía con anterioridad a la aprobación del Estatuto de 2007, cabe decir que lo que estas disposiciones vienen a hacer es elevar el rango de su reconocimiento, esto es, su *categoría*³⁸, imprimiéndoles una mayor envergadura y visibilidad; dicho sea todo ello con plena conciencia de su posible reversibilidad, aspecto que no trataré ahora por dedicarle el último epígrafe de este capítulo.

Por lo demás, el régimen conferido a la tutela judicial de los derechos estatutarios confirma la naturaleza que les atribuye el Tribunal Constitucional, pues no disponen de un cauce procesal específico de garantía, quedando supeditadas las acciones procesales a las que se prevean en la legislación del Estado³⁹.

III. EL ÁMBITO COMPETENCIAL DE ANDALUCÍA EN MATERIA DE SERVICIOS SOCIALES

El reparto competencial establecido en la Constitución acerca de los servicios sociales bascula sobre dos esferas que presentan zonas secantes: una que determina las competencias estatales, y otra que traza el ámbito competencial autonómico. Por una parte, el art. 149.1.17 CE atribuye al Estado la competencia en materia de “Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”; por otra, el art. 148.1.20 CE admite que las CCAA asuman competencias en materia de “Asistencia social”. La concreción de este clausulado de reparto exige dos operaciones sucesivas. En primer lugar, es necesario determinar el alcance de la competencia estatal en materia de Seguridad Social, articulada conforme al esquema de reparto bases+desarrollo, que a su vez libera un espacio correlativo de competencia autonómica susceptible de apropiarse por la Comunidad Autónoma bajo el título de la asistencia social. En segundo término, es preciso conocer la acogida que tiene en el Estatuto de Autonomía la disponibilidad competencial reconocida en esa materia de asistencia social.

En orden a estructurar el análisis, la exposición subsiguiente diferencia además dos segmentos temporales: el que representa la primera fase de desarrollo estatutario (Estatuto de 1981 y la jurisprudencia constitucional asociada a esa época), y la ordenación resultante del Estatuto de 2007, cuyo texto, más prolijo, descompone el título competencial en varios haces, materias o contenidos funcionales diferenciados.

³⁸ Es expresión de B. Rodríguez Ruiz: “Prestaciones sociales”, en CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M. (dirs.): *Comentarios...*, op. cit., vol. 1, p. 404.

³⁹ Véase el art. 39 EAA. Esta sería, por otra parte, la única opción constitucionalmente admisible, si atendemos a la jurisprudencia recaída en las STC 31/2010 FJ 30, en el que se enjuicia la constitucionalidad del art. 38.2 EAC.

A) *El reparto competencial en materia de Seguridad Social y la competencia autonómica exclusiva sobre asistencia social*

Desde el comienzo de este capítulo ya quedamos emplazados a abordar esta cuestión, en la que se trata, en primer lugar, de conocer el reparto competencial en materia de Seguridad Social que, como se verá de inmediato, no presenta un interés meramente complementario o paralelo, sino que constituye el fundamento sobre el que construir seguidamente el reparto de competencias en materia de servicios sociales, pues ahí donde acaba el título estatal sobre Seguridad Social comienza el autonómico sobre asistencia social o servicios sociales.

La doctrina mayoritaria entiende que la competencia inicialmente atribuida al Estado en el art. 149.1.17 CE se refiere al sistema conformado por la Ley General de la Seguridad Social, lo que supone entregar al Estado la llave del reparto competencial, pues la extensión del título dependerá del uso que se haga por el legislador estatal⁴⁰. Se aprecian diferentes esfuerzos, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en la doctrina académica, por aislar un criterio material con el que dirimir los conflictos competenciales y poder determinar claramente si una determinada medida recae bajo el prisma constitucional en el ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social o en el de la asistencia o protección social. En un primer momento, se diría que el criterio determinante era el carácter contributivo de las prestaciones de la Seguridad Social, posición que se refleja en los primeros pronunciamientos que analizan la cuestión, como las SSTC 103/1983 FJ 4, 76/1986 FJ 6, 239/2002 FJ 3 y respaldan muchos autores⁴¹.

Por el contrario PEMÁN entiende que el concepto de Seguridad Social tiene un carácter expansivo que deriva de dos circunstancias: la primera, de la dinámica histórica que representa la progresiva expansión de su esfera de actuación; la segunda, el art. 41 CE, en el que se obliga al mantenimiento de “un régimen público de Seguridad social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, específicamente en caso de desempleo”; a decir del autor, “A la vista del contenido de este precepto, que incorpora una concepción de la Seguridad social desvinculada del principio contributivo y de tendencia universalista y dotada de gran elasticidad para cubrir las «situaciones de necesidad» que puedan presentarse a los ciudadanos, no es posible dejar de reconocer al Estado un gran margen de maniobra (...). Lo cual comporta, obviamente, la posibilidad de que la Seguridad Social se extienda hacia ámbitos tradicio-

⁴⁰ Véase especialmente M. Vaquer Caballería: *La asistencia social...*, op. cit., p. 95, y la abundante bibliografía que cita. El autor reprocha que, con este criterio, se conceda a la LGSS la condición de norma integradora del bloque de la constitucionalidad (opinión que no se aprecia en el resto de la doctrina, que encuadra la flexibilidad del ámbito competencial del Estado en la dinámica propia del esquema bases+desarrollo), y para limitar la amplitud de este título le confiere un carácter estrictamente organizativo, despojándole de la vertiente puramente asistencial.

⁴¹ Es también el criterio mayoritario de la doctrina, al menos en su interpretación de la voluntad del constituyente; así, J. L. Beltrán Aguirre: *El régimen...*, op. loc. cit.; M. Vaquer Caballería: *La asistencia social...*, op. cit., p. 99; E. Sáenz Royo: “Derechos de protección social...”, op. cit., pp. 32 y ss.; B. Rodríguez Ruiz: Comentario al artículo 61, op. cit., p. 1.028.

nalmente ocupados por la asistencia social, con un efecto reductor del espacio potencial de ésta⁴². Sin embargo, la jurisprudencia constitucional rechaza que el art. 41 CE pueda ser interpretado como título competencial, y puntualiza que el mandato de optimización que contiene dicho artículo se proyecta realmente sobre todos los poderes públicos⁴³. No obstante, esta posición supone reconocer implícitamente que *también* el Estado puede incidir en esa materia, conduciendo con ello al solapamiento de los títulos competenciales; algunos hitos normativos corroboran contundentemente esta afirmación⁴⁴.

En efecto, el solapamiento (al menos, aparente) entre los títulos competenciales de Seguridad social y asistencia social derivado de estas posiciones vino a ser específicamente reconocido por el Tribunal Constitucional algo después, en su Sentencia 239/2002, relativa a un recurso presentado por el Estado frente al Decreto de la Junta de Andalucía 284/1998, que tenía por finalidad el establecimiento de ayudas económicas complementarias a las pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas a favor de los titulares de dichas pensiones que tuvieran su residencia habitual en Andalucía. En su FJ 3 se afirma:

“La Seguridad Social se configura como una «función de Estado» para atender situaciones de necesidad que pueden ir más allá de la cobertura contributiva de la que el propio sistema partía (...). De nuestra doctrina se desprende, por consiguiente, una triple apreciación. En primer lugar, que la noción de nuestro Derecho positivo en el momento de aprobarse la Constitución acerca del régimen de Seguridad Social se sustentaba en la cobertura de riesgos de carácter contributivo, no incluyendo en su ámbito la atención a otras situaciones de necesidad. En segundo lugar, que el sistema de Seguridad Social, al configurarse como una función de Estado, permite incluir en su ámbito no sólo a las prestaciones de carácter contributivo, sino también a las no contributivas. Y en tercer lugar, que el art. 41 CE hace un llamamiento a todos los poderes públicos para que subvengan a paliar estas situaciones de necesidad, lo que ha de ser realizado por dichos poderes públicos en el ámbito de sus respectivas competencias”.

⁴² Cfr. J. Pemán Gavín: “Sobre el concepto...”, *op. cit.*, p. 250. Lo habitual en la doctrina no es inferir esa interpretación del propio texto constitucional, si bien se admite generalizada y pacíficamente que la jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional conduce al mismo resultado.

⁴³ La STC 206/1997 FJ 5 puntualiza que el art. 41 CE debe interpretarse en el sentido de que “establece el deber de los poderes públicos de mantener una determinada estructura protectora de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad y marca las líneas que han de orientar el desarrollo evolutivo de aquélla” pero “no es un precepto apto para atribuir competencias ni para decantarse en favor de unos u otros centros de decisión entre cuantos integran el modelo de articulación del Estado diseñado en el Título VIII de la Constitución. Es por ello un precepto neutro, que impone los compromisos a que se han hecho referencia a los ‘poderes públicos’, sin prejuzgar cuáles pueden ser éstos”.

⁴⁴ Por ejemplo, el Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, en el que se establecen pensiones asistenciales; o la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, que supuso un torpedeo en la línea de flotación de la tesis del carácter contributivo de las prestaciones de la Seguridad Social.

Sin embargo, se ha dicho expresivamente que la opción constituyente fue descentralizar la asistencia social⁴⁵, lo que se tradujo en la atribución de esta competencia con carácter exclusivo por todos los estatutos de autonomía, aunque con diferentes locuciones. Al asumir la competencia en materia de asistencia social, lo que se pretende es el desarrollo de un “mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de la Seguridad Social” (STC 76/1986 FJ 6), lo que manifiesta una visión de la asistencia y los servicios sociales como prestaciones residuales que suplan las carencias del sistema de la Seguridad Social, por lo que habrían de ser meramente marginales. Sin embargo, concibiéndose la asistencia social como una protección social orientada a las personas pobres y con dificultades de integración, el universo de beneficiarios se expandió exponencialmente cuando las sociedades modernas comenzaron a afrontar con mayor profundidad los problemas específicos de diferentes colectivos, debido a un progresivo incremento de la complejidad social y a la consiguiente proliferación de sectores poblacionales en riesgo de exclusión, a lo que se le suma una mayor concienciación social acerca de las necesidades específicas de tales colectivos de personas.

Esto ha determinado que, finalmente, la materia “asistencia social” se configure como una materia amplia, cuyo contorno se trata, en primer lugar, por contraposición a la Seguridad Social, no porque sea *residual* respecto de ésta, sino *complementaria* a la misma, si bien adquiere una gran extensión; es decir, que la jurisprudencia constitucional no ha logrado definir positivamente la noción de asistencia social, debiendo hacerlo por eliminación o exclusión, y configurando sus contenidos con unos contornos borrosos o difusos⁴⁶. Así se desprende de la STC 76/1986, FJ 6, que afirma: “La noción de asistencia social no está precisada en el Texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente. De la legislación vigente se deduce la existencia de una asistencia social externa al sistema de Seguridad Social, y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el art. 148.1.20 de la CE y, por tanto, competencia posible de las Comunidades Autónomas, y que en concreto el País Vasco ha asumido en virtud del art. 10.12 de su Estatuto. Esta asistencia social aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social. En el momento actual –con independencia de que la evolución del sistema de Se-

⁴⁵ Véase E. Sáenz Royo: “Derechos de protección social...”, *op. cit.*, p. 30. En la misma idea, B. Rodríguez Ruiz: Comentario al art. 61, *op. cit.*, p. 1.013.

⁴⁶ Es opinión generalizada en la doctrina: así, J. Pemán Gavín: “Sobre el concepto...”, *op. cit.*, pp. 253 y ss.; M. Vaquer Caballería: *La asistencia social*, *op. cit.*, pp. 101 y ss.; M. C. Ortiz de Tena: “Competencias sobre servicios sociales...”, *op. cit.*, pp. 595 y ss.; B. Rodríguez Ruiz: Comentario al art. 61, *op. cit.*, pp. 1.018 y ss.; L. López Cumbre: “La difícil delimitación competencial en materia de protección social”, en la obra coordinada por ella misma: *Protección social y Comunidades Autónomas*, Ediciones Cinca-Universidad de Cantabria, Madrid, 2012, p. 39.

guridad Social pueda ir en la misma dirección—, es característica de la asistencia social su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios. Las leyes examinadas responden a esta idea al otorgar prestaciones, con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma, a un grupo de personas no incluidas en el régimen de la Seguridad Social, a quienes se dispensa la protección que establecen por estimar el legislador vasco que concurren en ellas circunstancias que les hacen acreedores de la misma. No se trata, por tanto, de ampliar o completar el campo de aplicación de la Seguridad Social; sino de contemplar la situación de un colectivo de personas, cualificado por unas circunstancias concretas, determinadas e irrepetibles”.

Se comprende, por tanto, la vasta amplitud que adquiere la competencia autonómica, al menos por lo que se refiere a las dimensiones de los colectivos potencialmente integrados en el título competencial, y a la versatilidad de las medidas que se pueden adoptar en relación con los mismos: tanto prestaciones o ayudas económicas como servicios de carácter asistencial.

Conviene en este punto seguir perfilando la eventual incidencia estatal en este título competencial autonómico. En los primeros años de aplicación del texto constitucional, durante los que se desplegó el Estado autonómico, se asentó la práctica estatal de dictar disposiciones y adoptar medidas que vinieran a suplir la inactividad de que inicialmente adolecían las CCAA en la materia⁴⁷. Una vez que la iniciativa autonómica va adquiriendo intensidad y protagonismo, se plantea el problema de determinar si el Estado puede seguir interviniendo en esta materia. No cabe aceptar que lo haga con fundamento en el principio de supletoriedad del Derecho estatal proclamado en el art. 149.3 CE, por cuanto que no constituye un título competencial sustantivo, sino una cláusula residual que no permite al Estado suplir carencias normativas autonómicas (SSTC 118/1996 FJ 5-6; y 61/1997, FJ 7-8). Pero la jurisprudencia constitucional sí viene admitiendo actualmente la consideración del art. 149.1.1 CE como título competencial sustantivo y autónomo⁴⁸, habiendo sido invocado como único fundamento constitucional para dictar disposiciones en materia de servicios sociales, como muestra el significativo caso de la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

Acudiendo a la habilitación competencial que le confiere el art. 149.1.1 CE, actualmente parece pacífico que el Estado pueda intervenir en materia de servicios sociales, a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos de competencia autonómica exclusiva en los que se ha cerrado plenamente el paso a su actuación por la inexistencia de títulos competenciales conexos. Y este orden de cosas ha venido decisivamente forjado por la jurisprudencia constitucional, que ya en la STC 146/1986 FJ 5 sostuvo lo siguiente:

⁴⁷ Por ejemplo, la Ley 13/1982, de Integración Social de Minusválidos; o el Real Decreto Ley 9/1993, por el que se conceden ayudas a los afectados por el VIH como consecuencia de actuaciones realizadas en el sistema sanitario público.

⁴⁸ A diferencia de lo que se apreciaba en una primera fase de la jurisprudencia constitucional, que exigía la invocación del art. 149.1.1 CE de manera conjunta y asociada con otro título competencial específico.

“En una materia compleja, como la acción y protección social, tan central además en un Estado Social (a la vista de los principios rectores de política social incluidos en el Capítulo tercero del Título I de la Constitución), las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuación en el campo de lo social, ni de otros entes públicos tal como sucede en particular con los entes locales, ni por parte de entidades privadas, que gozan además al respecto de una esfera específica de libertad que consagra el inciso final del art. 41 de la Constitución, ni tampoco por parte del Estado, respecto de aquellos problemas específicos que requieran para su adecuado estudio y tratamiento un ámbito más amplio que el de la Comunidad Autónoma y que presupongan en su concepción, e incluso en su gestión, un ámbito supracomunitario, que puede corresponder al Estado.

Se trata así de la existencia de problemas y de tratamiento de problemas que exceden del ámbito de la Comunidad Autónoma, en cuanto se trate de políticas de asistencia social, que sólo tengan sentido en cuanto referidas al país en su conjunto. Respecto a estas políticas, el Estado no puede permanecer ajeno, y la propia Junta de Galicia lo reconoce al impugnar sólo parcialmente las Resoluciones que están en la base del presente conflicto. Pero a su vez, este reconocimiento de la existencia de una problemática social que requiera un tratamiento global, no tiene por qué llevar a negar la competencia de la Comunidad Autónoma para gestionarla dentro de su territorio.

Se puede llegar así a unas primeras conclusiones: Las materias incluidas en las Resoluciones objeto de este conflicto, «grosso modo» y sin entrar en este momento en análisis de detalle, deben ser incluidas dentro del campo de la Asistencia Social; la «Asistencia Social» es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma gallega. No obstante, el Estado, en la medida que existan problemas sociales peculiares que requieran y exijan un planteamiento global, puede intervenir al respecto, también mediante medidas de fomento, pero respetando las competencias propias de la Comunidad Autónoma.

Ello quiere decir que, una vez detectado un particular problema social que requiera intervenciones de Asistencia Social a nivel supracomunitario, el Estado podría intervenir, pero, debería tratar de respetar para ello, en lo posible, las competencias de las Comunidades afectadas, cuya participación, además, convendría tener en cuenta para precisar los términos en que ha de realizarse tal actividad (y existen instrumentos adecuados para conseguir una actividad cooperativa en la materia), aunque ello no pueda exigirse, sin embargo, en todos los casos”.

En esta línea no puede llamar la atención la creación en 1988 de un Ministerio de Asuntos Sociales, que se ha mantenido desde entonces a lo largo de todas las legislaturas, si bien cambiando su denominación y adscripción departamental: actualmente se trata del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad⁴⁹. Es sintomático del orden de cosas

⁴⁹ Conforme al art. 13 del Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad dispone

actual que una materia de competencia autonómica exclusiva, como es el caso de los servicios sociales, constituya nada menos que una de las principales áreas de actividad de un Ministerio del Gobierno de España.

Esta situación determina, de hecho, que la materia “asistencia social”, más allá de la etiqueta formal que recibe en los Estatutos de Autonomía como competencia exclusiva, en su articulación material se configura realmente como competencia concurrente, en la que se aprecia una complementariedad entre las intervenciones estatales y autonómicas⁵⁰, que ha llegado a calificarse como una “desnaturalización” de la competencia autonómica sobre servicios sociales⁵¹.

de una Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad. Sus funciones, que aparecen desglosadas en el art. 2 del Real Decreto 200/2012, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio, le atribuye las siguientes funciones, que evidencian la invasión de la esfera competencial autonómica:

“1. La Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad es el órgano superior al que corresponde desempeñar, bajo la autoridad de la persona titular del Ministerio, además de las competencias que le encomienda el artículo 14 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, las funciones en materia de cohesión e inclusión social, familia, infancia y atención a las personas dependientes o con discapacidad, así como proponer y desarrollar las políticas del Gobierno en materia de igualdad, de prevención y eliminación de toda clase de discriminación de las personas por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o ideología, orientación o identidad sexual, edad, discapacidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, y de erradicación de las distintas formas de violencia de género.

Asimismo, le corresponde la propuesta, elaboración y desarrollo de las normas, actuaciones y medidas dirigidas tanto a asegurar la igualdad de trato y de oportunidades, especialmente entre mujeres y hombres, y el fomento de la participación social, política y económica de las mujeres, como el desarrollo de las competencias del Departamento en materia de drogodependencias.

2. En el ámbito de servicios sociales, en particular, le corresponden las siguientes funciones:

- a) La articulación de la participación de la Administración General del Estado en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en los términos previstos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.
- b) La promoción de los servicios sociales y el fomento de la cooperación con las organizaciones no gubernamentales e impulso del voluntariado social, en el ámbito de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado.
- c) La protección y promoción de las familias y la infancia y la prevención de las situaciones de necesidad en que estos colectivos pudieran incurrir, en el ámbito de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado.
- d) La atención y apoyo a las personas con discapacidad, en el ámbito de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado.
- e) El ejercicio de la tutela del Estado sobre las entidades asistenciales ajenas a la Administración, sin perjuicio de las funciones de la Subsecretaría sobre el protectorado de las fundaciones.
- f) La promoción de las políticas de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal en el ámbito de sus competencias.
- g) El impulso de las políticas de reducción de la demanda del consumo de drogas y de los programas de prevención, tratamiento, rehabilitación y reducción de daños en materia de drogodependencias.
- h) La supervisión de los sistemas de control de los programas internacionales en materia de juventud”.

⁵⁰ Así lo sostiene J. Pemán Gavín: “Sobre el concepto...”, *op. cit.*, pp. 252 y ss.

⁵¹ Es la expresión de E. Guillén López: “Servicios sociales...”, *op. cit.*, p. 666.

Todas estas posiciones, ahora ya consolidadas, plantean un dilema irresoluble desde el punto de vista conceptual, puesto que determinan la imposibilidad de distinguir con criterios materiales dónde acaba la Seguridad Social y dónde empieza la asistencia social, debido, sobre todo, al hecho de que el reparto en materia de Seguridad Social se asienta sobre el esquema bases+desarrollo. Si existe una zona de penumbra entre lo que sea Seguridad Social y lo que caiga ya en el plano de la asistencia social, eso significa, por una parte, que resulta difícil segmentar el tramo estatal de la competencia en materia de Seguridad Social respecto del tramo autonómico, pues la competencia de desarrollo que corresponde a la Comunidad Autónoma incorpora de suyo también la legislación (complementaria) y la ejecución. Pero, si al mismo tiempo, la esfera competencial que pertenece a la asistencia social carece de criterios materiales de diferenciación respecto de la relativa a la Seguridad Social, el resultado final es desastroso, pues impide trazar una línea de reserva competencial a favor de la Comunidad Autónoma, quedando la amplitud de su título competencial enteramente supeditada al ejercicio que haga el Estado de su competencia en materia de Seguridad Social.

La jurisprudencia constitucional sólo cobraría sentido i) Si se entiende que la asistencia social no constituye propiamente un título competencial independiente, sino vinculado a la Seguridad Social, en el que juega el esquema de reparto bases+desarrollo; o bien ii) Si se entiende que en realidad no existe una competencia autonómica de desarrollo en relación con la Seguridad Social, pues las intervenciones realizadas en ese ámbito caerían ya en el título de la asistencia social; el Estatuto de Autonomía de 2007 parece alinearse tácitamente con esta posición⁵². A mi juicio, cualquiera de estas aproximaciones al tratamiento de los respectivos títulos competenciales vacía de contenido el art. 148.1.20 CE, pues convierte en pura retórica la proclamación de la competencia autonómica como exclusiva en los Estatutos de Autonomía, y por tanto, desnaturaliza no sólo el orden constitucional de competencias, sino la propia esencia de las cosas, pues parece obvio que Seguridad Social y asistencia o protección social son conceptos perfectamente autónomos que merecen ver reconocido su respectivo espacio, por más que exista una evidente proximidad o vinculación entre ellos.

Por el contrario, el trazado del reparto competencial sería perfectamente coherente con la economía del texto constitucional siempre que se entienda que existen cuatro títulos competenciales distintos que interactúan en esta materia. Dos son estatales, y de carácter básico: el relativo a la Seguridad Social (art. 149.1.17^a CE), y el que promueve garantizar la igualdad en el disfrute de los derechos (art. 149.1.1^a CE). En tanto que los otros dos son autonómi-

⁵² El art. 63.3 EAA dispone: "En materia de Seguridad Social, corresponden a la Comunidad Autónoma las competencias ejecutivas que se determinen en aplicación de la legislación estatal, incluida la gestión de su régimen económico, con pleno respeto al principio de unidad de caja". En la versión anterior del Estatuto se atribuía a la Comunidad Autónoma también la competencia de desarrollo normativo, que ahora desaparece, circunstancia que sorprende a E. Sáenz Royo: "derechos sociales...", *op. cit.*

cos: el desarrollo normativo y la ejecución en materia de Seguridad Social⁵³ (art. 149.1.17ª CE), y el correspondiente a la asistencia social (art. 148.1.20ª CE). Siempre que se conceda a cada uno de estos títulos el espacio que le corresponde de acuerdo con su naturaleza, obtenemos un esquema coherente de reparto, aunque sean inevitables las zonas de penumbra y solapamiento propias de todos los campos en que confluyen competencias concurrentes.

En el actual orden de cosas cabe hablar de competencias *indistintas* (tanto el Estado como las CCAA intervienen en materia de servicios sociales, como sucede igualmente en materia de cultura), mejor que de competencias *concurrentes*. Este resultado obedece, a mi juicio, a dos motivos. El primero es que las políticas sociales tienen un gran atractivo político, presentan el lado más humano de las intervenciones públicas, y por tanto intervenir en ellas constituye una tentación irresistible que puede ofrecer indudables satisfacciones (y también réditos electorales). Por otra parte, las necesidades de recursos que aplicar a los servicios sociales son tantas, que sería bastante insensato para las CCAA oponerse a la actuación del Estado en esta materia, pues toda aportación económica que haga para sustentar prestaciones o servicios supone también correlativamente una descarga de las actuaciones complementarias que se esperan de las CCAA. Por otra parte, la sociedad no entendería que las CCAA plantearan batalla para suprimir intervenciones del Estado en estas materias, precisamente por tratarse de temas tan sensibles. La aprobación de la Ley de Dependencia es un buen ejemplo de todo ello: nadie se opuso a que se promoviera su aprobación por parte del Estado (se trata, por otra parte, de un texto que fácilmente encaja en el título competencial del art. 149.1.1ª CE), y nadie se opone a que el Estado contribuya económicamente al pago de las prestaciones, sino más bien al contrario: con ocasión de los recortes en las aportaciones estatales al sistema de dependencia se han elevado críticas.

B) El desglose competencial en los arts. 61 y 84 del Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007

Como recapitulación de lo antedicho, cabe afirmar que el Estado asume una competencia bastante flexible (por sus potencialidades de ampliación) para determinar el régimen básico de la Seguridad Social, en tanto que las CCAA disponen de una competencia en materia de asistencia o servicios sociales que, a pesar de su indudable amplitud y de su calificativo formal como competencia exclusiva, juega funcionalmente como una competencia concurrente, en la que además la intervención del Estado es susceptible de desplazar a la autonómica. Veamos ahora de qué manera ha traducido este orden de cosas el Estatuto de 2007.

⁵³ En este sentido, aunque en una dirección completamente opuesta a lo expuesto hasta ahora, conviene precisar, por otra parte, que las CCAA pueden establecer requisitos de carácter material más estrictos para el disfrute de prestaciones sociales reconocidas en el marco de la Seguridad Social, modulando hasta cierto punto el alcance de las normas básicas del Estado (por ejemplo, articulando un control más estricto en la prescripción de medicamentos), en la medida en que no suponga una eliminación del derecho a la prestación, sino un requisito de configuración del mismo, que resulta admisible en el marco de la distribución de competencias (STC 98/2004 FJ 7-9).

Los servicios sociales son asumidos por la Comunidad Autónoma de Andalucía como competencia exclusiva en el art. 61 EAA⁵⁴. El primer y más evidente cambio que opera el Estatuto de 2007 respecto del anterior es la amplitud con la que aborda el tratamiento del reparto competencial en materia de servicios sociales. Esta mayor densidad normativa es compartida por todos los títulos competenciales desgranados en el Estatuto, y se explica por la evolución experimentada a lo largo de los años en la concreción del reparto competencial. Desde el texto de 1981, diversas leyes estatales y autonómicas, y la conflictividad constitucional asociada a las mismas, han ido aquilatando el respectivo ámbito competencial, y la aprobación del Estatuto de 2007 es ocasión propicia para reflejar en el texto con mayor nitidez esa delimitación competencial.

Otro cambio visible a primera vista es la ordenación sistemática de las materias competenciales. El desglose que el Estatuto de 1981 hacía entre los apartados 22 y 23 del art. 13, se reestructura ahora asignando a este título competencial un artículo específico, el 61 EAA, que tiene como rúbrica “Servicios sociales, voluntariado, menores y familias”. Esta mejora sistemática confiere mayor empaque a los títulos competenciales (a todos ellos, no sólo el que examinamos), y los pone en valor, al individualizar y pormenorizar su tratamiento estatutario. Pero en el caso del art. 61 EAA, aglutina realmente materias diversas, pues como sostiene BARRERO, en el marco del art. 61 EAA, el concepto o título competencial más genérico es el de asistencia social (no explicitado en el texto, y que sin embargo sí aparecía en la versión de 1981), que tiene por objeto la protección de situaciones de necesidad sentidas por grupos de población a los que no alcanza el Sistema de Seguridad Social, y del que se desgajan el voluntariado y la tutela de menores y de las familias⁵⁵.

Por mi parte, entiendo que el voluntariado presenta unos rasgos específicos que lo distinguen de los servicios sociales, pues constituye en realidad un modo de ofrecer una colaboración personal desinteresada que puede orientarse a fines muy diversos: entre ellos

⁵⁴ Sobre este precepto estatutario véanse B. Rodríguez Ruiz: Comentario al art. 61, en CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M. (dirs.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2012, vol. 2, pp. 1.007 y ss.; M. C. Ortiz de Tena: “Competencias sobre servicios sociales, voluntariado, menores y familia”, en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M.: *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Civitas-Thomson-Reuter, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 591 y ss.; F. Montes Worboys: Comentario al art. 61, en ORTIZ SÁNCHEZ, M. y CARRASCO LÓPEZ, I. (coords.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, 2ª ed., Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2012, pp. 377 y ss.; E. Guillén López: “Servicios sociales...”, *op. cit.*, pp. 655 y ss.; y A. Barrero Ortega: “Competencias en educación, ciencia, cultura y deportes, política social y medios de comunicación”, en TEROL BECERRA, M. J. (coord.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 254 y ss.

⁵⁵ Véase A. Barrero Ortega: “Competencias en educación...”, *op. cit.*, p. 255. Por su parte, A. De Palma del Teso: “Los servicios sociales...”, *op. cit.*, p. 157, en relación con el tratamiento que de esta cuestión se hace en el art. 166 del Estatuto de Autonomía para Cataluña, cuyo texto es homólogo al del Estatuto andaluz, sostiene que en realidad se regulan en un mismo precepto materias distintas, aunque guarden estrecha vinculación entre ellas. Estima, por ejemplo, que la protección de menores o la promoción de las familias y de la infancia se encuentran enmarcadas en la materia servicios sociales, presentando mayor lejanía la relativa al voluntariado, a pesar de su vinculación.

destacan, naturalmente, los relativos a servicios sociales, pero también se manifiestan en otros ámbitos, como el voluntariado deportivo, las emergencias, la protección civil o la protección de los consumidores, que se presentan muy distantes de los servicios sociales propiamente dichos⁵⁶. Por ello, sin discutir la opción sistemática del legislador estatutario de integrar al voluntariado en el mismo artículo que los servicios sociales (seguramente, por su mayor proximidad respecto a otros títulos competenciales), se comprenderá que evitemos extendernos aquí en la consideración de esta materia. De otro lado, los apartados 3º y 4º del art. 61 EAA constituyen la temática específica de otros capítulos de esta obra, por lo que es inoportuno entrar ahora en su estudio pormenorizado.

Por tanto, centrando el análisis en el apartado 1º del art. 61 EAA⁵⁷, se atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, que en todo caso incluye:

- a) La regulación, ordenación y gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección pública.
- b) La regulación y la aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social.

⁵⁶ En este sentido, el art. 5 de la Ley 2/2001, de 12 de julio, del Voluntariado de Andalucía, designa las siguientes áreas de actuación del voluntariado “servicios sociales y sanitarios; defensa de los derechos humanos, superación de la exclusión social, superación de la discriminación social por discapacidad, la desigualdad por motivo de género, el racismo, la xenofobia, y la homofobia, áreas de necesidad social; la protección, información y formación de los consumidores y usuarios; orientación sexual; medio ambiente; consumo; educación, ciencia, cultura, deporte, ocio y tiempo libre; patrimonio histórico; emergencias y protección civil; integración de la población inmigrante; cooperación, solidaridad internacional y educación por la paz, y cualquier otra área de necesidad o interés general de naturaleza y fines análogos a las actuaciones voluntarias enumeradas anteriormente y que se ajusten a lo dispuesto en esta Ley”.

⁵⁷ El texto original fue claramente mejorado durante la tramitación en el Parlamento de Andalucía, de donde ya salió con la redacción finalmente aprobada. La versión inicial se contenía en el art. 57 de la Proposición de Reforma del Estatuto, y su texto era el siguiente:

“1. Corresponde a la Comunidad autónoma la competencia exclusiva sobre:

- 1) Creación, organización y gestión de una red pública de servicios sociales, en la que se pueden integrar los recursos provenientes de la Administración central del Estado que se determinen.
 - 2) Orientación y planificación familiar.
 - 3) Voluntariado.
 - 4) Instituciones públicas de protección y tutela de menores, jóvenes, mayores, personas con discapacidad, dependientes y otros grupos o sectores necesitados de protección especial, incluida la creación de centros de ayuda, inserción y rehabilitación.
2. Corresponde también a la Comunidad Autónoma la regulación y ordenación de los servicios sociales públicos y privados, así como la determinación de prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección públicos.
3. La Comunidad Autónoma asume competencias de ejecución en materia penitenciaria”.

Sobre los pormenores de la reforma del Estatuto de Autonomía, véase S. Fernández Ramos: *El proceso de renovación del Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.

c) Las instituciones públicas de protección y tutela de personas necesitadas de protección especial, incluida la creación de centros de ayuda, reinserción y rehabilitación.

En lo que se refiere a la competencia consignada en la letra a), poco más cabe añadir a cuanto ya hemos expuesto acerca del reparto constitucional de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma acerca de las prestaciones de la Seguridad Social y los servicios sociales.

Y en lo que respecta a las otras dos materias competenciales, se hacen eco de las dimensiones colectivas de las competencias autonómicas en materia asistencial⁵⁸, en dos vertientes diferentes: los colectivos, situaciones o grupos de personas requeridos de protección social, y los instrumentos para abordarla (instituciones públicas, incluidos centros de ayuda, inserción y rehabilitación).

Por otra parte, no cabe desconocer el importante papel que corresponde a las entidades locales en relación con los planes, programas y centros de prestación de servicios sociales, en el marco establecido por la LRBRL⁵⁹ y por el propio Estatuto de Autonomía⁶⁰. El art. 9.3 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, articula esta previsión otorgando a los municipios competencias en las siguientes materias:

3. Gestión de los servicios sociales comunitarios, conforme al Plan y Mapa Regional de Servicios Sociales de Andalucía, que incluye:

- a) Gestión de las prestaciones técnicas y económicas de los servicios sociales comunitarios.
- b) Gestión del equipamiento básico de los servicios sociales comunitarios.
- c) Promoción de actividades de voluntariado social para la atención a los distintos colectivos, dentro de su ámbito territorial.

Para concluir, conviene completar el análisis expuesto con una somera mención al art. 84 EAA, que dispone⁶¹:

⁵⁸ Como explica B. Rodríguez Ruiz: "Servicios sociales...", *op. cit.*, p. 1.019.

⁵⁹ Los arts. 8, 27 y 37 de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, las corporaciones locales pueden asumir la ejecución, gestión y coordinación de estos planes, programas y centros siempre que así lo prevea la legislación autonómica.

⁶⁰ El art. 92.2 c) EAA atribuye a los municipios competencias en materia de servicios sociales comunitarios, en los términos que determinen las leyes.

⁶¹ Sobre este precepto pueden verse J. Morcillo Moreno: "Organización de servicios básicos de la Comunidad Autónoma", en BALAGUER CALLEJÓN, F. (dir.): *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, pp. 887-897; R. Naranjo de la Cruz: "Competencias en los ámbitos del gobierno y de la Administración", en TEROL BECERRA, M. (dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 239-275; y E. Gamero Casado: "Organización de los ser-

Artículo 84. *Organización de servicios básicos.*

1. La Comunidad Autónoma podrá organizar y administrar todos los servicios relacionados con educación, sanidad y servicios sociales y ejercerá la tutela de las instituciones y entidades en estas materias, sin perjuicio de la alta inspección del Estado, conducente al cumplimiento de las funciones y competencias contenidas en este artículo.
2. La Comunidad Autónoma de Andalucía ajustará el ejercicio de las competencias que asuma en las materias expresadas en el apartado anterior a criterios de participación democrática de todos los interesados, así como de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales en los términos que la ley establezca.

Más que un título competencial autónomo, este precepto determina el modo en que la Comunidad autónoma organizará los servicios relacionados en el precepto, lo que constituye una competencia de autoorganización que viene asociada al título material correspondiente, en este caso, el relativo a los servicios sociales. Su finalidad es preservar al Estado las competencias en relación con la alta inspección de estos servicios, toda vez que la Comunidad Autónoma, en virtud de su poder de autoorganización, ostenta competencia para la organización de todos los servicios (arts. 46 y 47 EAA), y la omisión de esta reserva bloquearía el ejercicio de las funciones inspectoras. De esta manera, la alta inspección por parte del Estado de los servicios de la Comunidad Autónoma adquiere legitimidad y fundamento en una disposición integrada en el bloque de la constitucionalidad, y se erige en un título estatal delimitador de la competencia autonómica (STC 247/2007, FJ 9º; y STC 6/1982, FJ 2º, en conexión con la STC 95/1984, FJ 7º)⁶². El patrón de referencia para el ejercicio de la alta inspección no es sólo la legislación estatal, sino todo el compuesto normativo que regule el servicio básico, ya sea estatal o autonómico. Por tanto, también corresponde a la alta inspección del Estado verificar el cumplimiento de la legislación autonómica (SSTC 32/1983 y 42/1983, FJ 5º).

Por otra parte, se debe reparar en el hecho de que el art. 84.1 EAAnd confiere a la Comunidad Autónoma competencia para organizar «todos» los servicios. El Consejo Consultivo recomendó suprimir el término, por inducir a equívocos⁶³, toda vez que el propio artículo establece limitaciones a su extensión (la alta inspección); pero quizá, precisamente, por

vicios básicos”, en CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M. (dirs.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2012, vol. 2, pp. 1.370-1.375.

⁶² A decir de R. Naranjo de la Cruz: “Competencias...”, *op. cit.*, p. 205: “podría concluirse la falta de necesidad del precepto como norma habilitadora de funciones de la Comunidad Autónoma, toda vez que su contenido puede deducirse a partir de cada uno de los respectivos títulos competenciales, en conjunción con la potestad autonómica de autoorganización. En estos términos, su aportación sería la habilitación de la incidencia del Estado en las referidas materias sobre la base de su función de alta inspección”.

⁶³ También J. Morcillo Moreno: “Organización...”, *op. cit.*, p. 896, advierte de una potencial inconstitucionalidad del precepto por esta causa.

el hecho de que esa excepción queda meridianamente clara en la literalidad del propio artículo, no se atendió la sugerencia, manteniéndose su redacción original.

De otro lado, en el nuevo Estatuto de Autonomía se observa un cambio léxico, al sustituirse la expresión “Seguridad Social” por la de “servicios sociales”. Es una modificación respecto del texto anterior del Estatuto, y también respecto del esquema de reparto en otras comunidades autónomas. En mi opinión, la razón perseguida por esta novedad es reforzar el espacio competencial autonómico en lo que se refiere a la organización de determinados servicios, pero no ampliar las funciones de la alta inspección del Estado sobre los mismos. En efecto, los servicios sociales incluyen a la Seguridad Social, pero también a otras prestaciones públicas de asistencia social. Se ha dicho que, como efecto indirecto de esta nueva redacción, ahora tales servicios aparecen sometidos a la alta inspección del Estado, cuando antes no lo estaban⁶⁴. Sin embargo, es de advertir que el ámbito de actuación de la alta inspección corresponde determinarlo al Estado en su propia legislación sobre la Seguridad Social⁶⁵, y a mi juicio, en ese contexto debe ser interpretado, sin que un Estatuto de autonomía pueda producir el efecto de ampliar unilateralmente el ámbito de aplicación de una ley estatal que atribuye funciones a un órgano de su propia Administración, siendo así que la legislación estatal vigente no parece contemplar el ejercicio de la alta inspección sobre tales servicios⁶⁶. Creo que la situación derivada del nuevo Estatuto no permite admitir que el Estado despliegue su alta inspección sobre servicios de asistencia social propios de la Comunidad Autónoma, y su sentido debe reconducirse a las coordenadas en que la competencia venía moviéndose hasta ahora. De esta manera, la Comunidad Autónoma es competente para organizar todos los servicios de asistencia social, en tanto que la Administración del Estado puede proyectar su alta inspección exclusivamente sobre las materias relativas a la Seguridad Social, pero no sobre las restantes.

Para concluir, el artículo en comentario añade un contenido sustantivo al ejercicio de la competencia autonómica, al establecer en el apartado 2º que la Comunidad lo ajustará a criterios de participación democrática de todos los interesados, así como de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales en los términos que la ley establezca. Esta previsión es manifestación del principio democrático en su vertiente de participación efectiva de la ciudadanía en las funciones públicas, y la principal particularidad que presen-

⁶⁴ Véase R. Naranjo de la Cruz: “Competencias...”, *op. cit.*, p. 204.

⁶⁵ En ese sentido, también se ha señalado que “El Estatuto no puede «reservar» al Estado la alta inspección, debiendo tal atribución competencial llevarse a cabo sólo por la Constitución y otras normas del bloque de la constitucionalidad, por lo que sería conveniente utilizar la expresión «sin perjuicio» de la alta inspección del Estado, como finalmente ha hecho la última redacción de la propuesta del Estatuto de Autonomía”; cfr. J. Morcillo Moreno: “Organización...”, *op. cit.*, p. 896.

⁶⁶ En efecto, el art. 1.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, declara que “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social es un servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, así como el asesoramiento y, en su caso, arbitraje, mediación y conciliación en dichas materias”.

ta es la de concretar en algún aspecto los sujetos que deben ser tomados en consideración, a fin de darles entrada en el instrumento participativo, identificando algunos sujetos cualificados que deben ser especialmente tomados en consideración a la hora de definir los cauces de participación de la ciudadanía.

IV. LA CRISIS ECONÓMICA Y LA REGRESIVIDAD EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES

1. La doctrina clásica de la reversibilidad de las prestaciones sociales

Debido a la escasez de ingresos y a los compromisos de contención del déficit, todas las Administraciones públicas –también las CCAA–, están aplicando importantes recortes a sus políticas sociales. En este punto conviene plantearse la licitud de tales recortes, y sobre todo, cuáles son sus límites, para conocer de qué manera deben comportarse los poderes públicos –en nuestro caso, la Junta de Andalucía– frente a la elección de las partidas que soportarán los recortes.

Con arreglo a las construcciones jurídicas tradicionales relativas a la cláusula de Estado social, debido a la conceptualización de los derechos y prestaciones sociales como mandatos de optimización, el mantenimiento de los servicios y prestaciones que se hayan ido articulando por parte de los poderes públicos está supeditado a las circunstancias contextuales y, por consiguiente, expuesto a su reversibilidad ante horizontes económicos adversos que hagan inviable su perduración. Como expresivamente sostiene GAVARA DE CARA para sintetizar esta posición, “Se puede afirmar que los criterios de aplicación de los derechos sociales se sitúan bajo reserva de lo políticamente posible, es decir, los derechos sociales se deben proteger en la medida en que se produzca una adecuación del estándar social a la situación económica y a la capacidad de prestación económica de un Estado (...): Los derechos sociales dependen de la coyuntura económica, de forma que no se puede obligar a los órganos estatales a cumplir prestaciones imposibles”⁶⁷. Esto determinaría la reversibilidad de los derechos alcanzados (o su correlato de prestaciones), que podrían perfectamente desmantelarse cuando las circunstancias económicas lo exijan⁶⁸.

⁶⁷ Cfr. J. C. Gavara de Cara: *La dimensión objetiva...*, *op. cit.*, p. 58.

⁶⁸ Además de Gavara, *op. loc. ult. cit.*, véase en la misma posición L. Parejo Alfonso: *Estado social...*, *op. cit.*, pp. 90 y ss., quien da cuenta de la polémica suscitada en Alemania por Konrad Hesse, quien sostuvo a partir de 1978 la “irreversibilidad” de los derechos sociales (Nichtumkehrbarkeitstheorie), así como el carácter minoritario de su posición. Véanse, asimismo, L. Parejo Alfonso: “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la «crisis» de las prestaciones y los servicios públicos”, RAP, nº 153, 2000, pp. 217 y ss.; J. M. Rodríguez de Santiago: *La administración...*, *op. cit.*, pp. 48 y ss.; M. Carrillo: “La eficacia de los derechos sociales”, *Jueces para la Democracia*, nº 36, 1999, p. 71. Importa notar que los autores.

En diferentes sentencias, el Tribunal Constitucional ha reconocido la posibilidad de que el legislador lleve a cabo recortes en las prestaciones previamente reconocidas. Como señala PAREJO, “De las Sentencias del Tribunal Constitucional 81/1982, de 21 de diciembre, 65/1987, de 21 de mayo y 65/1990, de 5 de abril, resultan las siguientes afirmaciones: 1. La reconsideración de conquistas sociales por el legislador ordinario es posible dentro del marco de la Constitución; 2. La supresión de conquistas sociales establecidas no puede hacerse legítimamente sin razón suficiente para ello; y 3. Al legislador de desarrollo de la Constitución corresponde la determinación y apreciación –en su contexto y en conexión con las circunstancias y disponibilidades económicas– de las situaciones que, previstas en la Constitución, demandan una acción prestacional del Estado, estableciéndolas y modificándolas, en particular en cuanto hace a su nivel y condiciones”⁶⁹.

También pueden recordarse otros pronunciamientos. Por ejemplo, la STC 134/1987, en alusión a los arts. 41 y 50 CE y al reconocimiento de pensiones, el Tribunal sostiene que “de ninguno de estos preceptos puede deducirse que la Constitución obligue a que se mantengan todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista, ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual (...). El concepto de *pensión adecuada* no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto”. En la misma línea, SSTC 97/1990 y 100/1990.

El único límite constitucional que identifican estas aproximaciones es el de exigir a los poderes públicos que fundamenten el retroceso de los derechos y prestaciones en una razón suficiente que lo justifique. No existiría una libertad incondicionada de los poderes públicos para dismantelar las prestaciones sociales previamente reconocidas, sino que resultaría necesario ofrecer un motivo suficiente que justifique su supresión. Ahora bien, no se plantea ninguna técnica específica de control para verificar la veracidad o idoneidad de la justificación ofrecida. Se trata, por consiguiente, de un límite extremadamente vago y de escasa eficiencia práctica, pues no se articulan los instrumentos con los que garantizar su aplicación. En definitiva, la doctrina clásica en materia de prestaciones y derechos sociales (conectada a la economía de la cláusula del Estado social), reconoce y tolera la reversibilidad de los niveles prestacionales que se hayan alcanzado, y no establece límites efectivos a las decisiones adoptadas por los poderes públicos al suprimir derechos o servicios, o rebajar sus niveles de prestación.

⁶⁹ Cfr. L. Parejo Alfonso: “El Estado social...”, *op. cit.*, p. 226.

2. Nuevos planteamientos para nuevas realidades: condicionamientos al desguace de los servicios sociales

A) La mutación encubierta de la forma de Estado

El actual contexto económico no supone ya una amenaza, sino un verdadero desmantelamiento de muchos de los servicios sociales que se venían prestando. La reducción de prestaciones puede adoptar cuatro manifestaciones diferentes⁷⁰: a) La supresión o ablación total de un derecho o de una prestación; b) La supresión de una prestación para determinados colectivos; c) La reducción de la calidad del servicio que se presta; y d) La denegación singularizada a un individuo del acceso a una prestación que sigue teóricamente en vigor. El problema reside en la envergadura que están adquiriendo las decisiones que unos llaman reformas, y otros llaman recortes, en la medida que revelan un desplazamiento de dimensiones gigantescas en las prioridades de las políticas sociales. Aisladamente consideradas, estas decisiones pueden ofrecer alguna consistencia argumental, al presentarse como aspectos o prestaciones puntuales que resulta preciso suprimir. Pero analizadas en su conjunto, revelan una dimensión extraordinaria que suscita reparos.

El riesgo que aparece bien visible en el horizonte es la mutación de la forma constitucional del Estado, que tiende actualmente a estrechar el espacio de la cláusula del Estado social, la cual aparece claramente *capitidismínuida* en la economía política contemporánea, conduciendo a un desequilibrio entre los elementos que componen la forma de Estado. Este fenómeno se está presentando, además, con una progresión que muestra cada vez más claramente evidencias de irreversibilidad: se viene a proclamar repetidamente (y cada vez aparece más asentado en el discurso oficial), la imposibilidad material de mantener el nivel de prestaciones y servicios sociales de que se ha disfrutado en el último medio siglo, como si hubieran sido una especie de espejismo o de exceso que sobrepasa nuestras verdaderas posibilidades, lo que justificaría la necesidad de reajustar el sector público suprimiendo, uno tras otro, diferentes derechos o servicios sociales, dejándolos caer como si fueran un lastre o un peso muerto. El peligro cierto que anida en tal discurso es la terminación de un ciclo histórico y el inicio de una nueva era en la que se produciría una mutación radical de la forma de Estado. Todo este proceso se está produciendo sin poner en discusión la necesidad de una reforma constitucional, esto es, la revisión de la forma de Estado tal y como la tenemos concebida hasta hoy.

Esto significaría, paradójicamente, que alguno de los principales responsables de la crisis son precisamente quienes salen más beneficiados de ella, puesto que obtienen un triunfo

⁷⁰ Véase J. Tornos Mas: "La crisis...", *op. cit.*, p. 21.

incontestable de sus posiciones ideológicas⁷¹. El argumento subyacente es que hemos vivido por encima de nuestras posibilidades y no podemos mantener las prestaciones sociales porque no existen recursos suficientes para destinarlos a tal propósito. Sin embargo, las cuentas públicas fueron perfectamente sostenibles y condujeron a un progresivo incremento de las prestaciones durante todo el siglo XX, salvo episodios puntuales y coyunturales ocasionados por crisis cíclicas de crecimiento. Todo cambia en el siglo XXI, cuando la crisis deriva de especulaciones financieras, de un modelo económico sustentado en el crédito como palanca interminable del crecimiento, con el desarrollo de una ingeniería financiera insuficientemente fiscalizada por los organismos de supervisión⁷². El nivel de endeudamiento alcanzado como consecuencia de la proliferación de estos instrumentos es tan grave que entrega las decisiones económicas a organizaciones externas al Estado (a los mercados financieros que siguen disponiendo de liquidez), y condiciona brutalmente cualquier política económica⁷³. Este motivo es lo que ha degenerado en un fallo generalizado del sistema, esto es, en una crisis sistémica y no en una mera crisis cíclica de crecimiento⁷⁴. Aunque no se pueda negar la influencia de otros factores, es fundamentalmente ese cambio en la estructura económica el que es detonante de una serie encadenada de insolvencias hasta conducir al colapso del sistema, especialmente agudo en Europa.

Ante la progresiva desaparición de estas “conquistas” sociales, son muchas las voces que se afanan en identificar instrumentos que permitan poner límites y condicionamientos a las políticas de recorte. Son esfuerzos extremadamente difíciles de articular, por cuanto que, como se pudo comprobar en el epígrafe precedente, no resulta fácil ofrecer herramientas con las que pueda desplegarse un control efectivo de las actuaciones de los poderes públicos, especialmente cuando adquieren carácter legislativo. Pero no son esfuerzos completamente estériles. Cabe idear fórmulas para afrontar la situación: no tanto negando a los poderes públicos el ejercicio legítimo de sus potestades, decidiendo la implantación de las políticas que tengan por convenientes; sino introduciendo en la tales decisiones los

⁷¹ Como contundentemente se ha dicho de los mercados financieros, “han utilizado sin empacho al Estado para solventar sus dificultades y, después de culpar del problema a los reguladores, han impuesto nuevamente sus condiciones a través de los mercados en un alarde de poder del ámbito de la economía sobre la política”; cfr. J. V. Sevilla: *El declive de la socialdemocracia*, RBA, Barcelona, 2011, p. 335.

⁷² Véanse al respecto A. Embid Irujo: *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 20 y ss.; así como las aportaciones contenidas en M. Rebollo Puig (coord.): *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso hispano-luso de profesores de Derecho administrativo*, Universidad de Córdoba-Iustel, Madrid, 2012; y las ponencias presentadas al XIX Congreso Ítalo-español de Profesores de Derecho administrativo, celebrado en Madrid, 18-20/10/2012, accesibles en <http://uspceu.es/pages/congresos/italo-espanol/ponencias.html> (última visita: 25 de octubre de 2012).

⁷³ En palabras de Tornos, “En su lucha por el poder, los mercados financieros han impuesto su ley a unos Estados endeudados y en recesión”; cfr. J. Tornos Mas: “Crisis...”, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁴ Esta idea, su desarrollo y sus fuentes de respaldo se exponen en J. Jordano Fraga: “El Derecho administrativo de la crisis”, ponencia presentada al XIX Congreso Ítalo-español de Profesores de Derecho administrativo, celebrado en Madrid, 18-20/10/2012, pp. 2 y ss.; accesible en <http://uspceu.es/pages/congresos/italo-espanol/ponencias.html> (última visita: 25 de octubre de 2012).

elementos jurídicos consustanciales a un Estado de Derecho, en el que discrecionalidad no equivale a arbitrariedad y resulta constitucionalmente exigible el respeto de una mínima batería de determinaciones y exigencias mediante las que se justifican las decisiones adoptadas y se modulan las facultades de elección con criterios objetivos.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional portugués ha logrado desarrollar instrumentos con los que resulta posible controlar las decisiones legislativas regresivas de los derechos sociales: las reputa inválidas cuando afectan al núcleo esencial de la existencia mínima conectada al principio de dignidad humana, anulando, revocando, o aniquilando dicho núcleo esencial; y también, cuando la reducción del contenido del derecho social infrinja el principio de igualdad o el principio de confianza; o cuando se altere el contenido de un derecho social cuyos contornos hayan enraizado o sedimentado en la sociedad⁷⁵. A continuación se exploran las posibilidades de estos y de otros instrumentos de atemperación aplicables a decisiones que recorten los derechos y las prestaciones sociales.

B) *La madurez del Estado social*

Como vimos en su lugar, la cláusula del Estado social se concibe inicialmente como un mandato constitucional de optimización, como una directriz que conduce hacia la consecución de un objetivo de manera progresiva. El origen de esta construcción radica en la Constitución mexicana de 1917 y en la alemana de Weimar de 1919. Su generalización a los órdenes constitucionales europeos tiene lugar fundamentalmente tras la segunda Gran Guerra, y su máximo florecimiento se manifestó a finales del siglo XX. Toda esta evolución histórica no puede interpretarse como una sucesión plana de hechos sin consecuencias en el ámbito jurídico, pues las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 Cc), y parece obvio que la realidad social contemporánea no es la que existía en 1917, aunque tampoco sea la que se daba en la última década del siglo XX.

En este sentido puede afirmarse que la conciencia social ha evolucionado a lo largo de la última centuria, y percibe hoy las prestaciones sociales como un componente indisoluble de la actividad de los poderes públicos. *Tiene que existir la asistencia social*. Resultaría inconcebible que se procediese a su desmantelamiento. En la actualidad, la oferta de prestaciones sociales que atienden a necesidades primarias constituye un *servicio público básico*. La cláusula del Estado social no puede ser interpretada en este punto de la evolución histórica en los mismos y exactos términos que cuando se concibió inicialmente su incorporación a los textos constitucionales. Por más que se reconozca la reversibilidad *de los niveles de prestación*, lo que resulta inadmisibles es la reversibilidad *del Estado social* en cuanto que opción constituyente básica, que actualmente se ha impuesto de forma

⁷⁵ Véase C. Queiroz: *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, Coimbra editora, Coimbra, 2006, pp. 73 y ss.; citado por J. C. Gavara de Cara: *La dimensión...*, op. cit., p. 64.

indeleble en el ADN constitucional y forma parte irrevocable de su *ethos*. Podrán mutar los aspectos de orden práctico que permiten articular el Estado social: por ejemplo, la intervención directa de los poderes públicos en las estructuras económicas para ofrecer los servicios directamente, mediante organismos públicos, pues de lo que se trata es de atender el fondo material de la cláusula del Estado social, y la prestación en cuestión podrá articularse con entrada del sector privado. Pero, por una parte, la prestación debe existir, esto es, no puede no existir, porque ello sería atentar contra la propia morfología constitucional, despreciando la opción axiológica básica realizada por el poder constituyente y reafirmada por el poder constituido; y por otra parte, su fundamento reside en el *derecho* de la ciudadanía a recibirla, como instrumento para la consecución del principio de igualdad material, y no en la pura beneficencia o filantropía de quienes deseen dedicar una parte de sus recursos a la asistencia social.

Esta evolución irrevocable del orden constitucional no supone ningún artificio orientado a manipular la interpretación jurídica con el único propósito de sostener un elemento específico de la forma de Estado: antes bien, esta misma consolidación de elementos evolutivos de la forma de Estado encuentra paralelo en al menos otra de las cláusulas que lo componen, la del Estado democrático, que no supuso originalmente la implantación de un sistema de sufragio universal, libre, directo y secreto tal cual lo conocemos hoy, sino que se construyó asimismo de manera progresiva. Actualmente nadie restringiría el colegio electoral por razón del nivel de estudios o de renta, y menos aún por razón de sexo, y sin embargo este tipo de restricciones eran perfectamente constitucionales en el origen del Estado democrático, y fueron sucumbiendo progresivamente ante el avance de la conciencia social. Actualmente, nadie se plantearía retirar el voto a las mujeres, por ejemplo, y esto constituye una evolución consolidada del Estado democrático. En esa misma línea, entiendo que en la actualidad no resulta posible revertir ciertos derechos o prestaciones sociales, por cuanto que la conciencia social los valora como un mínimo básico del Estado social, como el suelo de los derechos y prestaciones que deben amparar a los ciudadanos que incurran en alguna de las necesidades a que hicimos referencia en el § 1 de este capítulo. La jurisprudencia de otros tribunales constitucionales ha admitido esta irrevocabilidad del Estado social. Por ejemplo, la decisión del Tribunal Constitucional alemán de 9 de febrero de 2010 sobre el alcance del derecho a una prestación por desempleo, entendió que del artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn deriva “el derecho a un mínimo existencial que facilite al beneficiario (y a sus hijos) una adecuada participación en la vida social, cultural y política”⁷⁶.

C) *La dignidad humana como límite absoluto a los recortes*

El principal problema en todo este asunto reside, probablemente, en identificar cuáles son esos derechos y prestaciones básicos, dónde se situaría ese suelo o temperatura basal

⁷⁶ Citado por J. Tornos Mas: “La crisis del Estado social...”, *op. cit.*, p. 40.

que llevaría a plantear la vulneración de la cláusula del Estado social, cuál es la barrera a partir de la cual se produce una infracción de alcance constitucional. Pero la dificultad de trazar esa línea y de articular controles que permitan garantizar el orden constitucional no puede suponer una claudicación en el mismo empeño de conseguirlo, y por tanto, debemos afanarnos en alumbrar esas técnicas o instrumentos que permitan salvaguardar la forma de Estado en su plenitud.

Sobre todo, porque varias voces y fuentes confluyen ya en identificar el mínimo irreductible de protección en el Estado social: las prestaciones que preservan la propia dignidad humana, entendida por HABERMAS como una fuente moral de la que todos los derechos fundamentales obtienen su sustancia, y alimenta la lucha por evitar la rebaja de su contenido⁷⁷. Entre nosotros, GARCÍA SCHWARZ ha sostenido que existen prestaciones inherentes a los derechos sociales que tienen un contenido mínimo imprescindible, sin el cual el ser humano no puede desarrollar una vida digna; este contenido mínimo viene exigido materialmente por el mandato constitucional de respeto a la dignidad humana como fundamento del sistema de valores de la Constitución, de tal manera que “la materialidad de la dignidad humana se asienta sobre el denominado mínimo asistencial, el núcleo duro de los derechos sociales”⁷⁸. Y en la misma línea sostiene TORNOS: “El necesario límite infranqueable de los derechos sociales de prestación debe identificarse con la dignidad humana, cuyo respeto constituye el fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 de la Constitución)”⁷⁹. No puedo sino compartir estos planteamientos, que ya quedaron apuntados anteriormente (§ II.1.A), cuando expuse el genio de los servicios sociales como catalizadores de la dignidad y la igualdad material de las personas.

Por otra parte, ya se citó más arriba la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués, que reputa inválidas las decisiones legislativas regresivas de los derechos sociales cuando afectan al núcleo esencial de la existencia mínima conectada al principio de dignidad humana, anulando, revocando, o aniquilando dicho núcleo esencial. En la misma línea, la Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 16 de julio de 1999, nº 309, entiende que, a pesar de que el derecho a la salud se encuentre condicionado presupuestariamente, ello no permite que se reduzca “el núcleo irreducible del derecho a la salud protegido por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana”.

Podría decirse que el planteamiento sigue padeciendo de una cierta inconcreción, una indefinición de las fronteras que trazan el límite entre lo que se puede y no se puede recortar. Para acotar un poco más el escenario y promover con ello una mayor objetividad en las decisiones, conviene entonces recordar qué son las necesidades personales básicas. Las define, por ejemplo, el art. 3.1 de la Ley 12/2007, de Servicios Sociales de Cataluña: “Las

⁷⁷ Véase J. Habermas: *La Constitución de Europa*, op. cit., p. 13.

⁷⁸ Cfr. R. García Schwarz: *Derechos sociales...*, op. cit., p. 11.

⁷⁹ Cfr. J. Tornos Mas: “La crisis del Estado social...”, op. cit., p. 42.

necesidades personales básicas son las propias de la subsistencia y la calidad de vida de cada persona”. Cuando una determinada prestación constituya propiamente un medio de subsistencia, su supresión resultaría contraria al orden constitucional. Puede objetarse que la valoración de lo que sea la subsistencia dependerá de cada caso singular, por lo que hablamos aquí de prestaciones o servicios individualizados y no colectivos. Correcto. Esto tan sólo se traduce en la necesidad de un mayor afinamiento en la determinación de las personas sobre las cuales juega el límite, pero no puede suponer en modo alguno la desaparición del límite mismo.

Para mayor claridad pondré dos ejemplos que me parecen sintomáticos y en los que la Junta de Andalucía, a mi juicio, está desplegando decisiones absolutamente acordes con el orden constitucional. El primero de ellos es la llamada *renta de subsistencia*, que en el momento de cerrarse este trabajo constituye un proyecto de incorporación prevista a los presupuestos de las Comunidad Autónoma: su finalidad es que al menos tengan *algo* quienes lamentablemente no tienen *nada*, al ser desempleados de larga duración sin otra fuente de ingresos; podrá discutirse la cuantía de la prestación, pero desde luego, parece que los poderes públicos deben tender una red asistencial mínima para quienes carecen de toda fuente de ingresos y bordean la indigencia. El otro ejemplo viene representado por las prestaciones a *personas dependientes*: especialmente, cuando se trata de grandes dependientes, y por tanto, no pueden desarrollar por sí mismos actividades vitales básicas⁸⁰: este colectivo *necesita* asistencia social para sobrevivir dignamente, podremos discutir la cuantía de la prestación o la calidad del servicio, pero no suprimirlo *de radice*, pues hacerlo contravendría el principio constitucional de protección de la dignidad de la persona.

D) *La necesidad de justificación de la medida revocadora*

Un requisito básico de cualquier medida que suponga una privación de los derechos y de las prestaciones sociales se debe encontrar suficientemente justificada. El Tribunal Constitucional ha compartido y reiterado esta necesidad en varios pronunciamientos: así, la STC 81/1982 FJ 3 declara que: “no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales conseguidas”; en la misma línea, STC 37/1994, FJ 3. La necesidad de justificación comprende dos exigencias complementarias: una, de orden material, consiste en la existencia misma de la razón que se alegue para desmontar una prestación o abrogar un derecho; otra, en el plano puramente formal, es la necesidad de hacer explícita esa justificación, a fin de que pueda controlarse el ejercicio de la potestad conferida mediante la comprobación de la veracidad del argumento. Se trata de un medio de control

⁸⁰ Con arreglo al art. 2.3 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, son actividades básicas de la vida diaria: “las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas”.

sobradamente conocido, de pacífico reconocimiento, y de evidente concurrencia en el contexto actual, puesto que resulta relativamente sencillo invocar las limitaciones al déficit público derivadas de la Constitución tras su reciente reforma, asociadas al descenso de los ingresos presupuestarios y al incremento de los gastos financieros, para obtener una ecuación que manifiesta expresiva y contundentemente la necesidad de recortar gastos, y por consiguiente, derechos sociales y sus prestaciones asociadas. En este punto se hace evidente que esa no es la discusión, sino más bien, controlar que las medidas de reducción del gasto público se proyectan sobre los recortes sociales *sólo en la medida estrictamente necesaria*. Para ello es necesario acudir a otras técnicas adicionales de control.

E) *El principio de proporcionalidad*

En algunas aportaciones recientes se viene invocando el principio de proporcionalidad como límite al recorte de derechos y prestaciones sociales; seguramente, el mayor esfuerzo desplegado para proponer la aplicación de este principio como instrumento de control en la regresión del Estado social ha sido recientemente ofrecido por TORNOS⁸¹. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 66/1995, 207/1996 y concordantes) aplica este principio a la restricción de derechos fundamentales, someténdola a un juicio de proporcionalidad que debe superar tres condiciones: un *juicio de idoneidad*, mediante el que se analiza si la medida es susceptible de lograr el objetivo propuesto (de tal manera que las medidas adoptadas deben venir respaldadas por datos objetivos que demuestren su idoneidad); un *juicio de necesidad*, que analiza si no existe otra medida más moderada para la consecución del mismo propósito con igual eficacia; y un *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*: mediante el que se valora si la medida es ponderada o equilibrada, derivándose de ellas más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Las medidas que recorten derechos sociales serían inválidas si no superasen este cribado.

F) *La prohibición de defecto de protección; su articulación mediante juicios de ponderación de principios*

Sin embargo, según expone, GAVARA DE CARA, el principio de proporcionalidad no es aplicable al control de medidas legislativas de configuración legal de los derechos sociales: el autor sostiene que los derechos de configuración legal son susceptibles de un control de prohibición de defecto de protección, esto es, un enjuiciamiento de la suficiencia de las

⁸¹ Véase J. Tornos Mas: "Crisis del Estado del bienestar...", *op. cit.*, pp. 37 y ss. El autor reproduce la articulación práctica que se ha hecho de la aplicación de este principio en un Voto particular emitido por el profesor Elisejo Aja en relación con el Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña 6/2012, mediante el que se pone de manifiesto que la retirada de asistencia sanitaria a los extranjeros no supera el test de proporcionalidad, y por tanto, resultaría inválida.

medidas adoptadas para materializar el derecho social que garanticen al menos un suelo mínimo, pero no de un control de proporcionalidad, por tratarse este último de una técnica que se proyecta sobre medidas de carácter restrictivo o limitativo, no sobre supuestos de conformación normativa de los derechos fundamentales⁸².

Siguiendo a este autor⁸³, los criterios para determinar la prohibición de defecto de prohibición son frecuentemente los contrarios a los utilizados en el principio de proporcionalidad, ya que es necesaria su aplicación bajo la objetivización de los bienes jurídicos contrapuestos para determinar si se ha articulado una protección efectiva, suficiente y racional, a cuyo fin se articulan tres controles:

1. El *principio de efectividad*, que trata de determinar el estándar de protección efectiva de un derecho con la finalidad de determinar cuándo es necesaria la adopción de una medida de protección, o los mecanismos que se deben añadir por su ausencia absoluta o parcial a la medida normativa de protección ya adoptada para alcanzar la necesaria efectividad de la protección del derecho.
2. El *principio de indispensabilidad de la protección*, que sirve para medir la suficiencia de la protección desarrollada por el legislador, no tanto desde la perspectiva del *mínimo* de protección necesario para el derecho, sino desde la determinación de la protección *suficiente e indispensable* del derecho.
3. El *principio de racionalidad*, que implica el análisis de la medida de protección y dotación de efectividad adoptada, en contraposición con la finalidad perseguida: en este caso, la protección efectiva del concreto derecho implicado. La irracionalidad vendría dada por la ausencia de protección y dotación de eficacia ante una situación concreta de infracción, o de peligro de perjuicio para los derechos tras la ponderación de los distintos intereses contrapuestos en conflicto. Es el control que más se asemeja al principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Se evidencia con ello la implicación que tiene el juicio de ponderación como técnica de articulación de las decisiones relativas a la reversión de las prestaciones sociales y al control ulterior de tales decisiones. La ponderación tiene lugar cuando entran en colisión diferentes principios jurídicos, en la noción de los mismos que fue expuesta *supra* (§ II.2), y en la que se incluyen los derechos sociales. Permite orientar la interpretación jurídica

⁸² Vid. J. C. Gavara de Cara: *La dimensión...*, op. cit., pp. 51 y ss., con profusa bibliografía (alemana) de respaldo.

⁸³ *Op. ult. cit.*, pp. 54 y ss.

cuando entran en colisión dos o más principios constitucionales, para determinar cuál de ellos debe prevalecer o debe ser satisfecho en mayor medida que el otro⁸⁴.

La prohibición de defecto de protección se presenta como el instrumento más poderoso de control de las decisiones relativas a la reversión de las prestaciones sociales. Tiene un juego indudable, si bien se fundamenta en decisiones caracterizadas por un intenso componente subjetivo. Esto no las priva de un mínimo marco de objetividad, dentro del cual pueden moverse con plena legitimidad. Cuestión distinta es la convicción que pueda tener el juzgador para llevar adelante su análisis, suplantando decisiones políticas que le pueden suponer críticas (a mi juicio, infundadas) de injerencia en las potestades que corresponden a otro poder del Estado o desbordamiento de las que son propias del poder judicial en la arquitectura constitucional.

Como decía, este tipo de reproches no pueden impedir la evidencia de neutralidad, objetividad y respeto del principio de separación de poderes en determinados casos. Por ejemplo, unos presupuestos generales del Estado o de la Comunidad Autónoma que incluyan importantes recortes sociales pero no recortes al menos equivalentes en gastos suntuarios y de protocolo, en el mantenimiento de la cohorte de asesores de los altos cargos, o en una Administración paralela deficitaria que recibe fondos de subsistencia, serían unos presupuestos en los que no se ha efectuado por el poder político una adecuada ponderación de los principios en conflicto y ha postergado precisamente los que merecen mayor protección. Tampoco podría entenderse el mantenimiento de una televisión pública (que no desempeña actividades necesarias o imprescindibles y engullen millones de euros de déficit en lugar de venderse para recaudar fondos) y la supresión paralela de servicios de apoyo a la dependencia: ninguna norma constitucional o estatutaria afirma que deba existir una televisión pública, y sin embargo esos mismos y fundamentales textos proclaman el mandato de optimización en la asistencia social a grupos de población que la necesitan como imperativo vital. Olvidar la necesidad de formular estos juicios de ponderación, y negar la efectividad de su control judicial, supondrían una alteración injustificable de los fundamentos de nuestro orden constitucional.

G) *El principio de confianza legítima*

También se ha sostenido la pertinencia de invocar el principio de confianza legítima para consolidar la irreversibilidad de algunas prestaciones sociales⁸⁵. Este principio protege a los ciudadanos que actúan en la confianza de que su actividad es lícita al haber sido consentida por la Administración de manera persistente en el tiempo: si la Administración ha realizado

⁸⁴ A pesar del evidente interés que presenta esta cuestión, no podemos exponerla aquí en detalle. Para conocer los pormenores del juicio de ponderación debe acudir a L. Ortega Álvarez y S. de la Sierra Morón (coords.): *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009, en especial a la aportación de L. Arroyo Jiménez, en las pp. 19 y ss. de esa obra. También debe verse J. M. Rodríguez de Santiago: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

⁸⁵ Así, R. Gavara de Cara: *La dimensión...*, op. cit., p. 64.

actuaciones que claramente apuntan a su toma de posición en un determinado sentido, y los particulares realizan actividades acomodadas a esa situación, la Administración no puede luego actuar en sentido contrario, privándoles o negándoles sus derechos⁸⁶. Se exige una serie de requisitos para que juegue el principio de confianza legítima: 1) La existencia de una conducta administrativa previa; 2) Que la actuación realizada por el interesado al guiarse por su confianza legítima no sea reversible; 3) Que no exista una ilegalidad imputable al interesado; 4) Si existe una ilegalidad de la Administración, que el interesado la desconozca; 5) Que no exista un interés público digno de mayor protección que la confianza legítima del interesado.

Este principio podría entrar en escena en supuestos de supresión de una prestación que el interesado venga disfrutando en precario, esto es, sin la condición de derecho subjetivo (cuya ablación exigiría compensación). Sin embargo, debe tenerse presente que este principio ha ofrecido hasta ahora escasos ejemplos de aplicación, y la jurisprudencia no se muestra por lo general proclive a su consideración.

H) La metamorfosis del orden constitucional europeo

Según el desenlace definitivo que se produzca en todo este asunto, puede tener lugar una verdadera metamorfosis del orden constitucional europeo. En este punto Europa debe volver la mirada hacia su propio devenir histórico, hacia la posición que ocupa en el mundo y, en definitiva, hacia los rasgos más íntimos y profundos de su idiosincrasia. Es preciso recordar cuanto se decía más arriba (§ II.1.B), en relación con la identidad europea, en la que la consecución efectiva de la igualdad material es una constante a lo largo de la Historia, con fundamento en la dignidad irrenunciable de la persona humana. Renunciar a los derechos sociales, y sobre todo, postergarlos y supeditarlos a las necesidades del mercado, implica una verdadera traición a los fundamentos constitucionales europeos, pues no sólo supone dismantelar unas conquistas que han sido progresivas durante siglos, sino que también constituye una postergación de la esencia misma del pensamiento europeo, el rasgo que inequívocamente identifica a nuestra cultura y a nuestra civilización en el concierto mundial. Supone, en definitiva, abrazar el modo norteamericano de afrontar las relaciones económicas y sociales, colocando a la libertad en un primer y elevado escalón, exclusivo y excluyente de los otros dos valores constitucionales (la igualdad y la fraternidad), que estarían supeditados a la inequívoca preeminencia del primero, en tanto que el pensamiento europeo venía situando los tres al mismo ras, como una tríada indisoluble que debe mostrar en todo momento recíprocos equilibrios y contrapesos.

⁸⁶ Sobre el principio de confianza legítima, véase especialmente J. García Luengo: *El principio de protección de la confianza en el Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2002; J. A. Martínez Moya: *El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración. Su origen y tratamiento jurisprudencial*, Diego Marín Librero, Murcia, 2012; y F. Castillo Blanco: *La protección de la confianza en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

Por lo demás, resulta paradójico que los poderes del mercado, que no son los únicos causantes de la crisis económica, pero sí sus principales responsables, sean también quienes terminen viendo triunfar precisamente sus principios, su forma de organizar las estructuras sociales y hasta su modelo constitucional. El gran fracaso derivado de la crisis económica sería aceptar que los servicios sociales no pueden mantenerse porque son prestaciones insostenibles: lo que resulta insostenible es el despilfarro de los fondos públicos en aeropuertos vacíos y en edificios emblemáticos para todo, en organismos inoperantes que se multiplican en una eclosión fractal, en redes clientelares de cargos y asesores, en gastos suntuarios (almuerzos y coches premium), y en tantos otros destinos insensatos. Existen claros ejemplos de sostenibilidad del Estado del bienestar en muchos países europeos, incluso a pesar de la crisis.

Para concluir, y por lo que respecta al ciudadano de a pie, no se niega aquí la necesidad de mejorar los índices de productividad, de combatir el absentismo y el fraude, de rebajar las expectativas de bienestar, de llamar a la responsabilidad en el ahorro y en el consumo... en definitiva, es perfectamente visible la responsabilidad que la propia y humilde ciudadanía también ha tenido en la detonación de esta crisis, y la necesidad de que ahora también soporte sacrificios. Pero esta percepción no admite en modo alguno que sean únicamente los ciudadanos quienes asuman todo el peso de la recuperación económica, mediante el desmantelamiento de las prestaciones y servicios sociales (y otras consecuencias como la precariedad en el empleo, la rebaja de las retribuciones, el incremento de la jornada laboral, etc.), mientras que los restantes (y principales) responsables de la crisis disfrutaban plácidamente con los frutos de sus excesos, y las entidades que dirigieron (tanto públicas como privadas) tienen que ser rescatadas a costa del sacrificio de la ciudadanía.

En la actual coyuntura, las necesidades de equilibrar el déficit y de pagar la deuda pública no significan necesariamente la abolición del Estado social: esa manipulación argumental, sin embargo, viene calando como lluvia fina y conformando una suerte de nueva conciencia colectiva, permisiva con el desmantelamiento de todos los avances sociales del siglo XX. Con una adecuada gestión de los fondos públicos, es perfectamente sostenible un sistema de protección social que atienda las necesidades básicas de los ciudadanos y contribuya a la realización efectiva de la igualdad, porque así se vino consolidando a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, en unos términos absolutamente equilibrados y sostenibles. Esta es, probablemente, la aportación más trascendental que ha hecho la civilización europea a la cultura universal. Abandonar ahora estos principios supone reconocer definitivamente que ya no somos relevantes en el concierto internacional y nos plegamos a otra forma de entender el mundo, distinta de la que es inequívocamente fruto de nuestras convicciones más íntimas, como atestigua la Historia.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

AGUADO CUDOLÀ, V. (coord.): *Servicios sociales, dependencia y derechos de ciudadanía*, Atelier, Barcelona, 2009.

AGUDO ZAMORA, M. J.: "Derechos sociales, deberes y políticas públicas", en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (dirs.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Civitas-Thomson, Navarra, 2008, pp. 263-305.

ALARCÓN CARACUEL, M.: "Políticas de protección social en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía", en PRADOS DE REYES, F. J. (coord.): *Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2008.

ALEMÁN BRACHO, C.; ALONSO SECO, J. M. y GARCÍA SERRANO, M.: *Servicios sociales públicos*, Tecnos-Uned, Madrid, 2011.

ALEMÁN BRACHO, C. y GARCÍA SERRANO, M.: *Los servicios sociales especializados en España*, Editorial Universitaria Ramón Areces-UNED, Madrid, 2008.

ALÉS SIOLÍ, J.: "Los servicios sociales en Andalucía como servicio público. Intervención del Derecho administrativo en la acción social", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº Extraordinario 2/2003, vol. 2, pp. 591-609.

ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993.

APARICIO PÉREZ, M. A. (dir.): *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Atelier, Barcelona, 2008.

ARANGO, R.: *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005.

BALAGUER CALLEJÓN, F. (dir.): *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.

– *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007.

BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: "Reformas estatutarias y reconocimiento de derechos", *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 3, 2007, accesible en <http://www.iustel.com> (última visita: 11/10/2012).

BARRERO ORTEGA, A.: “Competencias en educación, ciencia, cultura y deportes, política social y medios de comunicación”, en TEROL BECERRA, M. J. (coord.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 239-261.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: *Régimen jurídico de la acción social pública*, IVAP, Oñati, 1992.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F.: “Sí, pueden (declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 79, 2007, pp. 33-46.

CALVO ORTEGA, R. y GARCÍA CALVENTE, Y.: *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

CÁMARA VILLAR, G. y CANO BUESO, J. (coords.): *Estudios sobre el Estado social*, Tecno-Parlamento de Andalucía, Madrid, 1993.

CÁMARA VILLAR, G.: “Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (a propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85, 2009, pp. 259-298.

CARRILLO LÓPEZ, M.: “La eficacia de los derechos sociales”, *Jueces para la Democracia*, nº 36, 1999.

– “Los derechos, un contenido constitucional de los Estatutos de Autonomía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 80, 2007, pp. 49-73.

CASADO, D. (coord.): *Leyes de Servicios Sociales del siglo XXI*, Cáritas-Fundación Foessa, Madrid, 2010.

CASCAJO CASTRO, J. L.: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, CEC, Madrid, 1988.

CASTILLO BLANCO, F.: *La protección de la confianza en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M. (dirs.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, 4 vols., Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2012.

COSSÍO DÍAZ, J. R.: *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989.

DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T.: “El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007, de 12 de diciembre”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 5, 2008, accesible en <http://www.iustel.com> (última visita: 11/10/2012).

DE PALMA DEL TESO, A.: “La asistencia social”, en CANO CAMPOS, T. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, Tomo VII: Servicios públicos, lustel, Madrid, 2009, pp. 333-359.

DÍEZ MORENO, F.: *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2004.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: “¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 78, 2006, pp. 63-75.

– “De nuevo sobre las declaraciones estatutarias: respuesta a Francisco Caamaño”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 81, 2007, pp. 63-70.

EMBED IRUJO, A.: *La constitucionalización de la crisis económica*, lustel, Madrid, 2012.

FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *El proceso de renovación del Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.

GAMERO CASADO, E.: “Organización de los servicios básicos”, en CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M. (dirs.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2012, vol. 2, pp. 1.370-1.375.

GARCÉS SANAGUSTÍN, A.: *Prestaciones sociales, función administrativa y derechos de los ciudadanos*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

GARCÍA GARNICA, M. C.: *Estudios sobre dependencia y discapacidad*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Navarra, 2011.

GARCÍA LUENGO, J.: *El principio de protección de la confianza en el Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2002.

GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1972.

GARCÍA SCHWARZ, R.: *Derechos sociales: imprescriptibilidad y garantías*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1992.

GAVARA DE CARA, J. C.: *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, J. M. Bosch, Barcelona, 2010.

GONZÁLEZ MORENO, B.: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 1991.

GUILLÉN LÓPEZ, E.: “Servicios sociales, voluntariado, menores y familia”, en BALAGUER CALLEJÓN, F.: *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, pp. 655-674.

HABERMAS, J.: *La constitución de Europa*, Trotta, Valencia, 2012.

JORDANO FRAGA, J.: “El Derecho administrativo de la crisis”, ponencia presentada al XIX Congreso Ítalo-español de Profesores de Derecho administrativo, celebrado en Madrid, 18-20/10/2012, pp. 2 y ss.; accesible en <http://uspceu.es/pages/congresos/italo-espanol/ponencias.html> (última visita: 25 de octubre de 2012).

LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.): *Protección social y Comunidades Autónomas*, Ediciones Cinc-Universidad de Cantabria, Madrid, 2012.

LÓPEZ MENUDO, F.: “Los derechos sociales en los Estatutos de Autonomía”, en MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. L.: *Derechos sociales y Estatutos de Autonomía. Denominaciones de origen. Nuevo Estatuto del PDI funcionario. Actas del IV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Lex Nova-AEPDA-ECLAP, Valladolid, 2009, pp. 13-111.

MARTÍNEZ MOYA, J. A.: *El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración. Su origen y tratamiento jurisprudencial*, Diego Marín Librero, Murcia, 2012.

MÍGUEZ MACHO, L.: “La transformación del régimen jurídico de los servicios sociales”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 153, 2012, pp. 33-61.

MONTES WORBOYS, F.: Comentario al art. 61, en ORTIZ SÁNCHEZ, M. y CARRASCO LÓPEZ, I. (coords.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, 2ª ed., Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2012, pp. 377-387.

MORCILLO MORENO, J.: “La devaluación de los derechos estatutarios y sus garantías”, *RAP*, nº 188, 2012, pp. 99-144.

– “Organización de servicios básicos de la Comunidad Autónoma”, en BALAGUER CALLEJÓN, F. (dir.): *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2007, pp. 887-897.

MUÑOZ MACHADO, S.: “La eficacia de los derechos”, en LÓPEZ MENUDO, F. (coord.): *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*, lustel, Madrid, 2011.

MUÑOZ MACHADO, S.; GARCÍA DELGADO, y GONZÁLEZ SEARA (coords.): *Las estructuras del bienestar*, Civitas, Madrid, 2002.

MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M. (dirs.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Civitas-Thomson, Navarra, 2008.

NARANJO DE LA CRUZ, R.: “Competencias en los ámbitos del gobierno y de la Administración”, en TEROL BECERRA, M. (dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 239-275.

ORTEGA ÁLVAREZ, L. y DE LA SIERRA MORÓN, S. (coords.): *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

ORTIZ DE TENA, M. C.: “Competencias sobre servicios sociales, voluntariado, menores y familia”, en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M.: *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Civitas-Thomson-Reuter, Cizur Menor, Navarra, 2008, pp. 591-604.

PAREJO ALFONSO, L.: *Estado social y Administración pública*, Civitas, Madrid, 1983.

– “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la «crisis» de las prestaciones y los servicios públicos”, *RAP*, nº 153, 2000, pp. 217 y ss.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: “Humanismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada”, en DE LORENZO GARCÍA, R.; CABRA DE LUNA, M. y GIMÉNEZ-REYNA, E. (dirs.): *Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario*, Fundación ONCE-La Ley, Madrid, 1991, p. 17.

PEMÁN GAVÍN, J.: “Sobre el concepto constitucional de asistencia social. Estado y Comunidades Autónomas ante las actuaciones públicas de carácter asistencial”, *RAP*, nº 161, 2003, pp. 239-283.

PISARELLO, G.: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

PRADOS DE REYES, F. J. (coord.): *Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2008.

QUEIROZ, C.: *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, Coimbra editora, Coimbra, 2006.

REBOLLO PUIG, M. (coord.): *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso hispano-luso de profesores de Derecho administrativo*, Universidad de Córdoba-Iustel, Madrid, 2012.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M.: *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

– *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

RODRÍGUEZ OLVERA, O.: *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Comares, Granada, 1998.

RODRÍGUEZ RUIZ, B.: Comentario al art. 61, en CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M. (dirs.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2012, vol. 2, pp. 1.007-1.025.

RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, A.: “Alcance e interpretación de los derechos y principios”, en CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M. (dirs.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2012, vol. 1, pp. 234-266.

ROQUETA BUJ, R. (coord.): *La protección de la dependencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ROQUETA BUJ, M. (coord.): *La situación de dependencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

SÁENZ ROYO, E.: “Derechos de protección social y Estado autonómico: los márgenes constitucionales de actuación del Estado y de las CCAA”, en EMBID IRUJO, A. (dir.): *Derechos económicos y sociales*, Iustel-Gobierno de Aragón, Madrid, 2009, pp. 25-66.

SEVILLA, J. V.: *El declive de la socialdemocracia*, RBA, Barcelona, 2011.

TEROL BECERRA, M. (dir.): *Los derechos sociales en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

– *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

TORNOS MAS, J.: “Crisis del Estado del bienestar. El papel del Derecho administrativo”, ponencia presentada al XIX Congreso Ítalo-español de Profesores de Derecho administrativo, celebrado en Madrid, 18-20/10/2012; accesible en <http://uspceu.es/pages/congresos/italo-espanol/ponencias.html> (última visita: 25 de octubre de 2012).

TORNOS MAS, J. y GALÁN GALÁN, A.: *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007 (accesible en <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/51598.pdf>, última visita: 29 de septiembre de 2012).

TORRES LÓPEZ, M. A.: *La discapacidad en el Derecho administrativo*, Civitas-Thomson-Reuters, Navarra, 2011.

VAQUER CABALLERÍA, M.: *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch-Institut de Dret Públic, Valencia, 2002.

VV.AA.: *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Capítulo II. LA ORDENACIÓN GENERAL DE LOS SERVICIOS SOCIALES EN ANDALUCÍA: SITUACIÓN ACTUAL Y PROSPECTIVA

Severiano Fernández Ramos

I. INTRODUCCIÓN

El ámbito de los servicios sociales, que hasta el inicio de la década de los 80 seguía anclado en las vetustas normas de beneficencia del siglo XIX, ha experimentado desde entonces una eclosión extraordinaria, tal vez debido a que se trata de una materia respecto a la cual todos los Estatutos de Autonomía desde un primer momento atribuyeron competencia exclusiva a su respectiva Comunidad Autónoma, por lo que cada Comunidad se ha dotado de un amplio y prolijo ordenamiento.

Inicialmente, la norma cabecera de este sector estaba representada por la correspondiente ley autonómica sobre servicios sociales (o acción social, en alguna Comunidad como Aragón). En la producción leyes autonómicas generales en materia de servicios sociales pueden diferenciarse tres hornadas. Una primera generación de leyes comprendería desde la Ley del País Vasco 6/1982, de 20 de mayo, sobre Servicios Sociales, a la Ley de Cantabria 5/1992, de 27 de mayo, de Acción Social (ambas derogadas)¹. Una segunda promoción

¹ Esta primera generación incluiría las leyes siguientes: Ley del País Vasco 6/1982, de 20 de mayo, sobre Servicios Sociales; Ley Foral de Navarra 14/1983, de 30 de marzo, sobre Servicios Sociales; Ley de la Comunidad de Madrid 11/1984, de 6 de junio, de Servicios Sociales; Ley de la Región de Murcia 8/1985, de 9 de diciembre, de Servicios Sociales; Ley de Cataluña 26/1985, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales; Ley de Castilla-La Mancha

abarcaría desde la Ley de Galicia 4/1993, de 14 de abril, de Servicios Sociales (derogada), hasta la Ley 3/2003, de 10 de abril, de Servicios Sociales, de la Región de Murcia (aún vigente)². Y, por último, una tercera oleada comprendería desde la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra, hasta (por ahora) Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León³. Pues bien, en Andalucía sigue aún vigente la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales, aprobada en la primera generación de leyes indicada, cuando algunas Comunidades Autónomas (como Galicia, Cataluña, País Vasco o La Rioja) han aprobado ya su tercera ley de servicios sociales.

Asimismo, en la primera generación de leyes autonómicas sobre servicios sociales promulgada en la década de los 80 era notable la parquedad en el tratamiento de las cuestiones relativas a la disciplina del régimen jurídico en las ellas diseñado, como si el legislador imbuido por una cándida ingenuidad confiara que las normas serían efectivas por sí mismas. En desarrollo de estas parcas previsiones legales, la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas dictó hacia finales de los 80 y principios de los 90 sus reglamentos en materia de centros, servicios o establecimientos de servicios sociales⁴. Sin embargo,

3/1986, de 16 de abril, de Servicios Sociales; Ley de Baleares 9/1987, de 11 de febrero, de Acción Social; Ley de Aragón 4/1987, de 25 de marzo, de Ordenación de la Acción Social; Ley de Asturias 5/1987, de 11 de abril, de Servicios Sociales; Ley de Extremadura 5/1987, de 23 de abril, de Servicios Sociales; Ley de Canarias 9/1987, de 28 de abril, de Servicios Sociales; Ley de Galicia 3/1987, de 27 de mayo, de Servicios Sociales; Ley de Andalucía 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales; Ley de Castilla y León 18/1988, de 28 de diciembre, de Acción Social y Servicios Sociales; Ley de la Comunidad Valenciana 5/1989, de 6 de julio, de Servicios Sociales; Ley de La Rioja 2/1990, de 10 de mayo, de Servicios Sociales; Ley de Cantabria 5/1992, de 27 de mayo, de Acción Social.

² Esta segunda generación comprendería las leyes siguientes: Ley de Galicia 4/1993, de 14 de abril, de Servicios Sociales; Ley de Cataluña 4/1994, de 20 de abril, de Administración Institucional, de Descentralización, de Desconcentración y de Coordinación del Sistema Catalán de Servicios Sociales; Ley del País Vasco 5/1996, de 18 de octubre, de Servicios Sociales; Ley de la Comunidad Valenciana 5/1997, de 25 de junio, de Servicios Sociales; Ley 1/2002 de Servicios Sociales de La Rioja; Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales de Asturias; Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid; Ley 3/2003, de 10 de abril, de Servicios Sociales de la Región de Murcia.

³ Esta tercera generación abarcaría las leyes siguientes: Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra; Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales de Cantabria; Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña; Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales de Galicia; Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco; Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de Illes Balears; Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón; Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja; Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha; Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León.

⁴ Decreto 94/1989, de 3 de mayo, por el que se dictan normas de registro y acreditación de entidades y centros de servicios sociales de la Comunidad Autónoma de Andalucía; Decreto del Gobierno de Aragón 82/1989, de 20 de junio, por el que se regulan los mínimos materiales y de funcionamiento y los mecanismos de control y evaluación de los servicios y establecimientos sociales; Decreto de Cantabria 52/1989, de 13 de julio, de Centros y Establecimientos de Servicios Sociales; Decreto 60/1991, de 7 de mayo, sobre Autorización y Acreditación de Centros y Establecimientos de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; Decreto de Castilla y León 107/1990, de 21 de junio, por el que se regulan las condiciones y requisitos de los Centros y Establecimientos de la Tercera Edad, para su puesta en marcha y funcionamiento; Decreto 27/1987, de 29 de enero, de Ordenación de los Servicios Sociales de Cataluña; Decreto de Islas Baleares 22/1991, de 7 de marzo,

debido a la indicada parquedad de las leyes generales de primera generación, las normas reglamentarias presentaban una deficiente cobertura legal. Para cubrir este vacío, durante la década siguiente de los 90, algunas Comunidades Autónomas se vieron en la necesidad de aprobar leyes específicas en materia de disciplina y régimen sancionador⁵.

Pero, además de leyes específicas sobre determinadas instituciones, también desde mediados de los años 90 algunas Comunidades aprobaron leyes sectoriales, en particular en materia de menores, drogodependencias, personas mayores y personas discapacitadas. En el caso de Andalucía, destacan las leyes siguientes: Ley 1/1996, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor; Ley 4/1997, de 9 de julio, de Prevención y Asistencia en materia de Drogas; Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad; Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores⁶.

Ciertamente, estas leyes presentan, en rigor, un alcance que excede al ámbito estricto de los servicios sociales, pues su finalidad consiste precisamente en lograr una perspectiva integral del colectivo de que se trate⁷. Sin embargo, es innegable que debido a su mayor

regulador de las condiciones y los requisitos mínimos para la apertura y el funcionamiento de centros, servicios o establecimientos residenciales para la tercera edad; Decreto Comunidad de Madrid 147/1985, de 12 de diciembre, sobre Centros, Servicios, y Establecimientos de Bienestar Social y Decreto 91/1990, de 26 de octubre, relativo al Régimen de Autorización de Servicios y Centros de Acción Social y Servicios Sociales; Decreto Foral 76/1986, de 7 de marzo, por el que se regula la acreditación de centros y servicios especializados en áreas de servicios sociales; Decreto del País Vasco 218/1990, de 30 de julio, sobre los Servicios Sociales Residenciales para la Tercera Edad; Decreto 1/1990, de 5 de enero, por el que se regulan las condiciones mínimas que deben reunir los Centros Residenciales de la Tercera Edad ubicados en la Comunidad Autónoma de la Rioja; Decreto 40/1990, de 26 de febrero, sobre registro, autorización y acreditación de los Servicios Sociales en la Comunidad Valenciana.

⁵ Ley de la Comunidad de Madrid 8/1990, de 10 de octubre, de Actuaciones Inspectoras y de Control de los Centros y Servicios de Acción Social; Ley Foral de Navarra 9/1990, 13 de noviembre, sobre Régimen de Autorización, Infracciones y Sanciones en Materia de Servicios Sociales; Ley de Castilla-La Mancha 3/1994, de 2 de noviembre, de Protección de los Usuarios de Entidades, Centros y Servicios Sociales; Ley de Cataluña 16/1996, de 16 de abril, de Actuaciones Inspectoras en Materia de Servicios Sociales; Ley 4/1999, de 31 de marzo, Reguladora de la Función Inspectoras y Sancionadora en Materia de Servicios Sociales de Illes Balears.

⁶ Además, deben citarse la Ley 7/2001, de 12 de julio, del Voluntariado, la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía y la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁷ Así, las leyes autonómicas sobre menores no se limitan ya a ordenar las actividades administrativas en materia de protección de menores en situación de desamparo, sino que, desde una perspectiva global, recogen todas aquellas materias que pueden incidir en la situación de los menores y respecto de las cuales la Comunidad Autónoma ostente algún tipo de competencia, bien plena –como las relativas a la asistencia social, juegos, espectáculos públicos–, bien de desarrollo legislativo –como las referidas a sanidad, defensa del consumidor, enseñanza, medios de comunicación social...–. Y todo ello con objeto de determinar un marco general, de ámbito personal universal, que articule una *política de atención integral del menor* en el ejercicio de cuantos derechos les concede el ordenamiento en su conjunto, como personas y ciudadanos que son. De modo similar, las leyes autonómicas en materia de drogodependencias, desde la precursora Ley de Cataluña 20/1985, contienen una regulación global del fenómeno de las drogodependencias, considerando de forma *integral* el conjunto de actuaciones de prevención del consumo de drogas, así como del proceso continuado de asistencia e integración social de las personas drogodependientes. De este modo, estas Leyes incluyen tanto medidas de prevención orientadas a la reducción

precisión y modernidad estas leyes desplazan la ordenación contenida en las primitivas leyes generales de servicios sociales, que prácticamente quedan relegadas a los servicios sociales comunitarios o básicos. De este modo, la vigente Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía (en adelante LSSA), que frente a esta acelerada evolución normativa sigue anclada en los postulados de las leyes autonómicas de su época, con toda evidencia carece del tejido normativo necesario para encabezar el prolijo y completo ordenamiento andaluz en materia de servicios sociales.

II. CUESTIONES GENERALES

1. El sector de los servicios sociales y el sistema público

De modo similar al resto de las leyes autonómicas de su época, la LSSA –art. 1–, declaró como objeto «regular y garantizar en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza, mediante el ejercicio de una acción administrativa coordinada, un sistema público de Servicios Sociales que ponga a disposición de las personas y de los grupos en que éstas se integran recursos, acciones y prestaciones para el logro de su pleno desarrollo, así como la prevención, tratamiento y eliminación de las causas que conducen a su marginación». De este modo, el objeto de la Ley se contrae a ordenar el sistema público de servicios sociales. Esta limitada concepción se refleja también en la LSSA –art. 25–, cuando configura el papel de la iniciativa privada como de mera colaborada con el Sistema Público de Servicios Sociales.

Por su parte, la praxis ha puesto reiteradamente manifiesto que limitar el objeto de la Ley al sistema público de servicios sociales supone olvidar a la iniciativa privada que actúa al margen del mismo, con graves consecuencias para los usuarios de estos servicios, que no dejan de ser servicios sociales aun cuando no se integren en el sistema público. Esta delimitación tuvo importancia durante la primera generación de leyes de servicios sociales para delimitar el ámbito de aplicación de las normas relativas a la autorización, el registro y la inspección de entidades, servicios y centros, así como las normas de garantía del cumplimiento de los requisitos materiales y funcionales y el régimen de infracciones y sanciones. Pero en la actualidad también se extiende a las normas de relativas a los derechos y obligaciones de las personas usuarias y de los profesionales e, incluso, a la calidad de los servicios.

Sin embargo, puede observarse que la mayoría de las leyes de segunda y tercera generación siguen limitando su objeto al sistema público, eso sí subrayando la garantía de un derecho universal de acceso a los servicios sociales como derecho de la ciudadanía, y la

de la demanda, y de asistencia e incorporación social del drogodependiente, que atañen principalmente a los sistemas sanitarios y de servicios sociales, como también medidas de reducción de la oferta de drogas institucionalizadas –limitaciones a la publicidad, promoción, venta y consumo–, con el correspondiente régimen sancionador.

coordinación del sistema de servicios sociales con el resto de las áreas de la política social que incidan sectorial o transversalmente en la mejora del bienestar de la ciudadanía⁸. Así, algunas Leyes autonómicas deben resolver esta insuficiencia mediante la ampliación del ámbito de aplicación de la Ley⁹.

Con todo, algunas leyes sí diferencian entre la ordenación del Sistema Público de Servicios Sociales y la ordenación y la regulación de los servicios sociales en la Comunidad Autónoma¹⁰. A este respecto, en nuestra opinión, la ley que mejor expresa esta dualidad de objetos es la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, según la cual la Comunidad de Madrid garantiza el desarrollo de la acción social mediante un sistema público de servicios sociales destinado a contribuir al bienestar social mediante la prevención, eliminación o tratamiento de las causas que impidan o dificulten el pleno desarrollo de los individuos o de los grupos en que los mismos se integran. Para después añadir que la Comunidad de Madrid garantizará también la adecuada prestación de los servicios sociales mediante la ordenación de la actividad de las entidades, centros y servicios de acción social y el desarrollo de actuaciones de inspección y control de la calidad en los servicios por ellos prestados –art. 1–.

A nuestro modo de ver, si siempre habría sido conveniente explicitar este doble objeto de ordenación legal, hoy en día se hace imprescindible pues el impulso al reconocimiento de derechos subjetivos de acceso a prestaciones de servicios sociales que caracteriza a las modernas leyes del sector sólo puede ordenarse en el marco del sistema público, e igualmente el designio actual de impulso de la calidad de los servicios requiere diferenciar adecuadamente entre ambos tipos de servicios sociales, integrados y no integrados en el sistema público¹¹.

Ahora bien, este doble objeto diferenciado requiere también por parte del legislador una aproximación a lo que debe entenderse por servicios sociales y por sistema público de servicios sociales. Sin embargo, por lo general, las leyes de servicios sociales se limitan a

⁸ Ley 1/2003, de Asturias (art. 1); Ley Foral 15/2006, (art. 1); Ley 2/2007, de Cantabria (art. 1); Ley 12/2007, de Cataluña (art. 1); Ley 13/2008, de Galicia (art. 1); Ley 12/2008, País Vasco (art. 1); Ley 4/2009, de Baleares (art. 1); Ley 5/2009, de Aragón (art. 1); Ley 7/2009, de La Rioja (art. 1); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 1).

⁹ Es el caso de la Ley 12/2008, del País Vasco (art. 4.2) y de la Ley 7/2009, de La Rioja (art. 6).

¹⁰ Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 1). La idea aparece tímidamente en la Ley 3/2003, de la Región de Murcia, cuando incluye entre los objetos de la Ley, establecer el marco normativo básico a que deben atenerse las actuaciones públicas y privadas en materia de servicios sociales, sin perjuicio del resto de legislación que les sea aplicable –art. 1–, precepto que reproducen otras leyes posteriores.

¹¹ Así, por ejemplo, estimamos equívoco el criterio de la Ley 13/2008, de Galicia, la cual en el artículo dedicado al sistema gallego de servicios sociales, introduce un apartado del siguiente tenor: «Las entidades de naturaleza privada y carácter mercantil podrán prestar servicios sociales de acuerdo con lo establecido en la presente Ley y, en particular, en lo que se refiere a su registro, autorización, inspección y control». Parece evidente que tales servicios podrán no pertenecer al sistema.

definir el sistema público. No obstante, se trata de una cuestión fundamental para determinar el ámbito de aplicación de la Ley, sobre todo, a la iniciativa privada, con independencia de su integración o no en el sistema. Así, como se verá en el apartado correspondiente al régimen sancionador no son infrecuentes los casos en los que frente a la imputación de la prestación clandestina de servicios sociales se objeta precisamente que los servicios en cuestión no son servicios sociales, sino de otra naturaleza (por ejemplo, turísticos).

La primera ley general que hace un intento de aproximación a la noción de servicios sociales, independiente del sistema público, es la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid. Según esta Ley, los servicios sociales tendrán por finalidad la promoción del bienestar de las personas, la prevención de situaciones de riesgo y la compensación de déficit de apoyo social, centrando su interés en los factores de vulnerabilidad o dependencia que, por causas naturales o sobrevenidas, se puedan producir en cada etapa de la vida y traducirse en problemas personales –art. 2.1–. Pero, además, esta Ley acuña la noción de «necesidades sociales», al añadir que el objetivo de los servicios sociales es el de asegurar el derecho de las personas a vivir dignamente durante todas las etapas de su vida, teniendo cubiertas las «necesidades sociales», entendiendo por tales las derivadas del derecho de la persona a realizarse como ser social en el ámbito convivencial, interpersonal y familiar, y en el relacional, entre el individuo y su entorno social –art. 2.3–.

Y esta línea es seguida parcialmente por la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña, al disponer que los servicios sociales tienen como finalidad asegurar el derecho de las personas a vivir dignamente durante todas las etapas de su vida mediante la cobertura de sus «necesidades personales básicas y de las necesidades sociales», en el marco de la justicia social y del bienestar de las personas –art. 3.1–. Además, esta Ley considera que son «necesidades sociales» las que repercuten en la autonomía personal y el apoyo a la dependencia, en una mejor calidad de vida personal, familiar y de grupo, en las relaciones interpersonales y sociales y en el bienestar de la colectividad. Y por «necesidades personales básicas» se entienden las propias de la subsistencia y la calidad de vida de cada persona –art. 3.2–¹². De este modo, a la noción de «necesidades sociales», la Ley catalana añade como propia la noción de «necesidades personales básicas».

A modo de síntesis, puede convenirse que las «necesidades personales básicas» son las requeridas para la subsistencia que repercuten en la autonomía personal o en la calidad de vida del individuo, y las «necesidades sociales» las requeridas para las relaciones familiares,

¹² De manera más sucinta, la Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 3.3), declara que los servicios sociales tienen como finalidad asegurar el derecho de las personas a vivir dignamente, durante todas las etapas de su vida, mediante la cobertura y atención de sus necesidades personales, familiares y sociales, así como promover las actitudes y capacidades que faciliten la autonomía personal, la inclusión e integración social, la prevención, la convivencia adecuada, la participación social y la promoción comunitaria.

interpersonales y de grupo, y la integración y participación en la comunidad¹³. Estas aproximaciones, aun cuando todavía contienen un cierto grado de indeterminación, creo que suponen un avance conceptual no desdeñable en relación con la tradicional ambigüedad, cercana a la retórica propia de los textos como el de la vigente LSSA¹⁴. Con todo, para una mayor seguridad jurídica, sería conveniente complementar la definición general con una relación abierta de prestaciones, actividades, equipamientos o servicios que calificados de servicios sociales.

Por su parte, la noción de sistema de servicios sociales, como la de otros sistemas públicos con cobertura legal, se sustenta en la idea de elementos (básicamente recursos) interdependientes.

Así, la definición más extendida expresa que el sistema de servicios sociales está constituido por el conjunto coordinado o integrados de recursos, programas, actividades, equipamientos y prestaciones de titularidad pública y por los de titularidad privada concertados (o vinculados a través de otros mecanismos) con la Administración competente¹⁵. Todos los servicios del sistema, con independencia de su titularidad pública o privada, configuran conjuntamente la red de atención pública, si bien en alguna Ley se especifica una especial posición de ambos tipos de servicios sociales. Así, destaca la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña, que declara que los servicios sociales de titularidad pública garantizan la existencia y el desarrollo de las acciones básicas, así como la equidad territorial, que contribuyen a la justicia y al bienestar sociales –art. 2.3–, sistema en el cual la participación de los servicios sociales de titularidad privada se considera subsidiaria y complementaria respecto de los servicios sociales de titularidad pública (art. 4)¹⁶.

Finalmente, desde la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid –art. 8–, se ha generalizado la técnica de la reserva de denominación, en virtud de la cual la utilización de las principales nociones acuñadas por cada Ley (como «Sistema Público de Servicios Sociales», «Servicios Sociales Comunitarios», «Centro de Servicios Sociales Comunitario», o «Servicios Sociales Especializados», entre otras) queda

¹³ La Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 5), adopta también las nociones de «necesidades sociales» y de «necesidades personales básicas», pero erróneamente las refiere al sistema de servicios sociales.

¹⁴ Por ejemplo, la Ley 13/2008, de Galicia (art. 2), entiende por servicios sociales el conjunto coordinado de prestaciones, programas y equipamientos «destinados a garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la calidad de vida y a la participación social de toda la población gallega». Es evidente que la referencia a la calidad de vida es tan amplia que se solapa con otros sistemas de protección social, como la salud, e incluso con otras políticas no sociales, como la medioambiental.

¹⁵ Ley 3/2003, Región de Murcia (art. 3); Ley Foral 15/2006, (art. 9); Ley 2/2007, de Cantabria (art. 8); Ley 12/2007, de Cataluña (arts. 2 y 14); Ley 13/2008, de Galicia (art. 2); Ley 12/2008, del País Vasco (art. 5); Ley 4/2009, de Baleares (art. 2); Ley 7/2009, de La Rioja (art. 2); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 4).

¹⁶ Asimismo, sorprende el criterio de la Ley 16/2010, de Castilla y León, según la cual la participación de los servicios sociales de titularidad privada en el sistema se considera subsidiaria y complementaria respecto de los servicios sociales de titularidad pública (art. 4)

reservada para el Sistema Público de Servicios Sociales, prohibiéndose su uso a entidades no integradas, o el uso de cualquier otra denominación que pueda inducir a confusión con la estructura territorial, orgánica y funcional o con las prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales¹⁷. Y esta reserva se completa con la obligación de todas las entidades, públicas y privadas, centros y servicios integrados en el Sistema de servicios sociales de utilizar dicha terminología, así como los símbolos que faciliten la identificación visual.

2. Los principios rectores del sistema público

A) *Los principios generales en la LSSA*

Como el resto de las leyes autonómicas, la LSSA –art. 2– enunció un conjunto de principios generales que se supone deben informar el Sistema de Servicios Sociales, si bien presentan una eficacia dudosa, a lo sumo como principios que orientan la interpretación de las normas contenidas en la ley y en las disposiciones que se dicten en su desarrollo¹⁸. Por su parte, las modernas leyes de servicios sociales no han hecho sino multiplicar estas relaciones de principios generales, si bien en algunos casos se diferencia entre «principios rectores» o programáticos, que inspiran el sistema y «principios operativos», de carácter organizativo y metodológico¹⁹.

1º. *Responsabilidad pública*: «mediante la adscripción por los poderes públicos de recursos financieros, humanos y técnicos adecuados a la consecución de los objetivos propuestos». Como puede verse, la LSSA asocia el principio de responsabilidad pública exclusivamente a la idea de adscripción de medios, por lo demás de una vaguedad extrema²⁰.

Conviene subrayar que la cuestión del papel de la Administración en el campo de la acción de sociales no es en absoluto nueva. Durante el siglo XIX, desde una perspectiva conservadora se defendió el carácter preferente de la iniciativa privada, dejando sólo al Estado aquellas parcelas donde aquélla no llegue. Así, Concepción Arenal criticó la Ley de Beneficencia de 1849 por entender que el intervencionismo estatal debilitaba los sentimientos de caridad. Y, al mismo tiempo, se dirá que un exceso de medidas protectoras por parte del Estado son “mortíferas al vigor productivo”. Por ello se dirá que el Estado debe

¹⁷ Ley 2/2007, de Cantabria (art. 11); Ley 5/2009, de Aragón (art. 3.5); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 6).

¹⁸ Así, Ley 3/2003, Región de Murcia (art. 5); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 7).

¹⁹ Ley 2/2007, de Cantabria (art. 10); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 6).

²⁰ En este sentido, las leyes autonómicas de primera generación declaraban el principio de responsabilidad pública en el sentido de que es responsabilidad de los poderes públicos “promover”, “adscribir”, “proveer” o “aportar” o “garantizar” los recursos financieros, humanos y técnicos adecuados a la consecución de los objetivos propuestos. Ley Foral de Navarra 14/1983, –art. 2–; Ley de Baleares 9/1987, –art. 6–; Ley de la Comunidad de Madrid 11/1984, –art. 3–; Ley de Asturias 5/1987, –art. 3–.

limitarse a cumplir funciones de control y represión de los individuos, de fiscalización y tutela de las instituciones privadas, y sólo deberá realizar funciones asistenciales de modo subsidiario a la iniciativa privada²¹.

Tal vez como reacción a la beneficencia, cuando se aprueban las leyes autonómicas del sector en la década de los 80, con esta idea de la responsabilidad pública se pretendía ir más allá, en el sentido de que la Administración, autonómica y local, acaparara el protagonismo en la prestación de los servicios sociales, lo cual es manifiesto al referirse las leyes a la adscripción de recursos humanos. Y, asimismo, se intentó desplazar a la iniciativa social “sin ánimo de lucro” a un papel estrictamente secundario y subordinado de mero “colaborador” de la Administración²², omitiendo además la menor referencia a la iniciativa social “con ánimo de lucro”, como si la consecución del lucro en este sector fuese una actividad inmoral, de tal modo que, sencillamente, fue ignorada, cuando la diferencia entre un tipo u otro de iniciativa a veces es extraordinariamente lábil.

Ciertamente, de la estructura de los principios rectores de la política social y económica se infiere que el legislador –en este caso el autonómico– está legitimado para disponer los medios y técnicas para la consecución de los objetivos establecidos en la Constitución, en el sentido de ordenar un mayor o menor intervencionismo administrativo. Con un único límite. En efecto, la mencionada responsabilidad pública no puede significar una monopolización por parte de los poderes públicos de la actividad en este sector. Pues la potestad de reserva de actividades al sector público prevista en la Constitución –art. 128.2–, encuentra en este punto un claro límite, al declarar la Constitución –art. 41– que la asistencia y prestaciones complementarias serán “libres”, lo cual significa que en este ámbito se imposibilita la monopolización de los poderes públicos de la actuación, sin que pueda reducirse la participación de los particulares a la técnica de la concesión administrativa²³. El propio Tribunal Constitucional (STC 146/1986) declaró que en una materia tan compleja como la acción social, las competencias exclusivas no pueden articularse en un sentido estricto de exclusión de actuación de entidades privadas, que gozan de una esfera de libertad que consagra la Constitución –art. 41–.

²¹ Vid. Trinidad Fernández, *Historia de la Acción Social Pública en España*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, p. 116.

²² En esta finalidad no es ajena el tradicional protagonismo de la Iglesia en este sector.

²³ En este sentido, Beltrán García, 1992, pp. 138 y 140, se refiere a un servicio público compartido, no monopolístico. Históricamente, en los servicios asistenciales –sanitarios, educativos, sociales– la perspectiva ha sido la opuesta a la de los servicios económicos, en el sentido de que en éstos se ha buscado la exclusividad sobre un ámbito territorial –municipal o nacional–, con objeto de rentabilizar la explotación de la actividad por parte del sector público de que se tratase, de aquí que se predicara el monopolio como nota característica de estos servicios público. Pero en relación con los servicios asistenciales la perspectiva era la opuesta, lo que se trataba –y aún se trata– es de suplir a la iniciativa social en determinados sectores no cubiertos por la misma o en los que ésta era insuficiente, de ahí que Garrido Falla señalara estos ámbitos no se daba la exclusividad. Sobre la polémica doctrinal, vid. Beltrán Aguirre, 1992, 138 y ss.

En definitiva, es admisible la “publicación” de este sector por el legislador, pero sin que esta publicación pueda alcanzar a excluir a la libertad de empresa, y, más ampliamente, a la iniciativa social en este sector, lo cual iría, en última instancia, en contra del propio principio del libre desarrollo de la personalidad –art. 10.1 CE–. En ejercicio de su libertad de configuración normativa, el legislador al publicar esta actividad puede optar por calificarla de servicio público, con todo lo que comporta como título de intervención sobre la misma –reglamentación, programación, control, disciplina...–, pero sin que puede propiamente arrogarse la titularidad de la actividad misma²⁴.

Ahora bien, los hechos, desde luego, no han parecen corroborar esa pretensión de hegemonía del sector público, y en no pocos subsectores el protagonismo, hoy como ayer, sigue correspondiendo, como probablemente no puede ser de otro modo, a la iniciativa social. Pero no sólo a esa iniciativa social “sin ánimo de lucro” admitida oficialmente por las leyes del sector y que debe ser, incluso, fomentada, sino que también ha proliferado en algunos ámbitos la iniciativa con fin de lucro, en no pocos casos completamente al margen de la autoridad oficial, con graves deficiencias en el control por parte de ésta última²⁵.

De hecho, desde la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, se ha dotado a este principio de una significación diversa. No se trata ya tanto de que la Administración asuma la gestión o prestación de los servicios sociales, como de responsabilizar a los poderes públicos de la promoción, planificación, coordinación, control y evaluación del sistema de servicios sociales²⁶. En todo caso, debe señalarse que el sistema público de servicios sociales ha sido consagrado por el Estatuto de Autonomía para Andalucía –art. 23.2–, que declara garantizar el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de «un sistema público de servicios sociales».

²⁴ Cuando se habla –como hace Beltrán Aguirre, 1992, p. 142– de que la declaración de responsabilidad pública significa ostentar la titularidad de la actividad aunque sin reserva exclusiva, en concurrencia con los particulares, se incurre en una cierta confusión, pues ¿qué titularidad es esa que no es excluyente. La responsabilidad pública no implica necesariamente titularidad, la cual cuando se da sí comporta la nota de exclusividad, de reserva, de monopolio. Por ello no se comparte la idea de algunos autores –Garcés Sanagustín, 1996, 2, p. 639–, según la cual la iniciativa social es subsidiaria de la acción social pública.

²⁵ M. A. Martínez Román –E. Guillen Sadaba, “La reorientación de los servicios sociales en los 80”, en *El Derecho y los servicios sociales*, García Villaluenga (coord.), Comares, 1997, p. 20– observan una oscilación exagerada entre los dos polos, el público y el privado, pasando de un énfasis inicial en lo público –entendiendo que responsabilidad pública equivalía a servicios sociales únicamente públicos–, a la situación actual de privatización, en la que parece que todo tiene que hacerse a través de servicios privados, con el riesgo de disminución en la calidad de los servicios públicos.

²⁶ Ley 12/2007, de Cataluña (art. 5); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 6); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 7). Por su parte, la Ley 12/2008, del País Vasco (art. 7), presenta la singularidad de vincular este principio al criterio de la gestión pública directa de determinadas prestaciones del sistema (las prestaciones de acceso y primera acogida de las demandas y de las directamente asociadas a la coordinación de caso) y a la prevalencia de la gestión pública y de la gestión a través de la iniciativa social en la provisión de los servicios del sistema. También en este sentido, la Ley 1/2003, de Asturias –art. 5–, al carácter subsidiario de la iniciativa pública.

2º. *Solidaridad*: «mediante la justa distribución de los recursos tanto entre las personas y grupos sociales como entre los distintos ámbitos territoriales, a fin de fomentar la colaboración y apoyo recíprocos y superar las condiciones que dan lugar a la marginación». Se trata de un principio que no explicitado en algunas leyes autonómicas²⁷, y cuando se recoge no se hace siempre con el mismo significado. Así, si bien hay leyes que mantienen el criterio de la LSSA que identifica la solidaridad con justicia social²⁸, y que algunas leyes denominan principio de equidad²⁹, desde la Ley 11/2003, Comunidad de Madrid (art. 3) se ha extendido otra noción de solidaridad orientada hacia las relaciones entre las personas y los grupos sociales y la implicación ciudadana en la superación de las condiciones que provoquen situaciones de marginación, mediante el impulso del voluntariado y el tejido asociativo³⁰.

3º. *Igualdad y universalidad*: «mediante la atención de todos los ciudadanos sin discriminación alguna por razón de sexo, estado, raza, edad, ideología o creencia». Como puede verse, en realidad, el precepto únicamente describe el principio de igualdad, no el de universalidad³¹. Asimismo, la igualdad se describe en su acepción de no discriminación, y de forma limitada, pues actualmente se añade una cláusula general referente a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Además, las leyes modernas añaden que este principio es compatible con una discriminación positiva y políticas de igualdad de oportunidades y de trato para la prevención y superación de las discriminaciones existentes en el seno de la sociedad³², tal como declara expresamente el propio Estatuto de Autonomía para Andalucía –art. 14–. Más aún, las modernas leyes declaran de forma positiva que las políticas deberán integrar en su diseño y aplicación, entre otros criterios, los de la perspectiva de género y la accesibilidad universal³³. Por lo demás, no faltan leyes que asignan al principio de igualdad un significado distinto³⁴.

²⁷ Ley 1/2003, de Asturias –art. 5–; Ley 12/2008, del País Vasco (art. 7); Ley 7/2009, de La Rioja (art. 7).

²⁸ Ley 12/2007, de Cataluña (art. 5); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 7).

²⁹ Ley 2/2007, de Cantabria (art. 10); Ley 5/2009, de Aragón (art. 5); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 6).

³⁰ Ley 3/2003, Región de Murcia (art. 5); Ley 13/2008, de Galicia (art. 4); Ley 4/2009, de Baleares (art. 4); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 6). Por su parte, la Ley Foral 15/2006, ofrece una noción diversa de solidaridad, en virtud de la cual los poderes públicos deberán orientar sus actuaciones a favorecer la cohesión social de la población, fomentando el respeto y la aceptación de las diferencias de las personas para conseguir una convivencia en armonía –art. 5–.

³¹ Es también el criterio de la Ley 3/2003, Región de Murcia (art. 5); Ley 4/2009, de Baleares (art. 4).

³² Ley 1/2003, de Asturias (art. 5); Ley 11/2003, Comunidad de Madrid (art. 3); Ley 13/2008, de Galicia (art. 4); Ley 12/2008, del País Vasco (art. 7); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 6); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 7). Por su parte, la Ley 12/2007, de Cataluña (art. 5), precisa que esta discriminación positiva debe justificarse en una investigación de la igualdad real y debe facilitar la integración social.

³³ Ley 5/2009, de Aragón (art. 5); Ley 7/2009, de La Rioja (art. 7).

³⁴ La Ley Foral 15/2006, (art. 5) declara, a propósito del principio de igualdad, que el Gobierno de Navarra deberá garantizar la existencia de unas prestaciones mínimas homogéneas. en todo el territorio de la Comunidad Foral de Navarra

De otro lado, el principio de universalidad significa el acceso de todas las personas al sistema de servicios sociales. De este modo, se ha tratado de subrayar que el sistema de servicios sociales se dirige al conjunto de la población y no a un grupo social concreto, con lo que se trata de superar la antigua condición de la beneficencia como servicios para “pobres” (Beltrán Aguirre). Con ello se pretende resaltar que los servicios sociales son servicios *normalizados*, de modo similar a los servicios públicos de los sistemas educativo o sanitario, dirigidos a satisfacer las necesidades de la población en general, y no solamente de las personas pobres o menos favorecidas. Es decir, se trata de superar la idea de marginalidad asociada a la beneficencia, como conjunto de servicios específicos para pobres –“Derecho de pobres”–³⁵.

Sin embargo, esta no ha sido la realidad del sector, en la cual la escasez de recursos disponibles por el sistema ha determinado que sea la capacidad económica, y no la necesidad objetiva del servicio o prestación, el factor determinante en el acceso al sistema de servicios sociales. Más aún, debido a la escasez de recursos públicos frente a una demanda desbordante, los sistemas de servicios sociales se han caracterizado por imponer unos requisitos económicos extremos, que han dejado fuera de los sistemas a las clases medias³⁶.

Tal vez para superar esta situación, y empujadas por la Ley 39/2006, de 14 de noviembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia³⁷, las modernas leyes de servicios sociales han situado al principio de universalidad en la primera posición en las declaraciones de principios. Más aún, como se ha señalado antes, con el fin de hacer efectivo el derecho subjetivo de los ciudadanos a los recursos y prestaciones del sistema público (al menos, a las calificadas como esenciales o garantizadas), el principio de universalidad ha pasado incluso a formar parte de la definición del

³⁵ Sin embargo, como ha resaltado la doctrina (Garcés Sanagustín, Alonso Seco), se trata de una universalidad *relativa*, en el sentido de que es inherente al sistema de servicios sociales conceder una atención preferente a las personas o grupos más necesitados.

³⁶ Así, en relación con una solicitud del servicio de ayuda a domicilio, el Defensor del Pueblo Andaluz (*Informe al Parlamento de Andalucía 1998*, p. 894) señaló que, en ningún momento, la falta de recursos económicos describe a los colectivos destinatarios del servicio de ayuda a domicilio, sino que es la autonomía del individuo para realizar las actividades de la vida diaria la que debe tenerse en cuenta, y valorar para decidir la concesión de la ayuda a domicilio, y no circunstancias independientes a ella, como lo es la situación económica de los solicitantes. Lo que sí puede determinar la capacidad económica es la contribución del usuario en la financiación del servicio, siempre que quede garantizado que las familias con rentas inferiores acceden de forma gratuita. De este modo, sí se cumpliría el carácter universal de este servicio.

³⁷ La Ley 39/2006, declara la universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación –art. 3.b)–. Así, el reconocimiento de la situación de dependencia depende exclusivamente de “la capacidad de la persona para llevar a cabo por sí misma las actividades básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión para su realización por personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental” –art. 27.4–. Y, sobre todo, la Ley establece que la prioridad en el acceso a los servicios vendrá determinada por el grado y nivel de dependencia y, sólo a igual grado y nivel, por la capacidad económica del solicitante –art. 14.6–.

propio sistema de servicios sociales en las más modernas leyes autonómicas³⁸. Ahora bien, las leyes precisan que el principio de universalidad no excluye que el acceso pueda condicionarse al hecho de que los usuarios cumplan determinados requisitos y paguen una contraprestación económica para asegurar la corresponsabilidad entre usuarios y administraciones públicas y la sostenibilidad del sistema³⁹.

4°. *Participación*: «mediante la intervención de los ciudadanos y usuarios, a través de los cauces adecuados, en la promoción y control de los Servicios Sociales». En realidad, la participación en este sector es reclamada directamente por la propia Constitución –art. 129.1–, al disponer que la Ley establecerá las “formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de vida o al bienestar general”, entre los que, obviamente, se encuentran los organismos competentes en materia de servicios sociales (Beltrán Aguirre). Más aún, puede afirmarse que si bien la participación es un principio general predicable a todos los sistemas públicos de protección social, en el caso del sistema de servicios sociales la idea de participación alcanza a la misma finalidad institucional del sistema. Pues bien, como se verá más adelante, la LSSA dedica a la participación el Capítulo II del Título IV, cuyo contenido se examina más adelante, si bien puede anticiparse que la plasmación del principio participativo en la LSSA es francamente pobre, y de carácter organicista.

Por su parte, las leyes recientes refieren la participación a la planificación o programación y evaluación o seguimiento de los servicios sociales, y se refieren no sólo a la participación a título individual sino también colectivamente, a través de las organizaciones de la sociedad civil y de los sectores afectados⁴⁰. Más aún, la Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 7) lleva el principio de participación a «cada persona usuaria en la toma de decisiones y seguimiento de las actuaciones que les afecten, promoviendo su protagonismo en la gestión de su propio cambio y en la libre elección entre las alternativas de atención a que pudiera tener derecho para la cobertura de sus necesidades».

5°. *Prevención*: «mediante la adopción de medidas orientadas hacia la eliminación de las causas de la marginación». Como es sabido, las políticas de servicios sociales deben actuar sobre las causas de las necesidades sociales (mejor esta expresión que la de «problemas» sociales), y que originan la exclusión o limitan el desarrollo de una vida autónoma, naturalmente sin perjuicio de la actuación simultánea para su superación una vez

³⁸ Así, la Ley 12/2007, de Cataluña (art. 1), declara que regula y ordena el sistema de servicios sociales «con el fin de garantizar el acceso *universal* al mismo para hacer efectiva la justicia social y promover el bienestar del conjunto de la población». Y de modo similar se expresa la Ley 4/2009, de Baleares (art. 1); Ley 7/2009, de La Rioja (art. 1.2); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 1); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 1).

³⁹ Ley Foral 15/2006, (art. 5); Ley 12/2007, de Cataluña (art. 5); Ley 13/2008, de Galicia (art. 4); Ley 12/2008, del País Vasco (art. 7); Ley 7/2009, de La Rioja (art. 7); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 7).

⁴⁰ Ley 12/2007, de Cataluña (art. 5); Ley 13/2008, de Galicia (art. 4); Ley 12/2008, del País Vasco (art. 7); Ley 5/2009, de Aragón (art. 5); Ley 7/2009, de La Rioja (art. 7).

sobvenidas⁴¹. Así, con una terminología más actual, este principio se mantiene en las leyes modernas de servicios sociales, ocasionalmente ligado a la dimensión o enfoque comunitario de las intervenciones sociales⁴². Asimismo, una de las consecuencias del carácter prioritario de las acciones preventivas es la preferencia de las intervenciones sociales en el ámbito comunitario (el llamado enfoque comunitario)⁴³. Por lo demás, el principal instrumento de este principio no es otro que la planificación de las actuaciones, tal como se señala más adelante.

6°. *Globalidad*: «mediante la consideración integral de la persona y de los grupos sociales y no sólo de sus aspectos parciales». Llamado también de intervención integral⁴⁴, con este principio se trata de considerar conjuntamente los aspectos relativos a la prevención, atención, promoción e inserción, evitando la fragmentación de las actuaciones derivada de la complejidad de la realidad social y de la distribución de las competencias en cuanto a los recursos sociales. Además, alguna ley infiere de esta actuación integral el criterio según el cual, salvo que la naturaleza de la intervención técnica no lo permita, ésta tendrá un carácter interdisciplinar, promovándose el trabajo en equipo⁴⁵. Más aún, las leyes más modernas anudan este principio al de atención personalizada⁴⁶.

7°. *Normalización e integración*: «mediante la utilización de los cauces normales que la sociedad establece para la satisfacción de las necesidades sociales y culturales, respetando el medio familiar, el entorno social y el derecho a la diferencia». En realidad, aquí se aluden a dos principios, relacionados pero diferenciados. De un lado, el principio de normalización obliga conceder preferencia a la atención a través de instituciones de carácter general salvo cuando por sus características personales los ciudadanos requieran una atención específica. Es decir, se trata de evitar, siempre que sea posible, las situaciones de marginación asistencial, procurando el acceso de los ciudadanos a los recursos normalizados, pues constituye una contradicción pretender integrar desde la segregación⁴⁷.

Este principio es se reproduce en algunas leyes sectoriales. Así, la Ley 1/1999, de 31 marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad, bajo el rótulo de principio de normalización, declara que las medidas tendentes a la promoción educativa, cultural, laboral y social de las personas con discapacidad se llevarán a cabo atendiendo a sus característi-

⁴¹ Como precisa la Ley 1/2003, de Asturias (art. 5).

⁴² Ley 12/2007, de Cataluña (art. 5); Ley 13/2008, de Galicia (art. 4).

⁴³ Ley 2/2007, de Cantabria (art. 10); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 7).

⁴⁴ Ley 1/2003, de Asturias (art. 5); Ley Foral 15/2006, (art. 5); Ley 12/2008, del País Vasco (art. 7); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 6); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 7).

⁴⁵ Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 7).

⁴⁶ Ley 12/2008, del País Vasco (art. 7); Ley 7/2009, de La Rioja (art. 7).

⁴⁷ Ley 3/2003, Región de Murcia (art. 5).

cas individuales mediante su acceso a las instituciones o actuaciones de carácter general, excepto cuando por las características de su discapacidad requieran una atención peculiar a través de actividades, servicios y centros especiales –art. 5–⁴⁸.

De otro lado, bajo la idea de integración, se hace referencia a lo que las leyes más recientes denominan dimensión o enfoque comunitario, en virtud del cual los servicios sociales deben promover el mantenimiento de las personas usuarias en el entorno familiar y social habitual, evitando el desarraigo de su contexto conocido en la medida de lo posible, garantizándoles la participación en la vida de su comunidad siempre que sea posible, y promoviendo las actitudes y capacidades que faciliten la inclusión e integración social de las personas. Asimismo, alguna ley precisa que dicho enfoque comunitario implica la participación de las personas interesadas (integración activa), y tiene por objetivo que los cambios y las mejoras que se produzcan sean sostenibles y perdurables en el tiempo⁴⁹.

En una síntesis de ambos principios de normalización e integración puede decirse que los servicios sociales del sistema público deben prestarse a través de los medios habituales, evitando los servicios que separen las personas de su unidad de convivencia y de la comunidad o que no las integren en las mismas, a fin de favorecer su inserción en las actividades familiares, convivenciales, laborales y sociales⁵⁰.

8º. *Planificación y coordinación*: «mediante la adecuación de los recursos a las necesidades sociales y la armonización de las iniciativas públicas entre sí, y de éstas con la iniciativa social»⁵¹. En puridad, la coordinación es un principio organizativo y la planificación no es más que una técnica, eso sí posiblemente la más acabada, al servicio de la coordinación y de otros principios (como los de eficacia y equidad territorial del sistema). De hecho, la propia LSSA –art. 15–, declara que el Plan Regional de Servicios Sociales «marcará las directrices que constituirán las pautas para la coordinación de los presupuestos y las actuaciones de las distintas Administraciones públicas». En cambio, la LSSA no contempla otros mecanismos de coordinación, en particular interadministrativa, que se han generalizado en las modernas leyes de servicios sociales (como los consejos interadministrativos

⁴⁸ De forma mucho más incierta se pronuncia la Ley 4/1997, de 9 julio, de Prevención y Asistencia de Drogas, cuando declara que las Administraciones Públicas andaluzas, dentro de sus respectivos ámbitos de competencias y de acuerdo con lo previsto en este título, efectuarán las actuaciones precisas para garantizar a las personas drogodependientes, en iguales condiciones que al resto de la población, la atención sanitaria y social adecuada a sus necesidades y a los niveles de prestaciones existentes en la red ordinaria de Salud y Servicios Sociales –art. 13–.

⁴⁹ Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 6).

⁵⁰ Ley 12/2007, de Cataluña (art. 5).

⁵¹ De modo similar, las leyes de primera generación, Ley del País Vasco 6/1982, –art. 5–; Ley Foral de Navarra 14/1983, –art. 2–; Ley de la Comunidad de Madrid 11/1984, –art. 3–; Ley de la Región de Murcia 8/1985, –art. 6–; Ley de Cataluña 26/1985, –art. 3–; Ley de Castilla-La Mancha 3/1986, –art. 2–; Ley de La Rioja 2/1990, –art. 3–; Ley de Aragón 4/1987, –art. 3–; Ley de Asturias 5/1987, –art. 3–; Ley de Galicia 3/1987, –art. 3–.

de servicios sociales), y la experiencia de aprobación de planes regionales de servicios sociales ha sido francamente pobre (con un solo plan aprobado).

Lo cierto es que la coordinación presenta una relevancia especial en el ámbito de los servicios sociales, a diferencia de otros sistemas de protección social. En concreto, mientras que en materia de salud y educación, al corresponder las competencias de gestión íntegramente a las Comunidades Autónomas, de tal modo que el papel de las entidades locales es claramente subordinado, de colaboración y participación en una gestión autonómica, por el contrario, en el ámbito de los servicios sociales, presidido –como se verá– por un principio de descentralización, coexisten competencias gestoras de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, lo cual sitúa en un primer plano la importancia de la coordinación para garantizar la unidad y cohesión del sistema, así como la igualdad efectiva en el acceso a las prestaciones. Más aún, la descoordinación administrativa en esta materia, puede ocasionar no ya problemas de ineficacia sino dar lugar a situaciones dramáticas⁵².

Por otra parte, las modernas leyes del sector conceden al principio de coordinación un sentido más amplio, no sólo hacia dentro del sistema público, sino también del sistema de servicios sociales con los diversos sistemas públicos de protección o de bienestar social, dentro de los cuales se incluyen la educación, la salud, las pensiones, el empleo y la vivienda, todo ello con la finalidad de establecer actuaciones coherentes y programas de actuación conjuntos⁵³. De otro lado, el principio de actuación programada bien entendido lleva implícito el principio de evaluación, esto es los elementos de seguimiento y control de la eficacia y eficiencia económica y social del sistema y de su gestión⁵⁴.

9º. *Descentralización*: «mediante el progresivo desplazamiento de la gestión de los servicios sociales hacia los órganos e instituciones más próximas al usuario». Dado el carácter autonómico de los sistemas de servicios sociales, cuando se incorpora en el seno de cada uno de ellos el principio de descentralización parece claro que propugna una transferencia o traspaso de competencias desde la Comunidad Autónoma a las Entidades Locales de su territorio. Sin embargo, la LSAA se expresa en términos ambiguos (“órganos e instituciones más próximas al usuario”), lo que podría englobar la simple desconcentración. Por el contrario, debe subrayarse que el significado profundo del principio constitucional de descentralización (art. 103.1 CE) no se refiere a un mero acercamiento o proximidad física, como parece inferirse de su confusión en las leyes autonómicas con la idea de proxi-

⁵² En Andalucía, el Defensor del Pueblo Andaluz –Informe al Parlamento 1996, p. 84–, ha denunciado el desconcierto administrativo que ha venido reinando en la Junta de Andalucía ha propiciado unos niveles de descoordinación que repercute en el grado de eficacia de la gestión administrativa. La dualidad de dispositivos administrativos –Diputaciones Provinciales o Junta de Andalucía– ha originado situaciones de disfuncionalidades entre las distintas unidades.

⁵³ Ley 12/2007, de Cataluña (art. 5); Ley 13/2008, de Galicia (art. 4); Ley 4/2009, de Baleares (art. 4); Ley 7/2009, de La Rioja (art. 7); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 7).

⁵⁴ Ley 5/2009, de Aragón (art. 5).

midad⁵⁵, sino que la descentralización alude a un mayor pluralismo político territorial. En este sentido, alguna ley define correctamente el principio de descentralización en términos más inequívocos: los servicios sociales serán gestionados preferentemente por las administraciones locales⁵⁶. Asimismo, alguna Ley alude a este principio con la denominación de subsidiariedad⁵⁷.

En todo caso, la medida de la efectiva descentralización vendrá dada por la atribución de competencias propias a las Entidades Locales en materia de servicios sociales contienen. Sin embargo, como se verá más adelante, la LSSA no fue consecuente que este principio de descentralización, pues todas las competencias que reconoció a Diputaciones y Ayuntamientos son con carácter delegado –arts. 18 y 19–.

B) Otros principios en materia de servicios sociales

Por lo demás, las modernas leyes de servicios sociales contienen otros principios, entre los cuales podemos diferenciar dos grupos. Por un lado, se sitúan aquellos principios que pueden considerarse más o menos extendidos o aceptados:

- *Atención personalizada*. El sistema de servicios sociales debe asegurar una atención personalizada mediante la valoración integral de la situación personal, familiar y comunitaria del usuario o usuaria⁵⁸. Como se indicó antes, otras leyes vinculan este principio al de atención integral.
- *Fomento de la autonomía personal*. El sistema de servicios sociales favorecerá que las personas dispongan de la capacidad necesaria para desarrollar sus proyectos vitales, esto es, tomar decisiones personales acerca de cómo vivir y elegir sobre sus propias preferencias, la autosuficiencia económica y la participación activa en la vida comunitaria (es decir, participar y desenvolverse en los distintos ámbitos sociales, políticos, económicos, laborales, culturales y educativos), y siempre con respeto a la libre decisión de las personas⁵⁹.

⁵⁵ Ley Foral 15/2006, (art. 5); Ley 12/2008, del País Vasco (art. 7); Ley 5/2009, de Aragón (art. 5); Ley 7/2009, de La Rioja (art. 7); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 6); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 7).

⁵⁶ Ley 3/2003, Región de Murcia (art. 5).

⁵⁷ Ley 12/2007, de Cataluña (art. 5).

⁵⁸ Ley 12/2007, de Cataluña (art. 5); Ley 4/2009, de Baleares (art. 4); Ley 5/2009, de Aragón (art. 5); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 6).

⁵⁹ Ley Foral 15/2006, (art. 5); Ley 2/2007, de Cantabria (art. 10); Ley 12/2007, de Cataluña (art. 5); Ley 13/2008, de Galicia (art. 4); Ley 4/2009, de Baleares (art. 4); Ley 5/2009, de Aragón (art. 5); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 6); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 7).

- *Promoción del voluntariado y de la iniciativa social.* Englobado en algunas leyes dentro del principio de solidaridad, otras lo declaran como principio autónomo, según el cual los poderes públicos promoverán la colaboración solidaria de la ciudadanía en el ámbito de los servicios sociales, a través de la participación de las organizaciones de voluntarios siempre que su función no suponga la sustitución de los servicios profesionales necesarios⁶⁰.
- *Calidad de los servicios.* La formulación más completa de este principio está contenida en la Ley 12/2008, del País Vasco (art. 7), según la cual las administraciones públicas competentes deberán garantizar la existencia de unos estándares mínimos de calidad para los principales tipos de prestaciones y servicios, mediante la regulación, a nivel autonómico, de los requisitos materiales, funcionales y de personal que con carácter de mínimos deberán respetarse, y fomentarán la mejora de dichos estándares, y promover el desarrollo de una gestión orientada a la calidad en el conjunto del Sistema de Servicios Sociales⁶¹. Lo cierto es que la calidad de los servicios públicos constituye hoy en día un paradigma insoslayable, de tal modo que la calidad ha pasado a constituir uno de los objetos de las modernas leyes de servicios sociales⁶². Más adelante se dedica un capítulo de este trabajo a la calidad de los servicios sociales.
- *Continuidad de los servicios.* A veces vinculado al principio de atención personalizada, reclama que el sistema de servicios sociales debe garantizar la continuidad en el tiempo de las prestaciones, sin que se produzca una reducción o supresión injustificada de cualquiera de los servicios que integran el sistema⁶³.
- *Transversalidad.* El sistema de servicios sociales debe fundamentarse en la transversalidad de sus objetivos y en la necesaria interrelación entre los diferentes sistemas de protección social, asegurándose por los poderes públicos la coordinación y coherencia entre las acciones y programas de la política de servicios sociales y los de las restantes políticas públicas⁶⁴.

⁶⁰ Ley Foral 15/2006, (art. 5); Ley 12/2008, del País Vasco (art. 7); Ley 5/2009, de Aragón (art. 5); Ley 7/2009, de La Rioja (art. 7); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 7).

⁶¹ En idéntico sentido, Ley 7/2009, de La Rioja (art. 7). Véanse otras formulaciones en Ley 1/2003, de Asturias (art. 5); Ley Foral 15/2006, (art. 5); Ley 2/2007, de Cantabria (art. 10); Ley 12/2007, de Cataluña (art. 5); Ley 4/2009, de Baleares (art. 4); Ley 5/2009, de Aragón (art. 5); Ley 7/2009, de La Rioja (art. 7); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 6); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 7).

⁶² Ley 12/2007, de Cataluña (art. 1); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 1); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 1).

⁶³ Ley 12/2008, del País Vasco (art. 7); Ley 7/2009, de La Rioja (art. 7); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 7). A esta continuidad parece aludir la Ley 2/2007, de Cantabria (art. 10), cuando declara la atención integral y «longitudinal».

⁶⁴ Ley 5/2009, de Aragón (art. 5); Ley 7/2009, de La Rioja (art. 7); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 6).

De otro lado, existen una serie de principios que pueden calificarse de peculiares de una o dos leyes autonómicas:

- *Equidad territorial*. Aun cuando podría derivarse del principio de solidaridad en su dimensión territorial, otras leyes lo enuncian como principio autónomo, en virtud del cual en el desarrollo de la red de centros y servicios se tendrá en cuenta la necesidad de compensar los desequilibrios territoriales, mediante una oferta equitativa y equilibrada de servicios en todo el territorio⁶⁵.
- *Economía, eficiencia y eficacia*. El sistema de servicios sociales debe gestionarse con criterios de economía, eficiencia y eficacia⁶⁶. Ahora bien, como matiza alguna ley, deberán aplicarse en la valoración de la eficacia social criterios correctores que tengan en consideración la complejidad de los procesos de recuperación, normalización e inclusión social de las personas y grupos⁶⁷.
- *Respeto por los derechos de la persona*. Las actuaciones en materia de servicios sociales deben respetar siempre la dignidad de la persona y sus derechos⁶⁸. En sentido estricto, este principio sería innecesario, pues va de suyo que la Administración debe respetar la legalidad (más aún, como es bien sabido, la legalidad constituye el fundamento mismo de la actuación administrativa –art. 103.1 CE–, sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales, que constituyen el fundamento del orden político –art. 10.1 CE).
- *Carácter interdisciplinar de las intervenciones*. Con el fin de garantizar el carácter integral de la atención prestada y la aplicación racional y eficiente de los recursos públicos, se favorecerá la interdisciplinariedad de las intervenciones, promoviendo el trabajo en equipo y la integración de las aportaciones de las diversas profesiones del ámbito de la intervención social y cualesquiera otras que resulten idóneas⁶⁹.
- *Fomento de la cohesión social*. El sistema de servicios sociales debe contribuir a la cohesión social incorporando elementos que favorezcan la inclusión y la integración social⁷⁰.

⁶⁵ Ley 13/2008, de Galicia (art. 4); Ley 4/2009, de Baleares (art. 4).

⁶⁶ Ley 1/2003, de Asturias (art. 5); Ley 12/2007, de Cataluña (art. 5); Ley 13/2008, de Galicia (art. 4). Por su parte, la Ley 3/2003, de la Región de Murcia (art. 5) declara que la prestación de los servicios sociales se ha de llevar a cabo con la máxima simplificación, racionalización y eficacia posibles, en cuanto a la práctica de los procesos administrativos y la utilización de los recursos disponibles.

⁶⁷ Ley 13/2008, de Galicia (art. 4).

⁶⁸ Ley 12/2007, de Cataluña (art. 5); Ley 4/2009, de Baleares (art. 4).

⁶⁹ Ley 12/2008, del País Vasco (art. 7).

⁷⁰ Ley 12/2007, de Cataluña (art. 5).

- *Concurrencia*. De los diferentes agentes sociales y de la iniciativa privada, en la satisfacción de las necesidades sociales de la población, bajo la supervisión de las administraciones públicas⁷¹.
- *Integración de la perspectiva de género*. Incluido generalmente en el principio de igualdad, se declara que en el diseño, planificación, ejecución y evaluación de las acciones que se desarrollen se considerará con carácter general la integración de la perspectiva de género, procurando en el resultado de las mismas el respeto a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, así como la atención específica a las situaciones de especial vulnerabilidad que afecten particularmente a las mujeres⁷².
- *Protección del interés general*. La Consejería competente en materia de servicios sociales velará por la protección de los destinatarios de los servicios, el mantenimiento del orden público y la seguridad pública, así como el cumplimiento de los objetivos de política social, de conformidad con la normativa comunitaria europea relativa a los servicios en el mercado interior⁷³. Lo cierto es que va de suyo que la Administración debe perseguir, en todo momento, el interés general (art. 103.1 CE).
- *Respeto a la diversidad*. Los servicios sociales deberán promover, como elemento transversal, el respeto y la aceptación de la diversidad y la diferencia, acorde con los derechos humanos, para conseguir un mayor desarrollo y enriquecimiento personal y de la sociedad en su conjunto⁷⁴.
- *Innovación*. Las administraciones públicas promoverán la investigación, la innovación y el uso de las nuevas tecnologías de la información para mejorar la actuación de los diversos ámbitos del Sistema Público de Servicios Sociales⁷⁵.
- *Sostenibilidad*. Los poderes públicos garantizarán una financiación suficiente del sistema que asegure su estabilidad y la continuidad en el tiempo de los servicios que lo integran⁷⁶.

⁷¹ Ley 11/2003, Comunidad de Madrid (art. 3). Por su parte, la Ley 3/2003, de la Región de Murcia (art. 5) declara reconocer la iniciativa de la sociedad en la prestación de los servicios sociales, participación «considerada básica y necesaria».

⁷² Ley 5/2009, de Aragón (art. 5).

⁷³ Ley 7/2009, de La Rioja (art. 7).

⁷⁴ Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 6).

⁷⁵ Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 6).

⁷⁶ Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 7).

3. La posición jurídica de los ciudadanos

A) El derecho a los servicios sociales en la LSSA

Como otras leyes de su época, la LSSA –art. 3.1–, se refiere a los titulares de un genérico «derecho a los Servicios Sociales», derecho de carácter marcadamente programático, pues su efectividad requiere, aunque no lo especifique la Ley, del correspondiente derecho a prestaciones concretas en los términos que en su caso determinen las disposiciones de desarrollo de la Ley. De este modo, aun cuando las exposiciones de motivos de estas Leyes de Servicios Sociales (por ejemplo, Ley 4/1987, de Acción Social de Aragón) declaraban superar definitivamente la graciabilidad inherente a las etapas previas de Beneficencia y Asistencia Social, y reconocer derechos subjetivos a los ciudadanos como contrapartida al carácter público de los sistemas de servicios sociales, el hecho es que las leyes autonómicas de primera generación no contenían reconocimientos de derechos subjetivos plenos, sino un reenvío global a la potestad reglamentaria, sin ningún condicionamiento material, lo que constituye una auténtica deslegalización de la posición del ciudadano ante la Administración⁷⁷.

Pero conviene precisar que este el problema no se ha resuelto tampoco con la aprobación de las correspondientes normas reglamentarias, pues estas condicionan el acceso al recurso o prestación social a una serie de circunstancias de fuerte componente discrecional (prioridades, objetivos, valoraciones...) y, en última instancia, a la existencia de recursos disponibles⁷⁸.

Así, aunque el Defensor del Pueblo Andaluz ha defendido en ocasiones la vigencia de un derecho a obtener prestaciones sociales –entre ellas centros residenciales sustitutivos del hogar– en supuestos de necesidad, afirmando su carácter individual desde la perspectiva del ciudadano y su naturaleza de servicio público desde la perspectiva de la Administración. Sin embargo, se ha visto obligado a reconocer de inmediato que este derecho quie-

⁷⁷ Por ello la doctrina (Beltrán Aguirre, 1992, 334) señala que las declaraciones que incorporan las leyes sobre titularidad de derechos tienen un gran componente retórico y muy escasa eficacia jurídica para posibilitar la exigencia del ciudadano frente a la Administración. Como señalara el Defensor del Pueblo Andaluz, los derechos de protección social no se convierten en derechos subjetivos ejercitables por los ciudadanos hasta tanto la Ley no los desarrolle y establezca sus contenidos específicos. Lo que ocurre es que la mayoría de estos derechos se encuentran faltos de cumplimentación legal, y constan más bien como meros principios programáticos, desprovistos de eficacia concreta. *Informe al Parlamento 1996*, p. 81. Muy crítico con este estado de cosas, D. Casado (“Notas sobre el futuro de los servicios sociales: nuevas necesidades, actividades y garantías”, *Documentación Administrativa*, nº 217-2722, 2005, p. 189), ha señalado la contradicción del intenso celo competencial de las Comunidades Autónomas en materia de servicios sociales con su tibieza y aun negligencia para garantizar el acceso a los mismos a los ciudadanos.

⁷⁸ Vid. T. Font i Llovet, “Los derechos de los usuarios en los servicios sociales de atención a la tercera edad”, *Los servicios sociales de atención a la tercera edad. El caso de Cataluña*, Tirant lo Blanch, 2002, p. 337 y ss.; J. Tornos Mas, 2005, pp. 374 y ss., donde habla de un “derecho debilitado”.

bra si en definitiva la Administración carece de los recursos para hacerlo efectivo⁷⁹. De hecho, la propia institución parece rectificar la opinión anterior: “Ni en la legislación estatal ni en la andaluza de servicios sociales se ha introducido como derecho subjetivo no ya el derecho a obtener en un plazo determinado plaza residencial sino ni siquiera a establecer un catálogo de derechos sociales básicos (que no cabe atribuir a las prestaciones sociales básicas de los Servicios Sociales Comunitarios), y ello a pesar de que existe una antigua y extendida aspiración social sobre la necesidad de que exista una Carta de Derechos de contenido social, donde se defina el catálogo de derechos que deban considerarse esenciales por el legislador para garantizar su ejercicio a toda la ciudadanía⁸⁰.”

A lo sumo podrá hablarse de un derecho subjetivo tras la resolución de adjudicación del recurso o prestación, pero no con carácter previo a la misma⁸¹.

B) El derecho a los servicios sociales en las modernas leyes de servicios sociales

Ni que decir tiene que la situación descrita contrasta con el tratamiento que se otorga por la Administración Sanitaria respecto a otro derecho de contenido social como es el derecho a la Salud, que se ha materializado a través del establecimiento de garantías del mismo en distintos aspectos relacionados con actuaciones sanitarias. Así en los casos de primeras consultas de especialista, procedimientos diagnósticos o a intervenciones quirúrgicas se establecen unos tiempos máximos de espera con garantías de que en caso de no obtener una respuesta por el Sistema Sanitario Público de Andalucía podrá el interesado acudir a la iniciativa privada con derecho a ser resarcido en los gastos que se le ocasione hasta el límite señalada reglamentariamente⁸².

Y este es precisamente el camino que han iniciado las leyes autonómicas sobre servicios sociales más recientes, mediante la definición de una cartera de servicios o catálogo de prestaciones. La pionera en este cambio en la posición jurídica del ciudadano ante la prestación de los servicios sociales fue la Ley de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales, la cual prevé la aprobación por decreto de un catálogo de prestaciones el cual deberá diferenciar las prestaciones fundamentales que serán exigibles como dere-

⁷⁹ Defensor del Pueblo Andaluz, *Informe al Parlamento de Andalucía 1999*, p. 807.

⁸⁰ «Desde esta Institución y en el ejercicio de sus funciones garantistas, se ha venido reiterando la necesidad de pasar de las formulaciones teóricas de derechos a realidades prácticas que sustenten la materialidad y accesibilidad de los ciudadanos a su contenido esencial. En Andalucía con un criterio plausible, se ha impulsado una importante actividad legislativa de desarrollo de muchos derechos de contenido social, generando expectativas que luego no se corresponden con su efectividad, bien por falta de desarrollo reglamentario o, incluso habiéndose producido éste, por insuficiencia presupuestaria para afrontarlos». Defensor del Pueblo Andaluz, *Informe al Parlamento de Andalucía 2005*, p. 733.

⁸¹ En este sentido, J. M. Alonso Seco, 2005, p. 421.

⁸² Decretos 209/2001, de 18 de septiembre y 96/2004, de 9 de marzo, dictados en desarrollo del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias en un tiempo máximo del art. 6.1.m) de la Ley de Salud de Andalucía de 1998.

cho subjetivo, con independencia, en todo caso, de la situación económica de los beneficiarios –art. 20–. Y, en esta línea, la Ley Foral de Navarra 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales, establece que la cartera del sistema público de servicios sociales diferenciará las prestaciones garantizadas, aquellas que son exigibles como derecho subjetivo, de las no garantizadas cuyo acceso será en función de la disponibilidad presupuestaria –art. 19–. Y en términos similares se pronuncian el resto de leyes autonómicas⁸³.

De hecho, las leyes más recientes han llevado al objeto mismo de la Ley hacer efectivo el derecho subjetivo a las prestaciones esenciales del sistema de servicios sociales de responsabilidad pública, configurado como un derecho subjetivo, reclamable en vía administrativa y jurisdiccional, quedando su ejercicio sujeto a las condiciones y requisitos específicos que se establezcan en la normativa reguladora de cada una de las prestaciones⁸⁴. Otra cosa es el retraso en la aprobación de los decretos definidores de las carteras de servicios.

Y este es el criterio que deberá seguir el legislador andaluz en cumplimiento del Estatuto de Autonomía para Andalucía –art. 23.2–, que declara garantizar el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales⁸⁵.

C) Titulares del derecho

La LSSA –art. 3.1–, declaró que tendrán derecho a los Servicios Sociales todos los residentes en Andalucía y los transeúntes no extranjeros. «Los extranjeros, refugiados y apátridas residentes en el territorio de la Comunidad Autónoma podrán igualmente beneficiarse de este derecho, siempre de conformidad con lo dispuesto en las normas, tratados y convenios internacionales vigentes en esta materia, sin perjuicio de lo que se establezca reglamentariamente para quienes se encuentren en reconocido estado de necesidad».

No obstante, la legislación posterior ha ido abriendo progresivamente el acceso a los servicios sociales por parte de los extranjeros. Así, en materia de menores, las leyes de protección de la infancia declaran su aplicación a todos los menores de edad que se encuentren en el territorio (Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor–art. 1–), pues en esta materia repugnaría las distinciones sobre nacionalidad o vecindad. Por su parte, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social –art. 14.2–, establece que los extranjeros “residentes” tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, “en las mismas condiciones que los españoles”. Y, añade, los

⁸³ Ley de Cantabria 2/2007, (art. 26); Ley de Cataluña 12/2007, (art. 24.4); Ley 7/2009, de La Rioja (art. 4).

⁸⁴ Ley 12/2008, del País Vasco (art. 2); Ley 5/2009, de Aragón (art. 1); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 1); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 1).

⁸⁵ Nos remitimos al primer capítulo de esta obra del profesor Gamero Casado.

extranjeros, “cualquiera que sea su situación administrativa”, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas. Por tanto, la Ley no extiende el derecho a los servicios sociales a todos los extranjeros que se encuentren en España, independientemente de su situación administrativa, sino que discrimina entre extranjeros residentes, esto es los hayan obtenido un permiso de residencia temporal o permanente –art. 29.3 tras reforma de la Ley Orgánica 8/2000–, y el resto de los extranjeros que se hallen en el país⁸⁶.

Y, en este sentido, aunque algunas leyes se limitaron a extender la titularidad del derecho a acceder al sistema público de servicios sociales a los nacionales de los estados miembros de la Unión Europea empadronados en la Comunidad Autónoma⁸⁷, las más recientes leyes de servicios sociales ya no diferencian en función del estatuto de nacionalidad o extranjería, sino en función de la circunstancia de la residencia o no en la Comunidad Autónoma. En síntesis, se declaran titulares del derecho a las prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales a todas las personas residentes en el territorio de la Comunidad Autónoma, tanto ciudadanos de la Comunidad como extranjeros con vecindad administrativa en la misma. Por su parte, las personas transeúntes en una situación de urgencia social podrán acceder a las prestaciones del sistema que tengan por objeto la cobertura de las necesidades personales básicas⁸⁸. A este respecto, debe recordarse que el Estatuto de Autonomía para Andalucía –art. 12–, declara que los destinatarios de las políticas públicas y los titulares de los derechos y deberes contenidos en este Título (entre ellos el derecho a las prestaciones del sistema público de servicios sociales del artículo 23.1) son todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía⁸⁹.

D) Derechos de los usuarios de servicios sociales

Como el resto de las leyes de su época, la LSSA no se ocupó tampoco de definir derechos y deberes de los usuarios de los servicios y centros de servicios sociales, quedando esta

⁸⁶ Tras la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, se añadió: «En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico».

⁸⁷ Ley 1/2003, de Asturias (art. 4); Ley 3/2003, Región de Murcia (art. 4); Ley Foral 15/2006, (art. 4); Ley de Cataluña 12/2007, (art. 6); Ley 13/2008, de Galicia (art. 5).

⁸⁸ Ley 4/2009, de Baleares (art. 5); Ley 5/2009, de Aragón (art. 4); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 2); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 10). La Ley 7/2009, de La Rioja (art. 5), matiza que los extranjeros sin residencia legal tendrán derecho a acceder a los servicios del primer nivel reconocidos en el Catálogo de servicios y prestaciones, así como a los servicios que se establezcan en el ámbito de la protección de la infancia y de la atención a las mujeres víctimas de violencia de género.

⁸⁹ Véase el comentario de este artículo de A. Rodríguez-Vergara, en *Comentarios Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Cruz Villalón, Medida Guerrero (dirs.), Tomo I, Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2012, pp. 203 y ss., donde se pone de manifiesto la generosidad de este criterio, excepcional en relación con el resto de los Estatutos que exigen la condición política de ciudadano de la Comunidad Autónoma.

cuestión relegada al ámbito de normativas reglamentarias, a menudo de ínfimo rango (ordenes de la Consejería competente) de aprobación del reglamento de régimen interior de centros de titularidad pública, quedando además huérfanos los centros de titularidad privada⁹⁰. Este vacío normativo fue en parte corregido con la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores, la cual contempló un catálogo de derechos y deberes –arts. 20 y 21–, pero naturalmente referidos exclusivamente a las personas mayores⁹¹.

En todo caso, una de las características de las modernas leyes de servicios sociales, en la línea de la indicada juridificación de la posición de los usuarios de los servicios sociales es la codificación de un conjunto de derechos y deberes, diferenciando en algunos casos entre derechos de carácter general, y otros específicos para usuarios de servicios residenciales.

Entre los derechos de carácter general a menudo se reiteran lo que no son sino derechos fundamentales, lo cual es evidentemente innecesario, como cuando se declara el derecho a ser tratadas con respeto a la dignidad que les corresponde como personas, o el derecho «a que se respeten los derechos y las libertades fundamentales y los demás derechos reconocidos por la ley»⁹², o el derecho a acceder a los servicios sociales en condiciones de igualdad sin discriminación por razón de lugar de nacimiento, idioma, etnia, sexo, orientación sexual, estado civil, situación familiar, edad, discapacidad, religión, ideología, opinión o cualquier otra condición personal o social, el cual se trata, como nos consta, también de un principio general del sistema de servicios sociales y un derecho estatutario –art. 14–⁹³.

De otro lado, las leyes no diferencian adecuadamente entre derechos de todos los usuarios de servicios sociales y derechos de los usuarios del sistema público de servicios sociales⁹⁴. Sí se diferencia, en ocasiones, entre derechos de los destinatarios y de los usuarios propiamente dichos⁹⁵. Asimismo, alguna ley establece que la normativa reguladora de los diferentes tipos de prestaciones y servicios de servicios sociales deberá definir, atendiendo a la naturaleza y características de cada uno de ellos, los derechos y obligaciones que corresponden a las personas usuarias y profesionales, con respeto, en todo caso, de los establecidos en la Ley general⁹⁶.

⁹⁰ Como la Orden de 28 de noviembre de 1985, por la que se aprueba el Estatuto de los Centros de Tercera Edad dependientes de la Junta de Andalucía.

⁹¹ Además, la mayor parte de los derechos explicitados en la Ley no son sino derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad, a la integridad física y moral o a un trato digno.

⁹² Ley 2/2007, de Cantabria (art. 5).

⁹³ Ley Foral 15/2006, (art. 6); Ley 2/2007, de Cantabria (art. 5); Ley de Cataluña 12/2007, (art. 9.1).

⁹⁴ Si lo hace parcialmente la Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 7).

⁹⁵ Ley 5/2009, de Aragón (arts. 6 y 7).

⁹⁶ Ley 12/2008, del País Vasco (art. 13).

De modo general, pueden señalarse los siguientes derechos, entre los cuales destacan los derechos relacionados con la información⁹⁷:

- Derecho a recibir información suficiente y veraz, en términos comprensibles, sobre las prestaciones y recursos disponibles y sobre los requisitos necesarios para acceder a los servicios, los criterios de adjudicación, las prioridades para recibirlos, y sobre las competencias de las Administraciones Públicas en este ámbito, los derechos y deberes de las personas usuarias.
- Derecho a recibir por escrito y en lenguaje claro y comprensible la valoración o diagnóstico de su situación y, en su caso, la valoración de las necesidades sociales. Además, alguna ley va más allá de este derecho, y reconoce, además, un derecho a que la evaluación se realice en plazos razonables de tiempo⁹⁸. Y en algún caso se añade el derecho a un segundo diagnóstico, eso sí «en las condiciones que se regulen»⁹⁹.
- Derecho a disponer, tras la preceptiva valoración, de un plan de atención individual personal y/o familiar acorde con la valoración de su situación, y que debe aplicarse técnicamente por procedimientos reconocidos y homologados. Se trata de un corolario del principio de atención personalizada. Alguna ley condiciona este derecho a que la intervención haya de prolongarse en el tiempo¹⁰⁰, y alguna otra ley añade que este plan de atención personalizada debe estar disponible en un plazo razonable de tiempo¹⁰¹.
- Derecho a participar en la toma de decisiones sobre el proceso de intervención social y a la elección de prestaciones entre las opciones que les sean presentadas por las Administraciones Públicas.
- Derecho a la asignación y elección libre de un profesional de referencia, que sea la interlocutora principal y que vele por la coherencia, integralidad y continuidad del proceso de intervención y su coordinación con el resto de sistemas dirigidos a promover el bienestar social¹⁰². Alguna ley condiciona este derecho a que la intervención haya

⁹⁷ Ley 11/2003, Comunidad de Madrid (art. 4); Ley Foral 15/2006 (art. 6); Ley 2/2007, de Cantabria (art. 5); Ley de Cataluña 12/2007, (art. 9); Ley 13/2008, de Galicia (art. 6); Ley 12/2008, del País Vasco (art. 9); Ley 4/2009, de Baleares (art. 7); Ley 5/2009, de Aragón (art. 6); Ley 7/2009, de La Rioja (art. 8); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 7); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 11).

⁹⁸ Ley 12/2008, del País Vasco (art. 9).

⁹⁹ Ley 5/2009, de Aragón (art. 6).

¹⁰⁰ Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 11).

¹⁰¹ Ley 12/2008, del País Vasco (art. 9).

¹⁰² La Ley 7/2009, de La Rioja (art. 8), precisa que este profesional de referencia será un trabajador social.

de prolongarse en el tiempo¹⁰³. En algunas leyes se añade el derecho a cambiar, si procede, de profesional de referencia, si bien la concreción de este derecho queda condicionada a las posibilidades del Sistema Público de Servicios Sociales y en los términos establecidos reglamentariamente¹⁰⁴.

- Derecho a recibir información previa en relación con cualquier intervención que les afecte, a fin de que puedan dar su consentimiento específico y libre. El consentimiento deberá darse en todo caso por escrito cuando la intervención implique ingreso en un centro residencial. El consentimiento de las personas incapacitadas y de los menores de edad se otorgará conforme al procedimiento legalmente establecido para ello¹⁰⁵.
- Derecho a renunciar a las prestaciones y a los servicios concedidos, salvo lo dispuesto en la legislación vigente en relación con el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico y en relación con la tutela de personas menores de edad.
- Derecho a la confidencialidad de todos los datos e informaciones que consten en su expediente administrativo y en la historia personal, que tendrán todas las garantías que prevé la legislación de protección de datos de carácter personal. Este derecho se corresponde con el deber de los profesionales y voluntarios del sector a guardar la confidencialidad de la información personal de la que hayan tenido conocimiento sobre los usuarios de los servicios sociales. Lo cierto es que los datos de la historia personal o social de los usuarios de servicios sociales son datos que atañen a la intimidad personal y familiar y, por tanto, datos sensibles, especialmente protegidos de acuerdo con la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales –art. 7–. Relacionado con este derecho, en algunas leyes se añade el derecho a ser advertido de si los procedimientos que se le apliquen pueden ser utilizados para un proyecto docente o de investigación, siendo necesaria la autorización de la persona afectada o de la persona que ostente la representación¹⁰⁶. Por último, alguna ley añade, como corolario de este derecho, el derecho a la disponibilidad de espacios de atención que garanticen dicha intimidad de la comunicación¹⁰⁷.
- Derecho al acceso, en cualquier momento, a su expediente individual y a la historia personal, de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente. Por la misma razón anterior, el titular de los datos está asistido por el derecho de acceso a los datos

¹⁰³ Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 11).

¹⁰⁴ Ley de Cataluña 12/2007, (art. 9); Ley 5/2009, de Aragón (art. 6); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 7).

¹⁰⁵ La Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 11), precisa que la información será proporcionada en todo caso con carácter previo siempre que resulte exigida la prestación de su consentimiento o la manifestación de su opinión durante dicho proceso.

¹⁰⁶ Ley 2/2007, de Cantabria (art. 5).

¹⁰⁷ Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 7).

personales –art. 15 LOPD–. Ahora bien, el problema suele ser que estos documentos incluyen datos personales de terceros, por lo que debe procederse a su disociación. De otro lado, alguna ley añade que este derecho no incluye, sin embargo, el acceso a las anotaciones que el personal profesional haya realizado en el expediente¹⁰⁸. Además, alguna ley reconoce el derecho a la obtención de un informe del expediente cuando así sea solicitado¹⁰⁹.

- Derecho a la participación en los términos establecidos en la Ley.
- Derecho a recibir servicios de calidad y a conocer los estándares establecidos a estos efectos y a que se tenga en cuenta su opinión en el proceso de evaluación de los mismos.
- Derecho a formular sugerencias, quejas y reclamaciones, a obtener información obtener información para poder presentarlas (que debe ser expuesta de forma visible en los centros de atención) y a recibir respuesta dentro del período legalmente establecido.
- Derecho a disponer de las ayudas y los apoyos necesarios para comprender la información que les sea dada si tienen dificultades derivadas del desconocimiento de la lengua o si tienen alguna discapacidad física, psíquica o sensorial, a fin de garantizar el ejercicio de sus derechos y facilitar que puedan participar plenamente en el proceso de información y de toma de decisiones.
- Derecho a dar instrucciones previas para situaciones futuras de incapacidad respecto a asistencia o cuidados que se le puedan procurar y derecho a la autotutela, entendiéndose por tal la posibilidad de nombrar anticipadamente a la persona que le representará y ejercerá la tutela sobre su persona y bienes en caso de pérdida de su capacidad de autogobierno, en los términos previstos en el Código Civil¹¹⁰.
- Derecho a recibir atención urgente en las situaciones que no puedan esperar al turno ordinario, como son cuando existan graves riesgos para la vida o la salud de la persona usuaria o de terceros (como son la situación de emergencia por abandono, maltrato o conflicto grave de convivencia), o cuando así se requiera por la autoridad judicial.

¹⁰⁸ Ley de Cataluña 12/2007, (art. 10); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 7), que habla de anotaciones «de carácter subjetivo». Además, la Ley de Cataluña 12/2007, prevé que caso de conflicto, una comisión funcional del Consejo General de Servicios Sociales debe mediar entre la Administración y las personas que desean acceder a la información (art. 54).

¹⁰⁹ Ley 7/2009, de La Rioja (art. 8).

¹¹⁰ Ley 13/2008, de Galicia (art. 6); Ley 12/2008, del País Vasco (art. 9).

E) Deberes de los usuarios de servicios sociales

Por su parte, entre los deberes de los usuarios pueden señalarse los que siguen¹¹¹:

- Cumplir las normas, requisitos, condiciones y procedimientos establecidos en las prestaciones y servicios.
- Cumplir los acuerdos relacionados con la prestación concedida y seguir el plan de atención social individual, familiar o convivencial y las orientaciones del personal profesional, y comprometerse a participar activamente en el proceso.
- Facilitar con veracidad los datos personales, familiares y de la unidad de convivencia necesarios, y de presentar los documentos fidedignos que sean imprescindibles para valorar y atender su situación, salvo que ya obren en poder de la Administración actuante. La explicitación de este deber es oportuna, pues como es sabido la LOPD –art. 6.1– dispone que el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa. Ahora bien, la Administración deberá crear el correspondiente fichero de titularidad pública, con los requisitos que marca la Ley –art. 20 LOPD–.
- Comunicar las variaciones que se produzcan en su situación personal y familiar que puedan afectar a las prestaciones solicitadas o recibidas.
- Destinar la prestación a la finalidad para la que hubiera sido concedida.
- Devolver el dinero recibido indebidamente.
- Comparecer ante la Administración, a requerimiento del órgano que haya otorgado una prestación. La tipificación de este deber es oportuna, pues la LRJPAC –art. 40.1–, impone una reserva de ley al respecto.
- Contribuir a la financiación del coste del servicio cuando se posea capacidad económica y así se establezca normativamente.
- El resto de deberes que se establezcan en la normativa reguladora de los servicios¹¹².

¹¹¹ Ley 11/2003, Comunidad de Madrid (art. 5); Ley Foral 15/2006, (art. 7); Ley 2/2007, de Cantabria (art. 7); Ley de Cataluña 12/2007, (art. 13); Ley 13/2008, de Galicia (art. 7); Ley 12/2008, del País Vasco (art. 10); Ley 4/2009, de Baleares (art. 8); Ley 5/2009, de Aragón (art. 8); Ley 7/2009, de La Rioja (art. 10); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 8); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 12).

¹¹² Y en tal sentido, existen deberes específicos para los usuarios de centros residenciales, como cumplir los reglamentos de régimen interior y normas de funcionamiento o convivencia observar una conducta basada en el respeto mutuo, la tolerancia y la colaboración para facilitar la convivencia en el establecimiento y la resolución

III. ESTRUCTURA DEL SISTEMA

1. Estructura funcional

A) *La estructura funcional en el ordenamiento andaluz*

Siguiendo el criterio de la práctica totalidad de las leyes de servicios sociales de primera generación, la LSSA –art. 5–, estructuró el sistema público de servicios sociales en dos modalidades: se estructuran de acuerdo con las siguientes modalidades: Servicios Sociales Comunitarios y Servicios Sociales Especializados, si bien existían y existen diferencias terminológicas¹¹³.

Como ha señalado la doctrina (Beltrán Aguirre), es la implantación de los servicios sociales comunitarios o generales lo que supuso una revolución sustancial, un salto cualitativo frente al esquema prestacional de la beneficencia y de la asistencia social, si bien no fue en absoluto una invención de las leyes autonómicas, sino que ya existían experiencias de servicios sociales comunitarios en diversos municipios de grandes ciudades a partir de las primeras corporaciones democráticas. Asimismo, debe señalarse que esta estructuración del sistema de servicios sociales en dos niveles está también inspirada en el sistema de salud¹¹⁴. Además, los servicios sociales comunitarios recibieron un impulso definitivo a partir del Plan Concertado de Prestaciones básicas de Servicios Sociales en las Corporaciones Locales impulsado desde 1988 por la Administración del Estado¹¹⁵.

La LSSA –art. 7–, declaró que los Servicios Sociales Comunitarios constituyen la estructura básica del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, siendo su finalidad el logro de unas mejores condiciones de vida para el pleno desarrollo de los individuos y de

de los problemas, o el deber de utilizar con responsabilidad las instalaciones del centro y cuidarlas. Ley de Cataluña 12/2007, (art. 13), entre otras.

¹¹³ Servicios sociales *comunitarios* (Andalucía, Asturias, Cantabria, R. de Murcia), llamados también de *atención primaria* (Cataluña, Galicia), *generales* (Balears, Canarias, Castilla-La Mancha, Madrid, La Rioja, Comunidad Valenciana), *de base* (Aragón, Extremadura, Navarra, País Vasco) y *básicos* (Castilla y León); y, de otro lado, los servicios sociales *especializados* son llamados también *secundarios*.

¹¹⁴ Así, en Andalucía, la Ley 2/1998, de Salud –art. 51.2–, organiza la asistencia sanitaria en dos niveles: la atención primaria de la salud y la atención especializada.

¹¹⁵ Una vez que el Estado asumió la falta de títulos competenciales específicos para ordenar legislativamente este sector –sobre todo tras la STC 146/1986–, circunstancia que le impide aprobar una ley general sobre servicios sociales, optó por cambiar de estrategia. Así, el “Plan Concertado para la financiación de las prestaciones básicas de servicios sociales de las Corporaciones Locales”. consiste en una serie de Convenios bilaterales de cooperación interadministrativa suscritos entre la Administración del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas. Estos convenios tienen un contenido prácticamente idéntico, variando únicamente las cifras, y aunque tenían una vigencia anual, desde 1989 se han venido renovando cada año. Posteriormente, el Tribunal Constitucional (STC 13/1992) admitió la constitucionalidad de las partidas presupuestarias estatales para el Plan Concertado, a partir del título competencial del Estado sobre régimen local.

los grupos en que se integran, mediante una atención integrada y polivalente. Aunque no se explicita bien en la Ley, puede decirse que lo característico de estos servicios sociales comunitarios es que prestan atención social a toda la población en su entorno más próximo de convivencia¹¹⁶.

Según la LSSA –art. 8–, son objetivos de los Servicios Sociales Comunitarios la realización y potenciación de actuaciones tendentes al logro de las finalidades siguientes:

- a) La promoción y el desarrollo pleno de los individuos, grupos y comunidades, potenciando las vías de participación para la toma de conciencia, la búsqueda de recursos y la solución de los problemas dando prioridad a aquellas necesidades Sociales más urgentes.
- b) El fomento del asociacionismo en materia de servicios sociales, como cauce eficiente para el impulso del voluntariado social.
- c) El establecimiento de vías de coordinación entre organismos y profesionales que actúen, dentro de su ámbito territorial, en el trabajo social.

Y la LSSA –art. 10–, añadió que los Servicios Sociales Comunitarios prestarán los servicios siguientes:

1º. De información, valoración, orientación y asesoramiento al ciudadano, que comprenderá:

- a) La información a los ciudadanos sobre sus derechos y los recursos sociales existentes en el ámbito de los Servicios Sociales. Este servicio coincide con la prestación del Plan Concertado de información y orientación, «dirigida a individuos, grupos e instituciones sobre los derechos que pudieran corresponderles y los recursos sociales existentes, así como asesoramiento especializado sobre problemas sociales, cuando sea necesario, a los demás servicios sociales existentes».
- b) La detección y análisis de los problemas de los distintos sectores de la población, con objeto de conseguir una mejor planificación de los Servicios Sociales.

2º. De Cooperación Social, que tendrá como cometido la promoción y potenciación de la vida comunitaria, impulsando al asociacionismo. El Plan Concertado se refirió a la misma como prestación de fomento de la solidaridad social, explicitando que aun cuando «no puede considerarse una “prestación” en sentido propio, pues ninguna Administración puede garantizarla, el fomento de la expresión de solidaridad, de la cooperación y de la convivencia es condición para superar paternalismo y apoyar la autonomía de las personas y los grupos, contribuyendo a crear una comunidad más libre y humana».

3º. De Ayuda a Domicilio, dirigido a la prestación de una serie de atenciones de carácter doméstico, social y de apoyo personal a individuos o familias, facilitándoles la autonomía en su medio habitual. Y que coincide con la prestación de igual nombre del Plan

¹¹⁶ Así, por ejemplo, Ley 7/2009, de Servicios Sociales de La Rioja (art. 14).

Concertado, y que tiene «como objetivo la prestación de atenciones a los individuos y/o familias en su domicilio, cuando se hallan en situaciones en las que no es posible la realización de sus actividades habituales, o en situaciones de conflictos psico-familiares para alguno de sus miembros».

4º. De Convivencia y Reinserción Social, que tendrá como función la búsqueda de alternativas al internamiento en instituciones de las personas que se encuentran en especiales condiciones de marginación, procurando la incorporación de todos los ciudadanos a la vida comunitaria. Este servicio tiene su paralelo en la prestación de alojamiento y convivencia del Plan Concertado, configurada como «una alternativa para las personas que carecen de ambiente familiar adecuado»¹¹⁷.

Por otro lado, como en el resto de las leyes de primera generación, la delimitación de los servicios sociales especializados en la LSSA es marcadamente vaga, al limitar a declarar que los Servicios Sociales Especializados «son aquellos que se dirigen hacia determinados sectores de la población que, por sus condiciones o circunstancias, necesitan de una atención específica» –art. 11–, para después referir los principales sectores¹¹⁸.

B) La estructura funcional en las modernas leyes autonómicas

En general, las actuales leyes autonómicas de servicios sociales mantienen el Sistema Público de Servicios Sociales estructurado en dos niveles de atención, y que con variantes terminológicas (llamados a veces de atención primaria y atención secundaria, o de primer y segundo nivel) se corresponden con los indicados servicios sociales comunitarios y es-

¹¹⁷ Además, relacionado con ésta, el Plan Concertado contempló la prestación de Prevención e Inserción Social, definida como «intervenciones realizadas por equipos profesionales, dirigido a personas y colectivos en situación de riesgo o marginación social, con el objeto de prevenir marginaciones sociales y, en su caso, lograr la reinserción familiar y social».

¹¹⁸ Los Servicios Sociales Especializados atenderán a los siguientes sectores: 1. La familia, infancia, adolescencia y juventud, con la finalidad de llevar a cabo actuaciones encaminadas particularmente a la promoción social de los jóvenes y niños, atendiendo la problemática que incide en su bienestar y especialmente las disfunciones que se producen en su medio familiar, compensándolas o corrigiéndolas. 2. La tercera edad, con el objeto de promover su integración y participación en la sociedad, favoreciendo su mantenimiento en el medio habitual, y evitando su marginación. 3. Las personas con deficiencias físicas, psíquicas y sensoriales, con el objeto de posibilitar su integración social promoviendo y favoreciendo la prevención y rehabilitación integral. 4. Los toxicómanos, con la finalidad de desarrollar actuaciones de prevención y reinserción social de alcohólicos y otros drogodependientes, coordinadas por el órgano de la Administración autonómica especializado en la materia. 5. Las minorías étnicas, con el objeto de promover actuaciones que generen, de modo real y efectivo, su igualdad social con respecto al resto de los ciudadanos andaluces, prestando una atención especial, dada su importancia numérica y cultural, a la comunidad gitana. 6. Grupos con conductas disociales, para incidir en la prevención y tratamiento social de la delincuencia y la reinserción de los ex reclusos. 7. Otros colectivos sociales que requieran una intervención social especializada.

pecializados¹¹⁹. Ahora bien, los servicios sociales de primer nivel previstos en estas leyes son, en general, más amplios que los contemplados en el pasado. Más aún, en algunas leyes se diferencian dos modalidades dentro de los servicios sociales comunitarios: servicios sociales comunitarios básicos y servicios sociales comunitarios específicos. Los primeros responden al modelo clásico, de servicios de carácter polivalente, universal y comunitario, mientras que los servicios sociales comunitarios específicos, sin perjuicio de su orientación polivalente y comunitaria, están dirigidos a colectivos con problemáticas identificadas y singulares, procurando su normalización y reincorporación social o actuar como espacio de tránsito a un servicio especializado¹²⁰.

2. Estructura territorial

La LSSA –art. 9–, dispuso que para la consecución de los fines asignados a los Servicios Sociales Comunitarios, éstos se desarrollarán en las Zonas de Trabajo Social, entendidas éstas «como demarcaciones susceptibles de servir como unidades adecuadas, para una prestación eficaz de los mismos»¹²¹. Sin embargo, no parece que la división de zonas deba responder de modo exclusivo, y ni siquiera principal, a un principio de eficacia, sino que deben ponderarse fundamentalmente otros principios, como el de descentralización, proximidad a los ciudadanos y equilibrio o equidad territorial.

La principal consecuencia de la delimitación de Zonas de Trabajo Social era, según la LSSA, que en cada una de las Zonas de Trabajo Social debía ubicarse un Centro de Servicios Sociales, dotado de los medios humanos y materiales precisos, desde donde se prestarán los servicios sociales comunitarios previstos en la Ley –art. 10–, consecuencia ésta que ha condicionado la aplicación de la Ley. De hecho, y para dar cumplimiento al Plan Concertado, durante un tiempo se extendió la creación de otras unidades de ámbito territorial más reducido (llamadas «unidades de trabajo social») y de cometidos funcionales más concretos –básicamente la prestación del servicio social de información y valoración–. Por su parte, respecto a los Servicios Sociales Especializados, la LSSA –art. 11–,

¹¹⁹ Ley Foral 15/2006, (art. 28); Ley 2/2007, de Cantabria (art. 12); Ley 12/2007, de Cataluña (arts. 16 y 18); Ley 13/2008, de Galicia (art. 8); Ley 12/2008, País Vasco (art. 27); Ley de Baleares (art. 11); Ley 5/2009, de Aragón (art. 12); Ley de La Rioja (art. 14); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 12); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 29), si bien esta Ley prevé la posibilidad de creación de otras estructuras organizativas ordenadas en correspondencia con la organización territorial. Por su parte, la Ley de La Rioja (art. 15) dispone que dentro de cada uno de los dos niveles en que se estructura el sistema se podrán distinguir dos modalidades de atención: a) Atención primaria: constituye el primer contacto de los usuarios con el Sistema Público Riojano de Servicios Sociales. b) Atención secundaria: requiere una valoración técnica y puede dar lugar a una intervención más específica.

¹²⁰ Ley 13/2008, de Galicia (arts. 10 y 12); Ley de Baleares (arts. 13 y 15).

¹²¹ Como es natural, esta demarcación territorial ha respondido a diversas denominaciones: “zona de servicios sociales”, “zona de acción social”, “área básica de servicios sociales”, entre otras.

se limitó a declarar que «se estructurarán territorialmente de acuerdo con las necesidades y características de cada uno de ellos».

Como es sabido, en este punto los sistemas de servicios sociales no han hecho sino seguir el ejemplo del sistema de salud¹²². De hecho, algunas leyes autonómicas de primera generación (La Rioja, Murcia, Navarra) hicieron coincidir directamente el ámbito de las zonas básicas de servicios sociales con el de las zonas básicas de salud. Pero, en general, se optó por remitir su delimitación a la aprobación por parte de la Administración autonómica del correspondiente Mapa de servicios sociales. En Andalucía, aun cuando no se menciona expresamente en la LSSA, la LAULA –art. 9.3– ha dado carta de naturaleza al Mapa Regional de Servicios Sociales.

En general, es evidente que la delimitación de la unidad territorial de referencia para los servicios sociales comunitarios, llámese «área básica» (Cataluña, Aragón), «área social» (Galicia), «área de acción social» (Castilla y León), «zona básica» (País Vasco, La Rioja) o simplemente «zona de servicios sociales» (Castilla La Mancha), ha de sustentarse en un conjunto de indicadores sociales, económicos y demográficos, facilite una distribución equilibrada de los recursos, de manera que se garantice la igualdad de oportunidades en el acceso a los servicios sociales para toda la ciudadanía, con independencia de su lugar de residencia. Sin embargo, no es menos cierto que el criterio de población presenta una significación especial. Y, en este punto, los parámetros de las modernas leyes de servicios sociales son dispares.

En algunas Comunidades Autónomas se toma como referencia una población de 20.000 habitantes, de tal manera que la unidad territorial debe agrupar los municipios de menos de veinte mil habitantes, sin perjuicio de que los municipios de más de veinte mil habitantes pueden tener más de una unidad de servicios sociales, en función del número de habitantes y de las necesidades sociales. En el caso de unidades territoriales que agrupen a varios municipios, las leyes apelan para la gestión del centro de servicios sociales a fórmulas asociativas (mancomunidades, consorcios, gerencias) o, en su caso, a una entidad supramunicipal, como es el caso de la comarca en Cataluña y Aragón¹²³.

En cambio, en el País Vasco se determina que la zona básica de actuación debe abarcar un ámbito poblacional de 5.000 habitantes, que puede reducirse a 3.000 habitantes cuando

¹²² Así, los servicios de atención primaria de salud tienen asignados un ámbito territorial determinado –zona básica de salud–. En Andalucía, Ley 2/1998, de Salud –art. 50.1–.

¹²³ Ley de Cataluña 12/2007, (art. 34); Ley 5/2009, de Aragón (art. 19). Por su parte, la Ley 7/2009, de La Rioja, dispone que, para procurar la extensión de los servicios sociales a todas las personas en condiciones de igualdad, el Gobierno de La Rioja impulsará la constitución de mancomunidades para la prestación de servicios sociales entre los municipios de menos de veinte mil habitantes, de acuerdo con los criterios de planificación y división territorial que se establezcan (art. 35).

se trate de zonas rurales o de zonas especialmente desfavorecidas o degradadas¹²⁴. De modo intermedio, en Castilla y León se fija un módulo de población de 20.000 habitantes en el medio urbano y de 10.000 habitantes en el medio rural¹²⁵.

Asimismo, en algunas Comunidades Autónomas se definen dos niveles territoriales: una unidad territorial para los servicios sociales de atención primaria, y otra (llamada «demarcación» en La Rioja, y «área» en Castilla-La Mancha y Castilla y León), por una zona o un conjunto de zonas y es la estructura territorial y organizativa para la coordinación de la atención primaria¹²⁶.

En todo caso, sea cuáles sean los módulos o criterios legales de referencia, es evidente la necesidad de aprobación de un Mapa de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma que fije el número y ámbito territorial de cada una de unidades territoriales en que se estructure el sistema de servicios sociales. A este respecto, algunas leyes prevén que el Mapa de servicios sociales forma parte del contenido del Plan Estratégico. De este modo, uno de los contenidos principales del Plan estratégico de servicios sociales es el de determinar la organización territorial de los servicios sociales¹²⁷. En otros casos, en cambio, se establece que el Mapa de servicios sociales se aprobará mediante reglamento, de tal modo que el Plan estratégico tomará como punto de partida el Mapa de servicios sociales¹²⁸.

Finalmente, entre los criterios a tener cuenta en la determinación de la organización territorial cabe mencionar, además de los criterios sociodemográficos, la necesidad de garantizar la mayor proximidad de los servicios con el fin de facilitar la integración de las personas usuarias en su entorno social habitual y la igualdad de las personas destinatarias del sistema¹²⁹. Asimismo, debe tenerse en cuenta, en lo posible, las divisiones geográficas aplicadas en la planificación y en la actuación administrativa de los diferentes ámbitos de atención, a los efectos de favorecer, en particular, la concordancia de zonificación entre los servicios sociales y los servicios de salud, dada la especial y creciente imbricación existente entre ambos sistemas¹³⁰.

¹²⁴ Ley 12/2008, del País Vasco (art. 36).

¹²⁵ Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 25). Además, estos módulos serán inferiores cuando las condiciones de acceso y comunicación, o necesidades específicas así lo requieran.

¹²⁶ Ley 7/2009, de La Rioja (arts. 36 a 38); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (arts. 30 y 31); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 36).

¹²⁷ Ley de Cataluña 12/2007, (art. 33); Ley 12/2008, del País Vasco (art. 36); Ley 7/2009, de La Rioja (art. 32).

¹²⁸ Ley 13/2008, Galicia (art. 44); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 28). Parece también el caso de Aragón (Ley 5/2009, –art. 19.5–).

¹²⁹ Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (arts. 32); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 28).

¹³⁰ Ley 12/2008, del País Vasco (art. 36).

3. Las prestaciones del sistema público de servicios sociales

A) Clasificación de las prestaciones

Como el resto de las leyes de servicios sociales de primera generación, la LSSA diferencia, de modo implícito, entre servicios y prestaciones económicas –art. 14–. Y este es el criterio de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, la cual establece que las prestaciones de atención a la dependencia podrán tener la naturaleza de servicios y de prestaciones económicas –art. 14.1–. En cambio, en las modernas leyes de servicios sociales se ha consolidado una triple distinción con variantes terminológicas¹³¹. A diferencia de lo que sucede con las prestaciones de atención a la dependencia, en relación con las cuales las prestaciones económicas tienen un carácter subsidiario –art. 14.2 Ley 39/2006–, en los sistemas de servicios sociales las distintas clases de prestaciones se pueden combinar entre sí para conseguir los objetivos que se establezcan en función de la necesidad de cada grupo o individuo¹³².

- *Prestaciones de servicio o técnicas*: son los servicios e intervenciones realizados por equipos profesionales que tienen como finalidad la prevención, el diagnóstico, la valoración, la protección, la promoción, la atención y la inserción de personas, de unidades de convivencia y de grupos en situación de necesidad social. Las prestaciones de servicio tienen la condición de complemento necesario de la aplicación de cualquier otro tipo de prestación social¹³³. Como señala alguna ley, pueden prestarse, con carácter temporal o permanente, en el domicilio, en el entorno de la persona usuaria, de forma ambulatoria y en centros. En este último caso pueden ser de régimen diurno, de régimen nocturno, de régimen residencial u otros¹³⁴. Y como expresa alguna otra ley, deben llevarse a cabo, tanto como resulte posible, con la participación de las personas usuarias¹³⁵.
- *Prestaciones económicas*: las aportaciones dinerarias, que tienen como finalidad atender a determinadas situaciones de necesidad en que se hallan las personas que no dis-

¹³¹ Ley de Cataluña 12/2007, (art. 20); Ley 12/2008, del País Vasco (art. 14); Ley 4/2009, Baleares (art. 20); Ley de Aragón 5/2009, (art. 34); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 33); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 14), que llama prestaciones materiales a las comúnmente llamadas tecnológicas. En cambio, la Ley de Cantabria 2/2007, (art. 25) y la Ley 7/2009, de La Rioja (arts. 21 y 22), mantienen la clasificación dual de prestaciones de servicios y prestaciones económicas. Por su parte, la Ley 13/2008, Galicia (art. 18) diferencia entre servicios de carácter técnico-profesional, servicios de naturaleza material o tecnológica, prestaciones económicas y programas de intervención comunitaria.

¹³² Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 14).

¹³³ Ley de Cataluña 12/2007, (art. 21.3); Ley 4/2009, Baleares (art. 21); Ley de Aragón 5/2009, (art. 36); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 33); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 14).

¹³⁴ Ley 4/2009, Baleares (art. 21).

¹³⁵ Ley de Cataluña 12/2007, (art. 23).

ponen de recursos económicos suficientes para afrontarlas y no están en condiciones de conseguirlos o recibirlos de otras fuentes. Las prestaciones económicas pueden otorgarse con carácter de derecho subjetivo, de derecho de concurrencia o de urgencia social¹³⁶. Como señala alguna ley, estas prestaciones se orientan principalmente a facilitar la integración social y la autonomía de sus perceptores, sirviéndoles de apoyo en su proceso de integración social¹³⁷, si bien pueden servir a otras finalidades, como cubrir o paliar las consecuencias económicas de las situaciones de urgencia social y dependencia o adquirir prestaciones tecnológicas¹³⁸.

- *Prestaciones tecnológicas*: Las que por medio de un producto atienden a las necesidades sociales de la persona y pueden asociarse con otras prestaciones, como la teleasistencia domiciliaria o las ayudas instrumentales destinadas a mantener o mejorar la autonomía personal¹³⁹. Como señala alguna ley, estas prestaciones se orientan a favorecer la autonomía e integración social de las personas usuarias y de las personas cuidadoras, facilitándoles el acceso al entorno en el que viven y, en la medida en que resulte posible, posibilitando que las personas con déficit de autonomía continúen viviendo en su lugar habitual de residencia¹⁴⁰.

B) *El catálogo y/o cartera de prestaciones del sistema*

Siguiendo el criterio de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, que establece el Catálogo de servicios comprende los servicios sociales de promoción de la autonomía personal y de atención a la dependencia –art. 15–, las modernas leyes autonómicas en materia de servicios sociales contemplan la creación de una cartera o catálogo de servicios sociales, como instrumento que determina el conjunto de prestaciones del sistema público de servicios sociales¹⁴¹. Asimismo, la cartera no sólo debe definir cada tipo de prestación, sino también la población a la que va destinada, el establecimiento o el equipo

¹³⁶ Ley de Cataluña 12/2007, (art. 22.2); Ley 4/2009, Baleares (art. 22); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 33); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 14).

¹³⁷ Ley 12/2008, del País Vasco (art. 14).

¹³⁸ Ley de Aragón 5/2009, (art. 37).

¹³⁹ Ley de Cataluña 12/2007, (art. 23); Ley 4/2009, Baleares (art. 23); Ley de Aragón 5/2009, (art. 38); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 33); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 14).

¹⁴⁰ Ley 12/2008, del País Vasco (art. 14).

¹⁴¹ La terminología varía según los casos, pero lo más correcto es el criterio de la Ley 12/2008, del País Vasco (art. 14) y Ley 7/2009, de La Rioja (art. 24), que diferencian entre «catálogo», que está contenido en la propia Ley, y «cartera» que desarrolla el catálogo por vía reglamentaria. Esta distinción también está implícita en la Ley 13/2008, de Galicia (art. 18).

profesional que debe gestionarla, los perfiles y ratios de los profesionales del equipo, la aportación de la persona usuaria y los estándares de calidad¹⁴².

Pero, sobre todo, la principal funcionalidad de la cartera no es otra que diferenciar aquellas prestaciones garantizadas, que son exigibles como derecho subjetivo (lo cual es compatible con la necesidad de una valoración profesional previa y de una prueba objetiva que acredite su necesidad y de la constatación de que concurren las circunstancias y se reúnen los requisitos normativamente establecidos), con independencia de cuáles sean el nivel de necesidades o el índice de demanda existentes, de aquellas otras prestaciones no garantizadas o de acceso condicionado, cuyo acceso se realiza de acuerdo con lo establecido con los créditos presupuestarios asignados y aplicando los principios objetivos de prelación y concurrencia¹⁴³, si bien en alguna ley se prevé que podrá determinarse la obligatoriedad de su existencia y su disponibilidad en relación con un nivel de cobertura mínimo preestablecido¹⁴⁴.

Por lo demás, la cartera o catálogo de servicios sociales es aprobado por decreto del Gobierno autonómico, previo informe de los órganos de participación y coordinación del sistema de servicios sociales, y tiene una vigencia generalmente cuatrienal, sin perjuicio de que pueda revisarse anticipadamente de acuerdo con lo que establezcan las leyes de presupuestos¹⁴⁵. No obstante, algunas leyes prevén que junto a la cartera básica que corresponde aprobar al Gobierno autonómico, cada Administración competente aprobará su propia cartera de servicios sociales en el marco de la distribución de competencias vigente, cuyo contenido será complementario y adicional del de la cartera básica¹⁴⁶.

C) Formas de provisión de las prestaciones del sistema público de servicios sociales

Al igual que las demás leyes de su generación, la LSSA no se ocupó de esta cuestión más allá de la retórica declaración del principio de responsabilidad pública. Inicialmente, las

¹⁴² Ley 2/2007, de Cantabria (art. 26); Ley de Cataluña 12/2007, (art. 24); Ley 4/2009, Baleares (arts. 24). Por su parte, la Ley 16/2010, de Castilla y León añade las siguientes determinaciones: la forma de financiación, el régimen de compatibilidad y la indicación de las prestaciones que debe dispensar la Administración y las que debe hacerlo de manera exclusiva (art. 16).

¹⁴³ Ley 2/2007, de Cantabria (art. 26); Ley de Cataluña 12/2007, (art. 24); Ley 4/2009, Baleares (arts. 24); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 34). La Ley 13/2008, de Galicia denomina a las prestaciones garantizadas «esenciales» (también Ley 16/2010, de Castilla y León art. 19), y a las no garantizadas «normalizadoras» –art. 18–.

¹⁴⁴ Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 20).

¹⁴⁵ Ley de Cataluña 12/2007, (art. 25); Ley 12/2008, del País Vasco (art. 24); Ley 4/2009, Baleares (art. 26); Ley de Aragón 5/2009, (art. 37); Ley 7/2009, de La Rioja (art. 26); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 35); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 17). La excepción la constituye la Ley 2/2007, de Cantabria, la cual establece que la Cartera de Servicios Sociales será aprobada mediante Orden de la Consejería competente en materia de servicios sociales previa consulta con los agentes sociales y económicos –art. 26–.

¹⁴⁶ Ley 4/2009, Baleares (arts. 24 y 27); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 18).

administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, pueden organizar la prestación de los servicios sociales del sistema público mediante fórmulas gestión directa o indirecta, con la colaboración en este caso de la iniciativa privada –tal como se trata más adelante–. Pero debido a la extensión de esta colaboración impuesta por la praxis, algunas de las modernas leyes del sector se ocupan de establecer límites a dicha colaboración, reservando a la Administración algunas funciones¹⁴⁷.

Con carácter general, el punto de partida debe ser la prohibición general de ejercicio de potestades administrativas mediante fórmulas jurídico-privadas, consagrado en el ordenamiento andaluz a partir de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía. Más específicamente, la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, dispuso que los servicios de valoración de la situación de dependencia, la prescripción de servicios y prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas previstas en la Ley, «se efectuarán directamente por las Administraciones Públicas no pudiendo ser objeto de delegación, contratación o concierto con entidades privadas» –art. 28.6–¹⁴⁸. Dado que cada ley establece criterios propios, se considera preferible indicarlás expresamente:

- Ley 2/2007, de Cantabria (art. 54): «Se consideran servicios públicos esenciales de gestión directa por parte de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria los servicios de evaluación, valoración y orientación diagnóstica especializadas, la gestión de las prestaciones económicas garantizadas en la Cartera de Servicios y los servicios de adopción nacional e internacional, sin perjuicio del establecimiento de fórmulas de colaboración con entidades del sector público autonómico».
- Ley 12/2008, del País Vasco (art. 60): «Las prestaciones de primera acogida de las demandas, así como las directamente asociadas a la coordinación de caso como procedimiento básico de intervención, en particular la valoración, el diagnóstico y la orientación, serán siempre de gestión pública directa, tanto en el ámbito de la atención primaria como en el de la atención secundaria».
- Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 41): Se realizarán exclusivamente mediante gestión pública propia las siguientes: a) Prestaciones técnicas: las destinadas a facili-

¹⁴⁷ Ya la Ley de Galicia 4/1993, de 14 de abril, de Servicios Sociales dispuso que podrán establecerse legalmente, por áreas de actuación, los centros y servicios que necesariamente habrán de ser gestionados directamente por las administraciones públicas –art. 28–, precepto que no recoge la vigente Ley 13/2008, de Galicia. Por su parte, la de Cataluña 4/1994, de 20 de abril, de Administración Institucional, de Descentralización, de Desconcentración y de Coordinación del Sistema Catalán de Servicios Sociales, dispuso que las entidades de iniciativa social «pueden gestionar servicios sociales especializados, y también proyectos concretos correspondientes a los servicios sociales de atención primaria» –art. 28–, precepto que, sin embargo, tampoco recoge la vigente Ley 12/2007, de Cataluña.

¹⁴⁸ Además, la Ley 39/2006, dispuso que el Consejo Territorial deberá acordar unos criterios comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de las Comunidades Autónomas que, en todo caso, tendrán carácter público –art. 27.1–.

tar el acceso al sistema; a valorar las necesidades de las personas para el acceso a cualquiera de las prestaciones recogidas en esta Ley o en su normativa de desarrollo; aquellas prestaciones que permitan la elaboración del Plan de Atención Social que corresponda; así como aquellas necesarias para la valoración y reconocimiento del grado y nivel de dependencia, del grado de discapacidad y de las situaciones de riesgo o desprotección de menores. b) Prestaciones económicas: la gestión de la Renta Básica, Emergencia Social, las prestaciones complementarias y las prestaciones económicas vinculadas a la autonomía y atención a la dependencia. c) Actuaciones: la planificación, el Registro de Centros y Entidades de Servicios Sociales, las autorizaciones administrativas, la inspección, la definición de los procesos calidad y cualquier otra relacionada con el ejercicio de las competencias de control y supervisión sobre el conjunto de los servicios sociales en la región.

- Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 16): «En todo caso, la Administración de la Comunidad ha de gestionar directamente las decisiones relativas a las actuaciones consideradas de importancia estratégica para el sistema y a las determinadas legalmente como ejercicio de autoridad, las prestaciones económicas de su competencia, así como el reconocimiento de la situación de dependencia, la declaración del grado de discapacidad, la verificación de las situaciones de desprotección de los menores de edad, la declaración de la idoneidad de los solicitantes de adopción y cualquier otra valoración para determinar el acceso a las prestaciones que sean de titularidad pública, concertadas o contratadas»¹⁴⁹.

D) Criterios de intervención

La intervención profesional en los servicios sociales, y en particular la valoración de las situaciones de necesidad personal y social, tiene como norma general un carácter interdisciplinario debido a la necesidad de garantizar una atención integral, lo que supone la articulación equipos, integrados por profesionales, de composición multidisciplinar y cuya actuación permita, hasta donde sea posible, el estudio global e integral de las circunstancias y necesidades de cada caso¹⁵⁰.

Ahora bien, las modernas leyes autonómicas han incorporado la figura del profesional de referencia. Así se establece que cada persona o unidad de convivencia que acceda a al sistema público debe tener asignado un profesional de referencia, que preferentemente debe ser el mismo y que habitualmente debe ser un trabajador social de los servicios sociales comunitarios o básicos (sin perjuicio de las titulaciones o especialidades de quien

¹⁴⁹ Aunque no abordan directamente esta cuestión, puede señalarse que tanto la Ley 12/2007, de Cataluña (art. 26), como la Ley 4/2009, de Baleares (art. 28), disponen que corresponde a las administraciones públicas competentes la valoración de las situaciones de necesidad de las personas para el acceso a los servicios sociales básicos y especializados.

¹⁵⁰ Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 38).

gestione el caso o actúe como responsable de la intervención o programa). El profesional de referencia tiene las funciones de canalizar las diferentes prestaciones que la persona o la unidad de convivencia necesita, velar por la globalidad de las intervenciones y por la coordinación entre los equipos profesionales de servicios sociales y las demás redes de bienestar social, garantizando la coherencia del itinerario de intervenciones y, en su caso favoreciendo y agilizando la toma de decisiones¹⁵¹.

IV. COMPETENCIAS

1. Las competencias de la Administración autonómica

La LSSA –art. 17–, establece que corresponde a la Administración autonómica una serie de competencias que se pueden agrupar en los apartados siguientes:

- Competencias normativas. Aun cuando no está explicitada en la LSSA es evidente que corresponde al Consejo de Gobierno y, con la habilitación legal previa oportuna, al titular de la consejería correspondiente, la potestad reglamentaria en este ámbito, fundamentalmente de desarrollo normativo de la propia LSSA –Disposición Final 2ª–, y, en este sentido, se han dictado diversos reglamentos de desarrollo y ejecución de la Ley¹⁵².
- Competencias de coordinación. La LSSA dispone que corresponde a la Administración autonómica la coordinación de las actuaciones y programas entre sus propios Departamentos con las distintas Administraciones Públicas y con los sectores de la iniciativa social, con objeto de racionalizar los recursos sociales, Se trata así de atender de una manera ordenada y global las necesidades sociales, evitando el tratamiento parcializado de las mismas. Es obvio que esta competencia de coordinación tiene particular relevancia en relación con las Entidades Locales.
- Competencias de planificación. A la Administración autonómica corresponde elaborar el Plan Regional de servicios sociales, y que constituye el más efectivo instrumento de coordinación tanto de la acción social de las Corporaciones Locales como de la iniciativa social. Como manifestación de la planificación debe señalarse la zonificación de los

¹⁵¹ Ley 12/2007, de Cataluña (art. 26); Ley 13/2008, de Galicia (art. 24); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 24); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 39).

¹⁵² El artículo 44 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de Andalucía, establece que corresponde el ejercicio de la potestad reglamentaria al Consejo de Gobierno; todo ello sin perjuicio de que las personas titulares de las Consejerías tengan igualmente reconocida la potestad reglamentaria en lo relativo a la organización y materias internas de sus Consejerías. Asimismo, aquí deben incluirse la competencia para fijar los precios públicos, de acuerdo con el artículo 145.1 de la Ley 4/1988, de 5 de julio, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

servicios sociales, a través de Mapas de servicios sociales, de modo similar a lo que sucede en el sistema de salud.

- Competencias de control. La Administración autonómica se reserva una serie de competencias relativas a la supervisión y control del cumplimiento de la normativa, tanto por instituciones privada como públicas, con las consiguientes funciones de autorización, registro, acreditación, inspección y sanción¹⁵³. Y a estas funciones genéricas de control sobre todo tipo de centros de servicios sociales deben añadirse las competencias de protectorado sobre fundaciones privadas de carácter social, llamadas tradicionalmente fundaciones benéfico-asistenciales¹⁵⁴. En general, las primeras son desempeñadas desde la Administración general, mientras que el desempeño de las segundas en ocasiones es encomendado a una Administración especializada.
- Competencias de fomento. La Administración autonómica realiza una amplia función de promoción de actividades de acción social, tanto por parte de organizaciones privadas o no gubernamentales como por parte de Entidades Locales, tareas éstas que se reparten entre la Administración general y la especializada.
- Competencias de asistencia técnica. Se trata de funciones de apoyo dirigidas tanto a las Entidades Locales como a las organizaciones privadas.
- Competencias de gestión. La Administración autonómica también realiza por sí misma una actividad prestacional, tanto de servicios técnicos como de prestaciones económicas individualizadas, y que por lo común se desempeña a través de la Administraciones especializadas. Así, la LSSA –art. 17–, establece la gestión «de los servicios sociales propios que por el censo de población afectada o las características del servicio requieran su prestación con carácter supraprovincial»¹⁵⁵. Otras Comunidades Autónomas se refieren a la gestión de los servicios de carácter experimental y complejo. Se trata, sin duda, de la competencia más delicada, pues de su alcance depende la mayor o menos descentralización del sistema público de servicios sociales.

Únicamente añadir que las leyes modernas de servicios sociales optan por diferenciar entre competencias del Consejo Gobierno autonómico y de la consejería competente en la materia¹⁵⁶.

¹⁵³ La excepción es el País Vasco, donde la competencia se ejerce por las Diputaciones Forales de los Territorios Históricos.

¹⁵⁴ Esta competencia tiene su fundamento concreto en el título competencial relativo a las fundaciones, que fue generalizado a partir de la Ley Orgánica 9/1992, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas. El problema principal consiste en determinar qué criterio debe aplicarse para considerar que una Fundación es de competencia estatal o autonómica.

¹⁵⁵ En idéntico sentido ya se había pronunciado la Ley 11/1987, de Diputaciones Provinciales.

¹⁵⁶ Por ejemplo, Ley 12/2007, de Cataluña (arts. 28 y 29).

2. Las competencias municipales en materia de servicios sociales en general

A) Las competencias municipales en la Ley Básica de Régimen Local

Históricamente los Municipios han desempeñado un papel primordial en materia de acción social, que arranca mucho antes de que el Estado alcanzara una mínima vertebración administrativa y que, con mayor o menor brillantez, permanece constante incluso en las épocas de mayor centralismo decimonónico¹⁵⁷. En cualquier caso, el hecho fue que los Ayuntamientos desde las primeras Corporaciones democráticas constituidas en 1979 iniciaron una amplia e innovadora política de acción social –cuyo principal exponente fue la creación de los servicios sociales comunitarios, antes de ser ratificados por las leyes autonómicas–.

En el Derecho comparado de los países de nuestro entorno próximo, los Municipios son titulares de importantes competencias de gestión en materia de acción social. Así, en Francia a partir de las reformas descentralizadoras de 1982 y 1983 y, sobre todo, de una Ley de 1986, de adaptación de la legislación sanitaria y social a las transferencias de competencias en estos ámbitos, se atribuye a los Municipios, a través de los centros municipales de acción social, una competencia general de prevención y desarrollo social del municipio, en coordinación con las instituciones públicas y privadas, de modo que no rige, a diferencia de lo que sucedía anteriormente, el principio de subsidiariedad en relación con la iniciativa privada¹⁵⁸. Por su parte, en Italia, la Ley 142/1990, de Ordenación de las Autonomías Locales, de las tres funciones principales de los Municipios que ordena menciona en primer lugar –art. 9– a los servicios sociales –junto a la ordenación y utilización del territorio y el desarrollo económico–¹⁵⁹.

En nuestro ordenamiento, como es sabido el Tribunal Constitucional –STC 32/1981, 214/1989– tiene declarado que de la Constitución se desprende la función del Estado de fijar vinculando al legislador sectorial las competencias de las Entidades Locales con autonomía constitucionalmente garantizada, y ello es particularmente relevante en este ámbito de los servicios sociales en el que, a diferencia de otros sectores –como la educación o la sanidad– la competencias son, en principio, exclusivas de las Comunidades Autónomas¹⁶⁰.

¹⁵⁷ J. M. Alonso Seco y B. Gonzalo González, 1997, 505, consideran que esta persistencia a través de distintos sistemas político-administrativos responde a la obligación que tiene toda comunidad de atender a las necesidades sociales de quienes viven en su territorio. Sin embargo, también podría apuntarse la idea implícita de la asistencia social como cuestión de orden menor –a diferencia de otros servicios públicos–, por la que el Estado no siente especial interés en intervenir y controlar políticamente, dejando su cuidado en las entidades menores.

¹⁵⁸ Vid. S. Fernández Ramos, «Los centros municipales de acción social en Francia», *RAAP*, nº 11, 1992, p. 262.

¹⁵⁹ En cambio, no menciona a los servicios sociales entre las funciones de las Provincia –art. 14–, ni de las Áreas Metropolitanas –art. 19–.

¹⁶⁰ Como es conocido, un sector minoritario de la doctrina discrepa de este criterio. Así, Font i Llovet –*El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, 1985, 315– considera que es dudoso que le deba corresponder al Estado, en virtud del art. 149.1.18 CE, establecer los criterios básicos en materia de las com-

La LRBRL –art. 25.2.k)–, dispuso que el Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, entre otras materias, en “prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social”¹⁶¹. Obsérvese que la situación es bien diversa en relación con otros sistemas de protección social. En efecto, en relación con el sistema de salud, la LRBRL se refiere únicamente a la “participación en la gestión de la atención primaria de la salud”, y en relación con el sistema educativo la competencia municipal se circunscribe a “participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en el cumplimiento de la escolaridad obligatoria”. Puede decirse, por ello, que mientras en relación con los sistemas de educación y de salud las competencias municipales son de participación o intervención en la gestión que corresponde fundamentalmente a las Comunidades Autónomas, en el sistema de servicios sociales, la LRBRL se está refiriendo a una gestión directamente municipal¹⁶². La razón profunda de este diverso tratamiento entendemos que puede estar en la esencial vinculación de los servicios sociales básicos o de atención primaria a las necesidades sociales de cada comunidad local y de aquí en la necesidad de adaptabilidad para dar respuesta adecuada a las mismas, y que impide una programación o reglamentación uniforme desde instancias superiores.

Este diverso tratamiento de las competencias municipales en materia de servicios sociales en relación con los sistemas de salud y educación tiene una clara consecuencia en la previsión de las llamadas actividades complementarias, en relación con las cuales la LRBRL –art. 28–, omite referirse a los servicios sociales –salvo una innecesaria referencia a la promoción de la mujer–, precisamente porque ya son competencia municipal, mientras que sí se refiere dicho precepto a los otros sistemas de protección pública –sanidad y educación– en los cuales las competencias municipales son marcadamente secundarias¹⁶³.

De otro lado, la LRBRL –art. 26.1–, dispone que los Municipios por sí o asociados deberá prestar, en todo caso, en los municipios de más de 20.000 habitantes, entre otros servicios: «prestación de servicios sociales». Como ha señalado la doctrina, por primera

petencias de las Entidades Locales, pues ello conlleva que el Estado puede atribuir a las Entidades Locales competencias de las que él mismo no dispone.

¹⁶¹ Como señala la doctrina especializada (J.L.Beltrán Aguirre, 1992, 224, A. Garcés Sanagustín, 1996, 2, 230), el precepto incurre en una confusión terminológica, pues los servicios de promoción e inserción social no constituyen más que un determinado tipo o categoría del sistema de servicios sociales.

¹⁶² R. Parada Vázquez, *Derecho Administrativo, Organización y Empleo Público*, Marcial Pons, 2008, 205, refiere las competencias del art. 25 LRBRL como competencias de participación. A nuestro parecer no cabe reducir a una misma categoría las competencias contenidas en el mencionado artículo.

¹⁶³ En este sentido, Garcés Sanagustín, 1996, 2, 231, señala que la virtualidad del art. 25.2.k) LRBRL se manifiesta en el art. 28.

vez en nuestra legislación local se establece el carácter mínimo para los Municipios de determinados servicios sociales¹⁶⁴.

Ciertamente, la legislación sectorial debe perfilar el ámbito de los servicios obligatorios, pero de la interpretación conjunta de la LRBRL se desprende que el municipio deberá desarrollar en cualquier caso competencias *propias* en materia de servicios sociales, si bien no todas las competencias que ejerzan en este campo habrán de tener necesariamente este carácter¹⁶⁵.

A este respecto, según algún autor¹⁶⁶, la normativa autonómica no sólo enumera una lista de competencias propias de las Corporaciones Locales sino que limita a la referida lista las actuaciones que pueden llevar a cabo éstas. De tal manera que la omisión legal conlleva la imposibilidad de que las Entidades Locales puedan actuar. Así, se llega a afirmar la preclusión para las Entidades Locales de la posibilidad de incidir mediante la configuración de prestaciones propias en el ámbito de la acción social. “Sólo con apoyo en otros bloques materiales –la educación, por ejemplo, donde además pueden desarrollar actividades complementarias– es posible articular desde el ámbito local un nuevo tipo prestacional. Desde esta perspectiva cabe afirmar que la legislación sectorial acota y circunscribe el campo de la actuación de las Entidades Locales al estricto ámbito en ella regulado”¹⁶⁷.

No se puede estar de acuerdo con este criterio. Salvo prohibición explícita, los Municipios siempre podrán hacer uso de la cláusula general de apoderamiento, cuestión distinta es que la Administración autonómica no apoye tales actividades o centros, p. j., no integrándolos en el correspondiente dispositivo¹⁶⁸. Asimismo, en la práctica de un modo más o menos articulado tales prestaciones vienen existiendo desde antiguo, y hoy en día algunos

¹⁶⁴ F. Castillo Blanco y R. Barranco Vela, *Competencias locales en materia de servicios sociales*, Cemci, 1994, 140-141. Ahora bien, no puede compartirse la afirmación de estos autores, en el sentido de que la Ley de Régimen Local de 1955, no hacía referencia alguna a competencias locales en materia de servicios sociales. Muy al contrario, en esta Ley las referencias eran más detalladas que las previstas en la vigente LRBRL, sobre todo en relación con las Diputaciones Provinciales; lo que ocurre es que las competencias estaban referidas naturalmente bajo el concepto de beneficencia propio de la época. No obstante, la doctrina ha señalado la insuficiencia del criterio del número de habitantes, pues en las áreas rurales se dan problemas específicos. A. Garcés Sanagustín, 1996, 2, 223.

¹⁶⁵ Según Aznar López, citado por J. L. Beltrán Aguirre, 1992, 224.

¹⁶⁶ A. Garcés Sanagustín, 1996, 2, 228-229.

¹⁶⁷ A. Garcés Sanagustín, 1996, 2, 235-236. Así el autor considera –p. 237– que los Municipios no están habilitados para constituir un sistema propio de prestaciones económicas en ausencia de legislación sectorial aplicable.

¹⁶⁸ En este sentido, no deja de suponer una cierta contradicción con la afirmación del autor –p. 227– de que en el ámbito prestacional la intervención del legislador sectorial constituye más un recorte sobre las competencias municipales que una extensión de las mismas, de tal modo que siguiendo esta idea habría que entender que en lo no prohibido se mantiene esa “presunción” de competencia municipal. Pero lo que es, desde luego, un despropósito es que en un ámbito de competencia municipal, haya que acudir al art. 28 LRBRL que habilita a realizar actividades complementarias en sectores en los que la competencia municipal es secundaria o auxiliar, para realizar actividades que no les permitiría la clara atribución competencial.

normas autonómicas encuadran determinadas prestaciones en el ámbito local, caso de las ayudas de emergencia social y de las ayudas a familias con menores en situación de riesgo social, estrechamente vinculadas ambas a los servicios sociales comunitarios¹⁶⁹.

Partiendo de que los servicios sociales comunitarios o de atención primaria constituyen servicios de competencia municipal propia, hay que aplicar las consecuencias generales del ejercicio de las competencias propias conforme a un régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad de la Entidades Locales –art. 7.2 LRBRL–. Esto significa que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas carecen de una potestad de *dirección* político-administrativa sobre estas materias, que corresponde a los órganos de gobierno y administración del Municipio. En consecuencia, en este ámbito es perfectamente lícito el uso de la potestad reglamentaria y de planificación municipal para ordenar los servicios sociales comunitarios propios, dentro naturalmente del respeto a la Ley. Esta reglamentación presenta incluso un carácter obligado, pues sólo desde esta potestad se jurifican los servicios y prestaciones, perfilando el derecho de los vecinos a los mismos¹⁷⁰.

Por tanto, la legislación sectorial debe residenciar en los Municipios las competencias propias para la gestión de los servicios sociales básicos o generales. Pero sin que esto signifique que la gestión de los servicios especializados deba corresponder necesariamente a las Comunidades Autónomas: debe aplicarse el principio de subsidiariedad, y todos aquellos que sean de ámbito municipal han de ser de competencia propia, no delegada, de los Municipios –p. j., un centro de día para mayores es de ámbito claramente municipal–¹⁷¹.

B) Las competencias municipales en la legislación autonómica

En la legislación autonómica de servicios sociales de primera generación, aun cuando no fue particularmente generosa, ya se reconoció, salvo excepciones, a los municipios la competencia en materia de servicios sociales generales o comunitarios¹⁷². Por su parte,

¹⁶⁹ En país tan centralista como Francia, incluso en los momentos más álgidos de centralismo en materia de acción social, operado por un Decreto 1953, se admitió que, junto a la ayuda social obligatoria reglamentada por el Estado, los Municipios eran competentes en el resto, la llamada ayuda social facultativa, que sería precisamente de la moderna acción social. Vid. S. Fernández Ramos, 1992, 261.

¹⁷⁰ No se comparte la opinión de A. Garcés Sanagustín, 1996, 2, 238, según la cual la atribución a los Municipios de la “gestión” de una prestación comporta escasas atribuciones de regulación de aspectos sustantivos de la prestación.

¹⁷¹ Por ello no se comparte la opinión de J. M. Alonso Seco y B. Gonzalo González, 509, que reducen la competencia de gestión de los Municipios a los servicios sociales de atención primaria, afirmando que las Comunidades Autónomas retienen la gestión principal.

¹⁷² J. L. Beltrán Aguirre, 1992, pp. 227 y 229, señaló que la legislación autonómica de servicios sociales de los años 80 no fue generosa con las Entidades Locales y, desde luego, no ha sido coherente con sus propias declaraciones sobre descentralización.

las modernas leyes autonómicas sobre servicios sociales contienen, por lo general, un elenco más amplio de competencias municipales, siendo las comunes las siguientes¹⁷³:

- Crear, gestionar y mantener los servicios sociales comunitarios, de base o de primer nivel, o atención primaria, según las denominaciones propias de cada ley.
- Estudiar y detectar las necesidades y de la problemática social en su ámbito territorial¹⁷⁴. No obstante, debe recordarse que ya la LSSA –art. 10–, configuró la detección y análisis de los problemas de los distintos sectores de la población, como un servicio a prestar desde los servicios sociales comunitarios, vinculado a la planificación.
- Elaborar los planes y programas de servicios sociales en su ámbito territorial y participar en la elaboración de los planes y programas en materia de servicios sociales de la Administración autonómica.
- Fomentar y promover la solidaridad y la participación de la sociedad civil en la prevención e intervención social en el ámbito local (programas de sensibilización social, de participación ciudadana, promoción del asociacionismo, del voluntariado y de otras formas de ayuda mutua), así como promover mecanismos de coordinación de las actuaciones realizadas por las mismas. Con todo, se trata de un objetivo propio de los servicios sociales comunitarios. Así, debe recordarse que la LSSA –art. 8–, ya definió entre estos el fomento del asociacionismo en materia de servicios sociales, como cauce eficiente para el impulso del voluntariado social. Y la misma LSSA –art. 10.2–, delimitó, dentro de los Servicios Sociales Comunitarios, el llamado Servicio de Cooperación Social, que tiene como cometido la promoción y potenciación de la vida comunitaria, impulsando al asociacionismo.
- Impulsar y ordenar mecanismos de participación local en el ámbito de los servicios sociales.
- Coordinar los servicios sociales locales con otros sistemas de bienestar social que actúan dentro de su ámbito territorial. Lo cierto es que –como nos consta– ya la LSSA –art. 8–, dispuso que uno de los objetivos de los servicios sociales comunitarios es el establecimiento de vías de coordinación entre organismos y profesionales que actúen, dentro de su ámbito territorial, en el trabajo social.

¹⁷³ Ley 12/2007, de Cataluña (art. 31.1); Ley 13/2008, de Galicia (art. 60); Ley 12/2008, País Vasco (art. 42); Ley de Baleares (art. 38); Ley 5/2009, de Aragón (art. 48); Ley de La Rioja (art. 30); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 59).

¹⁷⁴ La Ley de Castilla y León 16/2010, (art. 48), añade también la elaboración y actualización de la guía de recursos existentes en su territorio. Otras leyes añaden la promoción y la realización de investigaciones y de estudios sobre los servicios sociales en el ámbito local (Ley 2/2007, de Cantabria –art. 70–; Ley 13/2008, de Galicia –art. 60–).

- Colaborar con Administración autonómica en el ejercicio de las funciones de inspección y control en materia de servicios sociales.

A partir de aquí, aun cuando alguna ley sigue admitiendo la competencia municipal para crear, mantener y gestionar los servicios sociales especializados que considere necesarios dentro de su ámbito territorial¹⁷⁵, otras más cautelosas precisan que tal competencia queda condicionada a que se haya garantizado la prestación de los servicios sociales comunitarios, y se ejercerá en coordinación con la Administración autonómica y de acuerdo con la planificación correspondiente¹⁷⁶. Y, finalmente, debe señalarse el criterio de alguna ley autonómica según la cual la prestación de los servicios sociales especializados es únicamente por delegación de la Administración autonómica, correspondiendo a ésta en los demás casos, la gestión de los servicios especializados¹⁷⁷.

3. Las competencias municipales en el ordenamiento autonómico

A) Las competencias municipales en la LSSA: un caso de inconstitucionalidad

La LSSA –art. 19.1–, dispuso que los Ayuntamientos serán responsables de los Servicios Sociales de su ámbito territorial, de acuerdo con la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, y dentro del marco de la presente Ley. Serán competencias de los Ayuntamientos, *por delegación de la Junta de Andalucía*:

- a) La gestión de los Centros de Servicios Sociales Comunitarios en los municipios de más de 20.000 habitantes.
- b) La gestión de los Centros de Servicios Sociales Especializados de ámbito local, en los municipios de más de 20.000 habitantes.
- c) La ejecución y gestión de los programas de Servicios Sociales y prestaciones económicas que pudiera encomendarles el Consejo de Gobierno.

Por lo demás, la Ley –art. 19.3–, añadió «Los Ayuntamientos ejercerán sus facultades de programación, planificación u ordenación de los servicios o actividades de su competencia, en el marco del Plan Regional de Servicios Sociales a que se refiere el art. 15 de la presente Ley». Este último precepto no es cuestionable, pues –como se ha señalado más arriba– la propia LRBRL –art. 7.2–, declara que incluso las competencias propias se

¹⁷⁵ Ley Foral 15/2006, de Navarra (art. 39).

¹⁷⁶ Ley 13/2008, de Galicia (art. 61).

¹⁷⁷ Ley 12/2007, de Cataluña (art. 33).

ejercen «atendiendo siempre a la debida coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones públicas».

Lo más llamativo de la LSSA es que no atribuye a los Municipios competencia alguna en materia de servicios sociales de carácter propio, ni siquiera a los Municipios de más de 20.000 habitantes, que de acuerdo con la LRBRL están obligados –como nos consta– a prestar servicios sociales. Con la salvedad de la Ley de Galicia 3/1987, de 27 de mayo, de Servicios Sociales, la Ley andaluza fue la única Ley autonómica de primera generación que no reconoció competencia propia alguna a los municipios en la materia¹⁷⁸.

De entrada, esta cicatera atribución competencial no parece coherente con el principio de descentralización que enuncia la propia Ley –art. 2.9–. Pero, sobre todo, en opinión de un amplio y cualificado sector de la doctrina (Ortega Álvarez), en relación con los Municipios de más de 20.000 habitantes la Ley autonómica debió atribuirles competencias propias, puesto que se entiende que los servicios municipales mínimos definidos en el artículo 26 LRBRL constituyen un reserva material de competencias propias y, por tanto, en este punto la Ley andaluza es contraria a la autonomía local, tal como es garantizada por la LRBRL. Pero, para nosotros, se puede y se debe llegar más lejos. En efecto, la relación de materias sobre las que la LRBRL garantiza la atribución de competencias de carácter propio está ya en el art. 25.2, no en el art. 26, pues de lo contrario dicho precepto carecería de virtualidad alguna. Obviamente en la materias referidas en el art. 26 deben atribuirse competencias propias a los Municipios pues están obligados a prestarlas, pero no sólo en éstas, ni es ese su significado primordial. En definitiva, puede afirmarse sin ambages que la LSSA es en este punto inconstitucional¹⁷⁹.

La atribución de competencias sobre un sector puede tener un doble significado. Si la competencia recae sobre una “función administrativa” en sentido estricto (por ejemplo, en materia de protección de menores) presenta un significado de inicial exclusividad, en el sentido de que sólo el Municipio está habilitado para ejercer tal función, salvo en caso de incumplimiento y actuación subsidiaria o por sustitución¹⁸⁰. Pero si la competencia recae

¹⁷⁸ F. Castillo Blanco y R. Barranco Vela, 1994, 141, señalan que la normativa autonómica no es precisamente municipalista. Estos autores recogen la propuesta de la FEMP de 1993 de atribución de competencias a las Entidades Locales en materia de servicios sociales. En mi opinión, este modo de proceder tal vez pudo estar condicionado por la opción del legislador autonómico en relación con las Diputaciones Provinciales adoptada unos meses antes en la Ley 11/1987, de Relaciones de la Junta de Andalucía con las Diputaciones Provinciales.

¹⁷⁹ En este sentido, la Ley de Galicia 4/1993, de 14 de abril, de Servicios Sociales, reconoció explícitamente en su exposición de motivos que el principio de la autonomía local no estaba contemplado en la anterior Ley 3/1987 (que derogó), la cual sólo recogía la posibilidad de delegación.

¹⁸⁰ Según A. Garcés Sanagustín, 1996, 227, en aquellos ámbitos donde se da una reserva de ley o se configuran potestades de intervención que inciden sobre los derechos constitucionales, la legislación sectorial fijará estrictamente el ámbito de competencias sustantivas de las Entidades Locales, con una dimensión predominantemente creadora o constitutiva del ámbito de competencia municipal.

sobre un servicio público, su atribución significa más bien la responsabilización en la creación y funcionamiento de tales servicios.

En este sentido, como señalan algunos sectores de la doctrina, la legitimación para crear y ejecutar programas de servicios sociales viene ya dada directamente en la cláusula genérica del art. 25.1 LRBR, según el cual el Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal. La tradición normativa y la propia dinámica asistencial, exigen que determinados servicios sociales próximos al ciudadano sean de competencia municipal propia¹⁸¹.

B) *Las competencias municipales tras el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía*

Como es sabido, una de las novedades de la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobada por la Ley Orgánica 2/2007, fue la introducción, siguiendo el criterio del Estatuto catalán –art. 84–¹⁸², de un listado de competencias municipales. En concreto, el Estatuto –art. 92.2–, declara que los Ayuntamientos tienen competencias *propias* sobre las siguientes materias, en los términos que determinen las leyes: «c) Gestión de los servicios sociales comunitarios»¹⁸³.

¹⁸¹ J. M. Alonso Seco y B. Gonzalo González, 1997, 470 y 508. En este sentido, la ya derogada Ley catalana 4/1994, de 20 de abril, de Administración Institucional, de Descentralización, de Desconcentración y de Coordinación del Sistema Catalán de Servicios Sociales, estableció una “*cláusula general de apoderamiento*” –art. 16–, según la cual “las Administraciones Públicas de Cataluña pueden prestar, de acuerdo con sus competencias, capacidad y recursos cualquier tipo de servicio social de nivel igual o superior a los que les atribuye la presente Ley...”.

¹⁸² La diferencia esencial entre ambos listados está en que el Estatuto catalán fija las materias competenciales de los “gobiernos locales”, dejando que sea luego la ley quien determine qué gobierno local (municipio, comarca o veguería) ejerce cada competencia concreta. Y, en cambio, el Estatuto andaluz identifica directamente las materias competenciales propias de los municipios, de modo que la función de la ley será concretar las competencias municipales en esas materias, pero no asignarlas a las provincias. Véase F. Velasco Caballero, «Estatutos de Autonomía y Régimen Local», Fundación Giménez Abad, 2009.

¹⁸³ El Estatuto Catalán –art. 84.2.m)–, asigna a los gobiernos locales. «La regulación y la prestación de los servicios de atención a las personas, de los servicios sociales públicos de asistencia primaria y fomento de las políticas de acogida de los inmigrantes». Aun cuando se cuestionó en su día la licitud constitucional de esta suerte de «blindaje» estatutario de las competencias locales, a propósito del Estatuto Catalán, partiendo de la consideración según la cual la previsión estatutaria está dirigida al legislador autonómico y, por consiguiente, ha de entenderse que las materias sobre las que, según el precepto, los gobiernos locales han de tener en todo caso competencia son materias respecto de las cuales la Comunidad Autónoma ha asumido competencias, es decir, materias de competencia autonómica, el Tribunal Constitucional entendió que el elenco competencial que el precepto estatutario dispone que tiene que corresponder a los gobiernos locales en modo alguno sustituye ni desplaza, sino que, en su caso, se superpone, a los principios o bases que dicte el Estado sobre las competencias locales en el ejercicio de la competencia constitucionalmente reservada por el art. 149.1.18 CE (STC 31/2010, FJ 37). En el caso de los servicios sociales, añadimos, es clara la licitud estatutaria pues se trata de una competencia exclusiva autonómica.

Si bien existe una cierta similitud con el modo de proceder –antes descrito– de la LRBRL en su artículo 25, se aprecia una doble diferencia con la LRBRL: el Estatuto de Autonomía no se limita a delimitar una materia (en nuestro caso los servicios sociales), sino que dentro de esta materia determina una sub-materia (los servicios sociales comunitarios) y atribuye directamente una competencia (la gestión), de modo que el margen de disposición del legislador sectorial es mucho más cerrado¹⁸⁴. De este modo, puede considerarse que la LSSA es contraria también al bloque de la constitucionalidad.

Finalmente, la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (LAULA), establece que los municipios andaluces tienen las siguientes competencias propias –art. 9.3–: «Gestión de los servicios sociales comunitarios, conforme al Plan y Mapa Regional de Servicios Sociales de Andalucía, que incluye:

- a) Gestión de las prestaciones técnicas y económicas de los servicios sociales comunitarios.
- b) Gestión del equipamiento básico de los servicios sociales comunitarios.
- c) Promoción de actividades de voluntariado social para la atención a los distintos colectivos, dentro de su ámbito territorial»¹⁸⁵.

Como puede verse, la Ley 5/2010, retoma la referencia al Plan Regional de Servicios Sociales ya contenida en la LSSA, y que no era conflictiva. Asimismo, los apartados a) y b) no añaden nada a la expresión estatutaria de gestión de servicios sociales comunitarios (ya sean prestaciones o equipamientos), de modo que la única novedad sería el apartado c) relativo a la promoción de actividades de voluntariado social, actividad que –como nos consta– siempre se ha considerado que forma parte de los servicios sociales comunitarios (en concreto, el de cooperación social).

En definitiva, la LAULA no aporta nada sustantivo a la atribución competencial ya contenida en el Estatuto de Autonomía referida a la gestión de los servicios sociales comunitarios. Además, debe subrayarse que nada impide que el legislador sectorial reconozca a municipios otras competencias propias en materia de servicios sociales, y, desde luego,

¹⁸⁴ Como señala J.J. Rivero Ysern, «El régimen local en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía. Reglas sustantivas y distribución de competencias», en VV.AA., *Comentarios al Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 860, el Estatuto delimita potestades y funciones dentro de cada ámbito material.

¹⁸⁵ Sobre las competencias municipales en la LAULA, puede verse O. Salazar Benítez, «El municipio como entidad territorial básica de la Comunidad Autónoma de Andalucía», *Nuevas Políticas Públicas*, monográfico dedicado a *La Administración Local renovada de Andalucía*; J. J. Rivero Ysern, «Las competencias locales», en VV.AA., *Derecho Local de Andalucía*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 41 y ss.

permanece abierta la posibilidad de transferencia y delegación de competencias con las condiciones generales ordenadas en la LAULA –arts. 16 y siguientes–¹⁸⁶.

Por lo demás, y en la línea ya defendida por la doctrina a partir de la LRBRL¹⁸⁷, la LAULA –art. 9.1–, declara que las competencias locales facultan para la regulación, dentro de su potestad normativa, de las correspondientes materias. Y debe recordarse que la LAULA, en virtud de la reserva procedimental ordenada en el Estatuto de Autonomía (debe ser aprobada por mayoría absoluta del Parlamento de Andalucía –art. 108–), goza de una especial posición en el sistema de fuentes del ordenamiento andaluz, de modo que vincula al legislador sectorial¹⁸⁸.

4. Las competencias de las Diputaciones Provinciales en materia de servicios sociales

A) Las competencias provinciales en general

Como es sabido, a diferencia de como procede en relación con los municipios, la LRBRL no atribuye directamente a las Provincias competencias sobre materias determinadas, salvo la genérica referencia –art. 36.1.c)– a la “prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal”. Asimismo, no debe olvidarse que la LRBRL atribuye a las Diputaciones Provinciales una función de asistencia que debe prestarse preferentemente para el establecimiento y adecuada prestación por los Ayuntamientos de los servicios públicos mínimos –art. 26.3 LRBRL–, entre los que se encuentran –como nos consta– los servicios sociales en los Municipios de más de 20.000 habitantes, si bien la práctica asistencial de las Diputaciones se orienta en apoyar económica y técnicamente a los pequeños municipios.

En los ordenamientos autonómicos, en términos generales, esta cuestión sigue las tendencias generales de las Comunidades Autónomas con relación a las Provincias: desde el máximo protagonismo concedido en el País Vasco a las Diputaciones Forales al vaciamiento competencial de las Diputaciones Provinciales en la Comunidad Autónoma de Cataluña¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Puede señalarse que la enmienda núm. 220 formulada por el Grupo Popular proponía introducir un catálogo de materias sobre las cuales la Comunidad Autónoma debía realizar la correspondiente transferencia o delegación, materias entre las que se encontraban los servicios sociales. Véase A. J. Sánchez Sáez, «Transferencia y delegación de competencias, en VV.AA., *Derecho Local de Andalucía*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 77 y ss.

¹⁸⁷ Entre otros, véase J. L. Rivero Ysern, *Manual de Derecho Local*, 6ª ed., Civitas, 2010, pp. 79 y ss.

¹⁸⁸ Véase R. Jiménez Asensio, «La naturaleza de la Ley de Autonomía Local de Andalucía como Ley de mayoría reforzada del artículo 108 del Estatuto y su relación con el resto de Leyes del Parlamento de Andalucía», *Revista CEMCI*, nº 7, 2010.

¹⁸⁹ A. Garcés Sanagustín, 1996, 2, 242-243.

Obviando estos extremos, en las modernas leyes de servicios sociales se aprecian importantes diferencias de tratamiento. Por ejemplo, en Galicia, la Ley se limita a declarar que las diputaciones provinciales, de conformidad con lo previsto en la normativa de régimen local, proporcionarán asistencia económica, técnica y jurídica a los ayuntamientos en la ejecución de sus competencias en materia de servicios sociales, especialmente en la prestación de servicios sociales comunitarios básicos por aquellos ayuntamientos con menos de 20.000 habitantes (Ley 13/2008, art. 61). Por su parte, en Aragón, esta función ha sido atribuida primariamente a las comarcas (Ley 5/2009, art. 48.2). En Castilla-La Mancha, la prestación de los servicios sociales de forma subsidiaria a los Ayuntamientos, debe ser acordada conjuntamente con la Comunidad Autónoma (Ley 14/2010, art. 60).

B) Las competencias provinciales en el ordenamiento andaluz

La Ley 11/1987, de 26 de diciembre, reguladora de las relaciones entre la Comunidad Autónoma de Andalucía y las Diputaciones Provinciales en su territorio, no atribuyó a las Diputaciones competencia alguna propia en materia de servicios sociales –sólo en materia de cultura, deporte y turismo–. Muy al contrario, la Ley 11/1987, –art. 26–, declaró que la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene competencia exclusiva, entre otras, sobre servicios sociales. De este modo, se pretendió despojar a las Diputaciones Provinciales de sus competencias seculares en el ámbito de la asistencia social¹⁹⁰. Debe recordarse que en el pasado la gran mayoría de los establecimientos asistenciales –casas de maternidad, hogares para huérfanos y niños abandonados, residencias para ancianos...– eran de titularidad de las Diputaciones Provinciales, pues la presencia efectiva de la Administración del Estado en el sector era mínima. Por tanto, el efecto inicial de la Ley en esta materia sería el de una centralización, que se pretende compensar mediante una gestión desconcentrada –art. 28–. Y sólo una vez que la Comunidad Autónoma efectúa la asunción exclusiva de las competencias en este ámbito, delega en las Diputaciones Provinciales determinadas competencias en materia de servicios sociales –art. 42–. Se trata pues de competencias delegadas sujetas al régimen general establecido en la propia Ley –arts. 29 y ss.–¹⁹¹. En concreto, las competencias delegadas en materia de servicios sociales son las siguientes:

- a) La gestión de los centros y establecimientos de servicios sociales especializados de ámbito supramunicipal o provincial.

¹⁹⁰ La Ley 11/1987, –art. 27–, dispuso que la asunción de competencias por parte de la Comunidad Autónoma exigía el correspondiente traspaso de servicios y medios, sin que dicho traspaso hubiera tenido lugar en materia de servicios sociales.

¹⁹¹ F. Castillo Blanco y R. Barranco Vela, 1994, 132-134, entienden que “a pesar de la importancia de las funciones de gestión y ejecución atribuidas a las mismas (las provincias) éstas no llegan a incidir en facultades de planificación e inspección que hubieran supuesto una auténtica respuesta descentralizadora. Asimismo, estos autores defienden que la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma cede ante la competencia provincial de fomento de los peculiares intereses de la provincia, y que una vez completado el proceso de traspaso de competencias a las Diputaciones Provinciales en este ámbito se debería prever la desaparición de la estructura periférica autonómica en servicios sociales.

- b) La coordinación y gestión de los centros de servicios sociales comunitarios, así como de los centros de servicios sociales de ámbito local, en los municipios de hasta 20.000 habitantes, y los de ámbito supramunicipal de acuerdo con los criterios generales establecidos por la Junta de Andalucía en esta materia.
- c) La ejecución y gestión de los programas de servicios sociales y prestaciones económicas que pudiera encomendarles el Consejo de Gobierno.

Por su parte, la LSSA –art. 18.1–, la cual dispone que las Diputaciones Provinciales ejercerán en materia de servicios sociales las competencias que les estén atribuidas legalmente con el carácter de propias, obviando que la Ley 11/1987, no atribuyó competencia alguna con ese carácter en esta materia, y sin molestarse la LSSA de atribuir, por su parte, competencia propia alguna¹⁹². Y, en cuanto a las competencias delegadas la LSSA se limitó a reproducir las ya contenidas en la Ley 11/1987¹⁹³. Asimismo, la LSSA art. 18.3–, deja claro que no se trata del ejercicio de competencias propias, al disponer que su ejercicio no sólo debe respetar el marco legal y la planificación general, sino también los criterios generales establecidos por la Administración autonómica para las distintas modalidades de servicios sociales.

Finalmente, al igual que la Ley 11/1987, la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, no reconoce como competencia propia competencia material alguna a las provincias en materia de servicios sociales –art. 15–. Y, a diferencia de la Ley 11/1987, la LAULA tampoco atribuye competencias delegadas en esta materia. De este modo, en materia de servicios sociales, las competencias que la LAULA reconoce a las Diputaciones es la horizontal de asistencia a los municipios –art. 11–. No obstante, como se señaló antes para los municipios, nada impide que el legislador sectorial reconozca a las Provincias competencias materiales en materia de servicios sociales, y, desde luego, permanece abierta la posibilidad de delegación de competencias (no así de transferencia) con las condiciones generales ordenadas en la LAULA –arts. 19 y siguientes–. De hecho, debe subrayarse que el nuevo Estatuto de Autonomía reconoce a las provincias, además de las referidas a la cooperación municipal, las «que con carácter específico y para el fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia le vengán atribuidas por la legislación básica del Estado y por la legislación que dicte la Comunidad Autónoma en desarrollo de la misma» –art. 96.3.b)–, y debe recordarse –una vez más– que en esta materia las competencias son exclusivas de la Comunidad Autónoma.

¹⁹² Así J. L. Beltrán Aguirre, 1992, 222, señaló que no se alcanza a comprender la referencia que hace la Ley a las competencias que les estén atribuidas legalmente con el carácter de propias.

¹⁹³ Se aprecia, no obstante alguna variación en sentido restrictivo. En efecto, la Ley 11/1987, se refiere a la coordinación de los centros de servicios sociales especializados de ámbito local “y los de ámbito supramunicipal...”, referencia ésta última que desaparece en la LSSA.

V. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

1. Estructuras de gestión

Dejando de lado, las competencias de la Administración General de la Junta de Andalucía¹⁹⁴, una de las principales novedades prácticas que en su día supuso Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, fue la sustitución de la *Administración de los Servicios Sociales de Andalucía de la Seguridad Social* (ASERSAS), creada por Decreto 304/1984, de 27 de noviembre, como servicio administrativo sin personalidad jurídica¹⁹⁵, por el *Instituto Andaluz de Servicios Sociales* (IAAS), configurado como organismo autónomo¹⁹⁶, solución organizativa muy extendida en aquella época en el resto de las Comunidades Autónomas. Inicialmente debía corresponder al IASS –art. 17.6 LSSA– la gestión de los servicios sociales propios de la Junta de Andalucía. Sin embargo, tras sucesivas modificaciones legales que comportaron la creación de otros organismos públicos (como el Instituto Andaluz de la Mujer y el Instituto Andaluz de la Juventud) y la atribución de competencias de gestión a órganos de la Administración General de la Junta de Andalucía (sobre todo en materia de menores), las funciones del IASS se centraron casi exclusivamente en los sectores de tercera edad y personas minusválidas.

Por otro lado, mediante acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 24 de octubre de 2000, fue autorizada la creación de la *Fundación Andaluza de Servicios Sociales*, como una fundación de carácter social, con la finalidad de desarrollar y divulgar actuaciones a favor de las personas y grupos socialmente desfavorecidos¹⁹⁷. Como con-

¹⁹⁴ Tras una primera etapa en la cual las competencias en materia de acción social estuvieron integradas en una Consejería más amplia, con competencias en materia de trabajo (1982-1988) o de salud (1988-1990), se creó en 1990 la Consejería de Asuntos Sociales (CAS), y que salvo un breve período se ha mantuvo hasta el 2004, fecha en la que pasó a denominarse de Consejería para la Igualdad y Bienestar Social (Decreto 205/2004, de 11 de mayo). Este modelo se ha mantenido hasta el 2012, fecha en la que la necesidad de reducción de Consejerías como consecuencia de la crisis económica ha determinado la vuelta de la integración de la política de servicios sociales en un Departamento más amplio, nuevamente de salud, como sucediera en 1988 (Decreto 152 /2012, de 5 de junio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y Bienestar Social y del Servicio Andaluz de Salud). Sobre la organización de la Administración General de la Junta de Andalucía, véase S. Fernández Ramos, «La organización de la Administración de la Junta de Andalucía», en VV.AA., *Estudios sobre el Gobierno y Administración de la Junta de Andalucía*, IAAP, 2011, pp. 111 y ss.

¹⁹⁵ Por Decreto 304/1984, de 27 de noviembre, se creó la Administración de los Servicios Sociales de Andalucía de la Seguridad Social (ASERSAS), como el órgano de la Junta de Andalucía al que se encomienda la dirección, organización y coordinación de la gestión de los servicios complementarios de las prestaciones del Sistema de la Seguridad Social en el ámbito de la Comunidad Autónoma. Aun cuando ASERSAS disponía de su propia organización territorial (Direcciones Provinciales), fue creada sin personalidad jurídica propia, correspondiente a la entonces Dirección General de Servicios Sociales de la Consejería de Trabajo y Seguridad Social, asumir la Dirección General de la ASERSAS y a su titular ejercer la dirección, gestión, inspección y representación legal.

¹⁹⁶ En consecuencia, la LSSA suprimió a ASERSAS –Disposición Adicional Tercera–.

¹⁹⁷ La Fundación Andaluza de Servicios Sociales centró su actuación en las prestaciones de servicios sociales contempladas en el Decreto 137/2002, de 30 de abril, de apoyo a las familias andaluzas, asumiendo la gestión

secuencia de ello, el IASS sería también suprimido en julio de 2003. Además, en marzo de 1998 se constituyó la *Fundación Pública Andaluza para la Atención a las Drogodependencias* como entidad de gestión dirigida a la atención de personas afectadas por las drogodependencias y adicciones. En el año 2006 se ampliaron los fines sociales de FADAIS, incluyendo a otros colectivos desfavorecidos socialmente o en riesgo de exclusión.

Con objeto de implementar la aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía (LAJA), autorizó la creación de la Agencia para la Atención a la Dependencia en Andalucía, como agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54.2.c) de la misma Ley (Disposición Adicional Sexta), pero tal agencia no llegó efectivamente a crearse. Asimismo, el Defensor del Pueblo Andaluz sugirió la creación de un Instituto Andaluz del Menor y de la Familia, de modo similar a otras Comunidades Autónomas, con objeto de que la política de protección del menor contara con una estructura consolidada e independiente¹⁹⁸.

Finalmente, la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía, creó la *Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía*, al tiempo que ordenó la supresión de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y de la Fundación Andaluza para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social, subrogándose la Agencia en el subrogación de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía en las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de dichas fundaciones¹⁹⁹. La Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía se crea como agencias públicas empresariales del apartado 68.1.b)²⁰⁰, las cuales se rigen «por el Derecho Adminis-

de los servicios sociales más innovadores en materia de personas mayores y discapacitadas (como el programa de teleasistencia), precisamente los ámbitos propios del IASS.

¹⁹⁸ *El País*, 23 de noviembre de 2002.

¹⁹⁹ La Ley 1/2011, –art. 18.4–, declara como fines generales de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía: a) El desarrollo de las actividades de organización y prestación de los servicios necesarios para la gestión del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía. b) La promoción, desarrollo y gestión de recursos de atención social a las personas, a las familias y a los grupos en que estas se integran para favorecer su bienestar, así como la gestión de recursos y el desarrollo de actuaciones en materia de protección a la infancia. c) La atención a las drogodependencias y adicciones; y la incorporación social para la atención a colectivos excluidos o en riesgo de exclusión social. De acuerdo con estos fines, la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, en estas materias, ejercerá y desarrollará las competencias, funciones y actuaciones que le confieran sus Estatutos, la Consejería a la que se adscriba la Agencia y las demás normas habilitantes que le puedan ser de aplicación. Por tanto, se trata de una entidad de alcance general.

²⁰⁰ Esto es «Aquellas que tienen por objeto, en ejecución de competencias propias o de programas específicos de una o varias Consejerías, y en el marco de la planificación y dirección de estas, la realización de actividades de promoción pública, prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, sean o no susceptibles de contraprestación, sin actuar en régimen de libre mercado» –art. 68.1.b) LAJA–. Sobre este controvertido proceso de reordenación del sector público andaluz, véase S. Fernández Ramos, «La reordenación del Sector Público Andaluz. Reflexiones para el debate», *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 80, 2011, pp. 13-80.

trativo o por el Derecho Privado según su particular gestión empresarial así lo requiera». Por último, mediante el Decreto 101/2011, de 19 de abril, se aprueban los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía.

Con independencia de lo sorprendente que pueda resultar atribuir a una entidad «empresarial» lo que hasta ayer se consideraba actuaciones de interés general propias de una fundación, lo cierto es que en el ordenamiento andaluz se han empleado todas las formas organizativas imaginables: el servicio especial sin personalidad jurídica (ASERSAS), el organismo público sujeto a Derecho Administrativo (IASS), las entidades jurídico-privadas (Fundaciones) y, ahora, el organismo público sujeto a Derecho Público o Privado según los casos, lo que, como mínimo, hace pensar en la relativización de las formas jurídicas.

Y, en cualquier caso, desde la perspectiva sustantiva del legislador de servicios sociales esta experiencia entendemos que debe tenerse en cuenta. Por ello, a la hora de plantear en una futura Ley de Servicios Sociales la organización de la gestión de los servicios sociales de titularidad de la Administración de la Junta de Andalucía, entendemos que debe optarse por una fórmula lo suficientemente flexible que permita aglutinar las diferentes estructuras organizativas que ha venido empleando la Administración de la Junta de Andalucía en esta materia. Por este motivo, se desaconseja no sólo la mención expresa a organismo o entidad alguna (a diferencia de alguna ley reciente²⁰¹) sino también se considera excesivamente reduccionistas las fórmulas de otras leyes referidas a entidades de Derecho Público²⁰², dada la realidad antes indicada de creación de entidades con formas jurídico privadas.

2. Coordinación con otros sistemas afines

Una de las características propias de los sistemas de servicios sociales es su estrecha relación con el resto de los sistemas de protección social, sirviendo justamente de impulsor de políticas sociales que deben adoptarse desde otras instancias. De aquí la importancia de garantizar una adecuada coordinación de las actuaciones de la Consejería competente en materia de servicios sociales con aquellos Departamentos que tengan influencia en el bienestar social de las personas, coordinación que ha sido reclamada con reiteración por el Defensor del Pueblo de Andalucía.

Ni que decir tiene que esta necesidad de coordinación se ha hecho más evidente desde la promulgación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, el cual apela expresamente al desarrollo coordinado, entre los servicios sociales y de salud, de actuaciones de promo-

²⁰¹ Ley 13/2008, Galicia –art. 34–, la cual contempla y regula la Agencia Gallega de Servicios Sociales, como entidad instrumental de derecho público.

²⁰² Es el caso de la Ley 12/2007, Cataluña –art. 30–, la cual establece que la Generalidad puede utilizar fórmulas de descentralización funcional mediante entidades de derecho público para gestionar servicios sociales de su competencia.

ción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores y personas con discapacidad –art. 21–.

En el ordenamiento andaluz el principal instrumento a este fin ha sido la Comisión Delegada de Bienestar Social, creada ya por Decreto 110/1984, de 17 de abril, y hoy en día denominada *Comisión Delegada para la Igualdad, el Bienestar y la Inmigración*²⁰³. Son funciones de la Comisión Delegada para la Igualdad, el Bienestar y la Inmigración, además de las atribuidas a las Comisiones Delegadas en el artículo 35.1 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y cualesquiera otras que le atribuyan las leyes, versarán sobre la planificación, impulso y coordinación de las competencias y actuaciones del Consejo de Gobierno en materia de bienestar social, igualdad e inmigración²⁰⁴.

De cara a una futura ley andaluza de servicios sociales, aun cuando algunas leyes autonómicas han optado por llevar un órgano de este tipo a la Ley²⁰⁵, en nuestra opinión es preferible mantener la situación actual, pues se trata de un órgano de coordinación interna de la Administración de la Junta de Andalucía, dejando así plena libertad al Consejo de Gobierno para su conformación en cada momento, en aplicación de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma –art. 35–. Con todo, sí es conveniente explicitar un deber del Gobierno de la Junta de Andalucía de adoptar las medidas necesarias para que las funciones que se atribuyen al sistema público de servicios sociales sean objeto de coordinación con las que corresponden a otros sistemas para el bienestar social afines o complementarios. En particular, tales medidas deberían ser de especial aplicación a la coordinación socio-sanitaria, a la coordinación con el sistema educativo, con los servicios de empleo, de formación, de vivienda, de justicia y aquellos otros que puedan confluir con los servicios sociales en áreas concretas de la intervención social²⁰⁶.

3. Colaboración entre Administraciones Públicas

A diferencia de los sistemas de salud y educativo, en los cuales el papel de las Administraciones Locales es netamente auxiliar, en los sistemas de servicios sociales la función

²⁰³ Decreto 389/2008, de 17 de junio, por el que se regula la composición y funciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno, y posterior Decreto 281/2010, de 4 de mayo, por el que se regula la composición y funciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno. En general sobre las Comisiones delegadas del Gobierno en Andalucía puede verse J. J. Fernández Alles, «El Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía», en VV.AA., *Estudios sobre el Gobierno y Administración de la Junta de Andalucía*, IAAP, 2011, pp. 15 y ss.

²⁰⁴ El Decreto 281/2010, de 4 de mayo, pormenoriza las funciones de la Comisión Delegada –art. 3–.

²⁰⁵ Consejo de Coordinación de Bienestar Social en la Ley 12/2007, de Servicios Sociales de Cataluña –art. 40–; o Comisión Interdepartamental de Servicios Sociales en la Ley 13/2008, de Servicios Sociales de Galicia –art. 65–; Consejo de Coordinación de Bienestar Social en la Ley 4/2009, de Baleares –art. 44–.

²⁰⁶ Así, Ley 11/2003, Comunidad de Madrid –art. 11–; Ley Foral 15/2006, Navarra –art. 44–; Ley 12/2007, Cataluña –art. 39–; Ley 4/2009, de Baleares –art. 43–; Ley 5/2009, Aragón –art. 51–.

del nivel local es esencial para una prestación ágil y eficaz de los servicios sociales, pues se trata de sistemas de gestión compartida con clara tendencia a la descentralización en las Entidades Locales. Y de aquí la imperiosa necesidad de que existan cauces de colaboración y coordinación entre la Administración autonómica y la local. Sin embargo, al margen de los instrumentos de cooperación previstos, con carácter general, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como en la legislación estatal y autonómica sobre régimen local, a los que aluden algunas normas autonómicas²⁰⁷, en el ordenamiento andaluz no existen mecanismos específicos para encauzar esta colaboración.

A este respecto, las leyes modernas de servicios sociales prevén la creación *Consejo Interadministrativo de Servicios Sociales*, como órgano permanente de cooperación, información, consulta y coordinación entre la Administración autonómica y local²⁰⁸. Por lo general, el Consejo Interadministrativo de Servicios Sociales está presidido por la persona titular de la Consejería competente en materia de servicios sociales e integrado, de forma paritaria, por representantes de la Administración autonómica y de las Administraciones Locales, designados estos últimos a través de la asociación de municipios más representativa en la Comunidad²⁰⁹. Asimismo, en algún caso se prevé la posibilidad de incorporación de representantes del Ministerio competente en materia de asuntos sociales²¹⁰. Entre otras funciones, se atribuye a este Consejo velar por la equidad territorial de las políticas públicas en materia de servicios sociales²¹¹ y, en tal sentido, informar el Plan Estratégico de Servicios Sociales de la Comunidad²¹². Cabe también atribuir también al Consejo Interadministrativo de Servicios Sociales la función de informar la transferencia y o delegación de competencias de la Comunidad Autónoma a los Municipios²¹³, si bien esta cuestión puede coincidir con las funciones del Consejo Andaluz de Concertación Local, de acuerdo con la Ley 20/2007, de 17 de diciembre –art. 3.d)–.

De otro lado, y con el fin de garantizar la adecuada homogeneidad en los criterios de intervención de los servicios sociales, las modernas leyes de servicios sociales prevén instrumentos técnicos comunes de valoración y diagnóstico. A tal objeto, se faculta a la Consejería competente en materia de servicios sociales para aprobar, mediante orden,

²⁰⁷ Ley 11/2003, Comunidad de Madrid –art. 12–; Ley 12/2007, Cataluña –art. 41–; Ley 4/2009, de Baleares –art. 48–.

²⁰⁸ Ley 11/2003, Madrid –art. 13–; Ley Foral 15/2006, –art. 45–; Ley 5/2009, Aragón –art. 51–.

²⁰⁹ Ley Foral 15/2006, –art. 45–; Ley 5/2009, Aragón –art. 52–.

²¹⁰ Ley 11/2003, Comunidad de Madrid –art. 13–.

²¹¹ Ley 12/2007, Cataluña –art. 40–, respecto al Consejo de Coordinación de Bienestar Social.

²¹² Ley Foral 15/2006, –art. 45–; Ley 5/2009, Aragón –art. 52–.

²¹³ Así, Ley Foral 15/2006, –art. 45–.

dichos instrumentos comunes, si bien es preferible es que sean consensuados en el marco del indicado Consejo Interadministrativo de Servicios Sociales²¹⁴.

Por último, estimamos pertinente una mención expresa a la colaboración con la Administración del Estado, pues aun cuando las competencias en materia de servicios sociales son exclusivas de la Comunidad Autónoma no puede ignorarse que el Estado conserva importantes responsabilidades en materias que inciden sobre los servicios sociales (caso de la inmigración, del sistema de atención a la dependencia y autonomía, o determinados aspectos relacionados con las drogodependencias y la protección de los menores)²¹⁵.

4. Otros órganos del sistema público de servicios sociales

Las modernas leyes de servicios sociales suelen contemplar dos órganos adicionales no previstos en el ordenamiento andaluz. De un lado, un Observatorio autonómico de Servicios Sociales. Se da la circunstancia de que la Comunidad andaluza cuenta con algunos de estos observatorios pero de carácter sectorial, sin que exista uno que suministre una visión global del sistema de servicios sociales²¹⁶. Aun cuando se observan modelos diversos, en general este tipo de órganos se centra en la investigación (detección de necesidades, análisis de la demanda, con fines de planificación...). Es decir, se trataría de un órgano técnico y consultivo, adscrito a la Consejería competente en materia de servicios sociales, encargado de estudiar las necesidades sociales de la población y de evaluar la eficiencia y calidad del sistema de servicios sociales. A tal fin, el Observatorio presenta con carácter anual un informe de coyuntura social, en el que tendrán en cuenta la perspectiva de género. De acuerdo con el indicado carácter técnico, el Observatorio estará integrado por expertos designados por la Consejería competente en materia de servicios sociales y por las demás administraciones competentes en materia de servicios sociales²¹⁷.

De otra parte, y siguiendo el modelos de los servicios de salud, las modernas leyes de servicios sociales contemplan también la creación de un Comité de Ética de Servicios Sociales, como órgano colegiado técnico y consultivo, cuya finalidad es sensibilizar al personal de los

²¹⁴ Ley 5/2009, Aragón –art. 54–.

²¹⁵ Así, por ejemplo, Ley 11/2003, Comunidad de Madrid –art. 12–; Ley 5/2009, Aragón –art. 50–.

²¹⁶ Así, la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, creó el Observatorio de la Infancia de Andalucía, para el desarrollo de actuaciones de investigación, estudio y análisis técnico de las materias relacionadas con los derechos y la atención de los menores –Disposición Adicional 6ª–, disposición desarrollada por el Decreto del Consejo de Gobierno 75/2001, de 13 de marzo, por el que se regula el Observatorio de la Infancia.

²¹⁷ Así, Comité de Evaluación de Necesidades de Servicios Sociales de la Ley 12/2007, Cataluña –art. 40– y de la Ley 4/2009, de Baleares –art. 45–, y Observatorio Gallego de Servicios Sociales, de la Ley 13/2008, Galicia –art. 41–. En cambio, el Observatorio Ley 12/2008, País Vasco –art. 77– (regulado en el capítulo sobre la calidad del sistema), es además una estructura de coordinación y gestión de servicios (fomento de la aplicación de procesos acreditativos de evaluación, sensibilización de profesionales de la dimensión ética de su práctica profesional, formación,...).

servicios y centros respecto de la dimensión ética presente en la práctica que desarrollan y garantizar el derecho de las personas al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin discriminación alguna, así como identificar, analizar y evaluar los aspectos éticos de la práctica social²¹⁸. En coherencia con el indicado carácter técnico, el Comité de Ética está integrado por profesionales de reconocido prestigio en el ámbito de los servicios sociales, a propuesta de los respectivos colegios profesionales andaluces y de las Universidades andaluzas.

VI. PLANIFICACIÓN

1. La ordenación de la planificación en la LSSA

Tras aludir a la planificación y coordinación como la “adecuación de los recursos a las necesidades sociales y la armonización de las iniciativas públicas entre sí, y de éstas con la iniciativa social” –art. 2–, la LSSA, ordenó el *Plan Regional de Servicios Sociales*, definido como el instrumento de planificación de la Red de servicios sociales de Andalucía que marcará las directrices que constituirán las pautas para la coordinación de los presupuestos y las actuaciones de las distintas Administraciones Públicas –art. 15–. Se trató, sin duda, de un importante paso para incorporar la necesaria cultura de programación en la provisión y gestión de recursos públicos.

Y lo cierto es que de la efectividad de este instrumento depende nada menos que la coherencia y la eficacia del sistema autonómico de servicios sociales, pues mediante el plan se procede a la definición, en relación con una materia, servicio o competencia determinados, de los intereses generales autonómicos, y a la determinación de los objetivos y prioridades de la acción pública en la materia correspondiente, vinculando a las Administraciones Locales, de acuerdo con el art. 59.1 LRBRL. En otro orden, el propio Defensor del Pueblo Andaluz ha llamado la atención acerca de la necesidad de diseñar una planificación realista, y de aquí la conveniencia de ordenar el estudio y análisis de necesidades y recursos sociales²¹⁹.

No obstante, las previsiones de la LSSA en esta materia, como en otras, fueron excesivamente escuetas, insuficientes para garantizar la importante finalidad de coordinación asignada a este instrumento, como ha demostrado la praxis ulterior desde el Plan de servicios sociales de 1993.

²¹⁸ Ley Foral 15/2006, Navarra –art. 46–; Ley 4/2009, de Baleares –art. 46–.

²¹⁹ El Defensor del Pueblo Andaluz puso en su día de manifiesto, en relación con los objetivos de cobertura del servicio de ayuda a domicilio, la imprudencia de una planificación excesivamente optimista y desmarcada de la realidad: «Constituye un ejercicio de irresponsabilidad diseñar una planificación disociada de la realidad, con planteamientos fundados en deseos o intenciones frente a hechos y circunstancias reales, con la consiguiente sobrevaloración de las posibilidades efectivas de la actividad pública, afectando inevitablemente a la propia credibilidad del sistema público». Vid. *Informe al Parlamento de 1994*, p. 69.

En concreto, la LSSA sólo obliga a la Administración autonómica a dotarse de un instrumento de planificación, pero no obliga al resto de Administraciones locales, a pesar de que buena parte de los recursos sociales públicos son gestionados por éstas, y sólo desde la planificación local puede asegurarse la coherencia con la planificación autonómica. Y, de hecho, la propia LSSA establece que las Diputaciones Provinciales –art. 18.3– y los Ayuntamientos –art. 19.3–, ejercerán sus facultades de programación, planificación u ordenación de los servicios y actividades de su competencia en el marco del Plena Regional de servicios sociales.

La LSSA sólo contempla un plan autonómico, el citado Plan Regional de Servicios Sociales, cuando es así que la praxis ha demostrado la necesidad de una pluralidad de instrumentos de programación: estratégicos o directores, sectoriales, y especiales o territoriales. Y, la LSSA apenas determinó el contenido del Plan Regional, y lo hizo en la Disposición Adicional 1ª (debe ir acompañado de una Memoria explicativa y de una programación de fases anuales, a fin de determinar las prioridades), como si se tratase de una actuación puntual que deba quedar fuera del articulado de la Ley. La indeterminación legal del contenido del Plan favorece que no sea infrecuente que los Planes adolezcan de vaguedad: aun cuando se definen objetivos estratégicos, no se fijan en cambio objetivos operativos fácilmente mensurables, y, por ello, la delimitación de los recursos, la proyección presupuestaria del plan, y de las actuaciones así como de los indicadores de evaluación es marcadamente genérica, en el sentido de que no se cuantifican los recursos que se estiman que deben crearse, ni cuáles son las instituciones responsables de su implantación o mantenimiento y en qué medida han de aportar a su financiación, ni el calendario de las actuaciones, con la consiguiente indeterminación de las responsabilidades de las distintas Administraciones Públicas.

Pero, sobre todo, no queda claro en la LSSA si el mapa de zonas de trabajo social forma parte, como parece lógico, del plan regional. Además, no existe la debida articulación entre la zonificación y la planificación, como tampoco existe conexión entre el Plan Regional y la ordenación y planificación del territorio y con los planes integrales previstos en leyes sectoriales.

En cuanto al procedimiento, la regla contenida en la Disposición Adicional 1ª según la cual el Plan debe ser aprobado por el Consejo de Gobierno y, seguidamente, sometido a la aprobación del Parlamento, es una singularidad en el panorama autonómico, pues, en general, este tipo de instrumentos son aprobados por el Consejo de Gobierno “dado cuenta” a la Asamblea autonómica. Finalmente, no se determina la necesidad de evaluación y revisión periódica del plan, lo cual es una exigencia inherente a todo instrumento de planificación.

Frente a todo ello, el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007 ha subrayado las competencias de la Comunidad Autónoma en materia de planificación, al establecer –art. 60.1.b)– que corresponde a la misma la competencia exclusiva sobre: «La regulación y la aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social».

2. La planificación en las modernas leyes autonómicas sobre servicios sociales

A) *Obligatoriedad general de la planificación y pluralidad de instrumentos*

Destaca la ordenación, en alguna ley, de un deber genérico de las Administraciones públicas de planificar sus actuaciones, con objeto de impulsar la coordinación y eficiencia del conjunto del sistema autonómico de servicios sociales²²⁰. Se trata así de garantizar la necesaria coherencia de las estrategias, recursos y prestaciones de las que son responsables las Administraciones públicas competentes.

Asimismo, en lugar de un plan único autonómico, se ha generalizado la diferenciación de distintos de instrumentos de planificación, lo cual dota de mayor flexibilidad a la política autonómica en materia de servicios sociales: plan estratégico de servicios sociales, planes sectoriales y, en su caso, planes especiales²²¹.

B) *Principios comunes a todos los instrumentos de planificación*

Algunas leyes enuncian los principios que han de inspirar los distintos instrumentos de planificación²²²:

- a) *Equilibrio territorial*, articulando una distribución geográfica de los servicios que garantice las mismas oportunidades de acceso a toda la población de la Comunidad Autónoma.
- b) *Proximidad*, posibilitando, siempre que la naturaleza del servicio y el número de personas usuarias o potencialmente destinatarias lo permitan, la implantación de los servicios en las zonas geográficas más susceptibles de garantizar la prestación del servicio en un ámbito cercano al lugar de vida habitual de las personas usuarias.
- c) *Eficiencia*, debiendo procurarse un uso flexible y combinado de los recursos disponibles, formales o informales, públicos o privados, con especial atención a los de iniciativa social, y tanto del ámbito de los servicios sociales como de los restantes campos de la protección social, con el objeto de garantizar su aplicación más eficaz a la satisfacción de las necesidades.

²²⁰ Ley 12/2008, País Vasco –art. 33–.

²²¹ La generalidad de las leyes diferencian entre planes estratégicos y planes sectoriales: Ley Foral 15/2006, Navarra –art. 24–; Ley 2/2007, de Derechos y Servicios Sociales de Cantabria –art. 63–; Ley 13/2008, Galicia –arts. 45 y 47–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 29–. Asimismo, la Ley 12/2008, País Vasco –art. 33–, introduce la categoría de los planes especiales, si bien ya estaba implícita en la Ley 11/2003, Comunidad de Madrid –art. 49–, al hablar de planes integrales para ámbitos territoriales determinados.

²²² Ley 12/2008, País Vasco –art. 34–; Ley 5/2009, Aragón –art. 39–.

d) *Integración de perspectivas sociales*, en el sentido de que la planificación de los servicios sociales deberá integrar la perspectiva de género²²³, así como del principio de accesibilidad universal y diseño para todos ordenado en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

C) *Plan Estratégico de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma*

- *Fundamento y objeto del Plan*. La generalidad de las leyes autonómicas destacan el carácter estratégico de este plan, cuya finalidad es programar, con una periodicidad generalmente cuatrienal, las prestaciones, servicios, programas y otras actuaciones necesarias para cumplir los objetivos del Sistema autonómico de Servicios Sociales»²²⁴.
- *Contenido del Plan*. Por lo general, se ordena que el Plan Estratégico de Servicios Sociales, entre otros aspectos, deberá incluir un diagnóstico de las necesidades sociales y un pronóstico de su evolución (presentes y emergentes), los objetivos de cobertura a alcanzar y las líneas estratégicas y acciones idóneas para su consecución, la orientación sobre la participación de los sectores público y privado concertado en la prestación de servicios, las medidas de coordinación (interdepartamental e interadministrativa) necesarias, los mecanismos de evaluación sistemática y continuada del propio plan, garantizando la participación social en la misma²²⁵.
- *Mapa de Servicios Sociales*. Alguna ley autonómica establece que el Mapa de servicios sociales se aprueba reglamentariamente y el Plan Estratégico toma el Mapa como punto de partida²²⁶. En otros casos, el Plan Estratégico y Mapa de Servicios Sociales han de aprobarse simultáneamente²²⁷. Por nuestra parte, consideramos más acertado el criterio de otra ley de integrar el Mapa en el Plan Estratégico. Es decir, dentro del Plan Estratégico de Servicios Sociales se integrará el Mapa de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma, en cuyo marco se definirán las bases de su ordenación en todo el territorio autonómico. El Mapa definirá las zonas más idóneas para la implantación de los diferentes servicios incluidos en el Catálogo, atendiendo a su naturaleza, al nú-

²²³ De conformidad en Andalucía con lo previsto en la, para la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía.

²²⁴ La denominación de Plan Estratégico de Servicios Sociales es empleada en las Leyes más modernas: Ley 11/2003, Comunidad de Madrid –art. 48–; Ley Foral 15/2006, –art. 26–; Ley 2/2007, de Derechos y Servicios Sociales de Cantabria –art. 65–; Ley 12/2007, –art. 37–; Ley 13/2008, Galicia –art. 45–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 32–; Ley 5/2009, Aragón –art. 40–.

²²⁵ Ley 12/2008, País Vasco –art. 35–.

²²⁶ Ley 13/2008, Galicia –arts. 44 y 46–.

²²⁷ Ley 5/2009, Aragón –art. 40–.

mero de personas potencialmente demandantes y a la necesidad de garantizar, en todo lo posible, su mayor proximidad con el fin de facilitar la integración de las personas usuarias en su entorno social habitual²²⁸. A tales efectos, el Mapa de Servicios Sociales tendrá en cuenta, en lo posible, las divisiones geográficas aplicadas en la planificación y en la actuación administrativa de los diferentes ámbitos de atención, a los efectos de favorecer, en particular, la concordancia de zonificación entre los servicios sociales y los servicios de salud, dada la especial y creciente imbricación existente entre ambos sistemas de protección social²²⁹. Por lo demás, en otros casos, se prevé que el Plan Estratégico contemplará las previsiones necesarias para elaborar la Cartera de servicios sociales y sus actualizaciones sucesivas²³⁰.

- *Proceso de elaboración del Plan.* El Plan, como es lógico, deberá ser elaborado por la Consejería competente en materia de servicios sociales. Ahora bien, es preciso subrayar la importancia de que se trate de un *proceso participativo*, tanto de las Administraciones Locales como de las entidades de iniciativa social²³¹. Para ello deberá garantizarse la consulta a los órganos de coordinación y cooperación interadministrativa generales, como a los órganos de consultivos de participación, tal como prevé ya la LSSA –art. 24.1.a)–, en relación con el Consejo Andaluz de Servicios Sociales. También sería interesante prever el informe de un órgano de coordinación interadministrativa, tipo Comisión Interdepartamental en materia de servicios sociales²³². Además, sin perjuicio de la preceptiva intervención de los órganos colegiados citados, debe subrayarse la importancia de que en el proceso de diseño del Mapa de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma participen directamente los Municipios, para la delimitación de las zonas básicas de trabajo social o zonas básicas de actuación de los servicios sociales²³³. De otro lado, esta colaboración interadministrativa puede presentar también una vertiente de carga para las Corporaciones Locales, en el sentido de deber de facilitar la información necesaria para la elaboración del Plan²³⁴.

²²⁸ Ley 5/2009, Aragón –art. 41–, la cual diferencia entre servicios sociales generales y especializados a efectos de su delimitación territorial.

²²⁹ Ley 12/2008, País Vasco –art. 36–.

²³⁰ Ley 12/2007, Cataluña –art. 36–.

²³¹ La Ley 12/2007, Cataluña –art. 37–, ordena que debe establecerse por reglamento un proceso participativo con la intervención de diversos órganos.

²³² Así, Ley 11/2003, Comunidad de Madrid –art. 48–.

²³³ A este respecto, debe destacarse que alguna ley dispuso que el Plan regional comprende la “ratificación” de las zonas de acción social propuestas por las Corporaciones Locales, así como las agrupaciones de éstas que sirvan de ámbito para la prestación de servicios específicos: Ley de Castilla y León 18/1988, –art. 30.1–, Ley ahora derogada.

²³⁴ Así, la antigua Ley de Castilla y León 18/1988, –art. 30.6–, dispuso que las Administraciones Públicas –y las entidades privadas– de la Comunidad Autónoma que reciban fondos públicos vendrán obligadas a proporcionar, conforme determine la Consejería competente, la cooperación necesaria para la elaboración de los planes regionales.

- *Incidencia en la Ordenación del Territorio.* Debe recordarse que la Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de Andalucía, establece que las actividades de planificación que se refieran a una serie de materias que se relacionan en el anexo II de la Ley son tipificadas como «Planes con Incidencia en la Ordenación del Territorio». Y, entre dichas actividades se encuentra la localización de equipamiento o servicios supra-municipales referida a Centros de servicios sociales comunitarios y centros de servicios sociales especializados (punto 12). La consecuencia es que estos Planes con Incidencia en la Ordenación del Territorio están sujetos a las determinaciones contenidas tanto en el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía –art. 22–, como en los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional –art. 23–. Y, por este motivo, se ordena un trámite de informe sobre los aspectos territoriales a cargo del órgano competente en materia de Ordenación del Territorio –art. 18 Ley 1/1994–.
- *Aprobación del Plan.* Siguiendo el criterio ya generalizado en la legislación autonómica, parece razonable que, como instrumento de gestión del Ejecutivo, el Plan Estratégico de Servicios Sociales sea aprobado por el Consejo de Gobierno. Así, de acuerdo con la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma, corresponde al Consejo de Gobierno la aprobación de los planes y programas vinculantes para todos los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía –art. 24.10–. Todo ello sin perjuicio de que una vez aprobado deba ser objeto de una comunicación del Ejecutivo autonómico al Parlamento Andaluz²³⁵. Cuestión distinta es si debe aprobarse como Decreto o Acuerdo del Consejo de Gobierno, de conformidad con el artículo 46 de la citada Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno.
- *Documentación del Plan.* Ya la LSSA –Disposición Adicional 1ª– dispuso que el Plan de Servicios Sociales debía ir acompañado de una Memoria explicativa y de una programación de fases anuales, a fin de determinar las prioridades²³⁶. En relación memoria económica, deberá definir las previsiones de coste económico asociadas a la implantación progresiva de las prestaciones y servicios previstos en el Catálogo de prestaciones y servicios del Sistema de Servicios Sociales, atendiendo a los criterios poblacionales

²³⁵ En algunas leyes se prevé que, con carácter previo a la aprobación del Plan estratégico por el Gobierno, debe enviarse al Parlamento para que «se pronuncie» sobre el Plan: Ley 12/2007, Cataluña –art. 37–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 32–. La situación es similar en materia de salud: así las Leyes de Canarias 11/1994, –art. 16– y Ley de la Murcia 4/1994, –art. 10–, prevén el pronunciamiento previo del Parlamento a la aprobación del Plan por el Consejo de Gobierno, de modo que los distintos Grupos Parlamentarios pueden formular las alegaciones que estimen oportunas. En cambio, tanto la Ley Foral 10/1990, de Salud –art. 22–, como la Ley de Baleares 4/1992, del Servicio Balear de Salud –art. 56–, la Ley del País Vasco 8/1997, de Ordenación Sanitaria –art. 13–, o la Ley de Salud de Andalucía 2/1998, –art. 32–, ordenan la remisión al Parlamento después de su aprobación por el Consejo de Gobierno, “para su conocimiento y estudio”, es decir, a efectos meramente informativos, o de tramitación como “comunicación”.

²³⁶ En términos similares se pronunciaban las leyes de servicios sociales de primera época: Ley de la Comunidad de Madrid 11/1984, –Disposición Adicional 1ª–; Ley de Castilla-La Mancha 3/1986, –Disposición Adicional 2ª–; Ley de Baleares 9/1987, –Disposición Adicional 2ª–; Ley de Aragón 4/1987, –Disposición Adicional 2ª–; Ley de Asturias 5/1987, –Disposición Final 2ª–; Ley de Extremadura 5/1987, –Disposición Adicional Única–; Ley de Canarias 9/1987, –Disposición Final 1ª–; Ley de la Comunidad Valenciana 5/1997, –Disposición Adicional 1ª–.

de despliegue contemplados en el Mapa de Servicios Sociales. La memoria económica debería desglosarse por anualidades, consignando los créditos necesarios para la aplicación progresiva del plan²³⁷. Además, debe recordarse la necesidad de un informe de impacto de género que analice los efectos potenciales que el plan tendrá en relación con la igualdad entre hombres y mujeres²³⁸. Debe señalarse que, de acuerdo con la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, todos los planes que apruebe el Consejo de Gobierno incorporarán, de forma efectiva, el objetivo de la igualdad por razón de género –art. 6.2–²³⁹.

- *Vigencia y evaluación*: Dado su carácter de documento estratégico, es conveniente que el Plan Estratégico tenga, al menos, vigencia cuatrienal²⁴⁰. Ahora bien, es necesario dejar clara la obligación de proceder a su evaluación y revisión, para evitar situaciones, que se ha sucedido en la práctica, de indefinición sobre vigencia de los planes. En tal sentido, algunas leyes establecen que la evaluación se realizará con carácter anual, y dará lugar a un informe público que deberá estar a disposición de las entidades locales, de los usuarios y de la ciudadanía en general²⁴¹. Estimamos, así, muy valiosa la transparencia en este proceso.
- *Efectos del Plan*. A este respecto, debe recordarse que la LRBR –art. 59.1– establece, con carácter general, que una vez aprobados los planes sectoriales, las Entidades Locales deben ejercer sus facultades de programación, planificación u ordenación de los servicios o actividades de su competencia “en el marco de las previsiones de los planes” antes referidos. En tal sentido, las Entidades Locales deberán ejercer sus facultades de planificación u ordenación de los servicios y actividades de su competencia de conformidad con las directrices contenidas en el Plan Estratégico de servicios sociales. Sin embargo, esta vinculación plantea problemas para su instrumentación jurídica, dado que su incumplimiento supondrá de ordinario una inactividad material por parte de la Administración Local correspondiente. Por ello, en relación con las Entidades Locales, algunas leyes autonómicas reconducen los efectos del plan al ámbito de la actividad de fomento de la Administración autonómica, la cual no podrá subvencionar servicios que

²³⁷ Ley 11/2003, Comunidad de Madrid –art. 48–; Ley 2/2007, Cantabria –art. 65–.

²³⁸ Ley 12/2007, Cataluña –art. 37–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 31–.

²³⁹ A tal fin, en el proceso de tramitación de esas decisiones, deberá emitirse, por parte de quien reglamentariamente corresponda, un informe de evaluación del impacto de género del contenido de las mismas.

²⁴⁰ Así, Ley 11/2003, Comunidad de Madrid –art. 48–; Ley Foral 15/2006, –art. 26–; Ley 12/2008, País Vasco –art. 35–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 32–; Ley 5/2009, Aragón –art. 40–. En cambio, la Ley 13/2008, Galicia –art. 45–, establece una vigencia del Plan Estratégico de seis años.

²⁴¹ Ley Foral 15/2006, de Servicios Sociales de Navarra –art. 26–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 32–. Disposiciones de este tipo ya se encontraban en materia de planificación de salud: Ley de Canarias 11/1994, de Ordenación Sanitaria –art. 18.3–; Ley del País Vasco 8/1997, de Ordenación Sanitaria –art. 13.3–.

no estén previstos en el Plan regional²⁴², o bien tendrán preferencia para la celebración de convenios de cooperación y financiación por parte de la Administración autonómica, las Corporaciones Locales que establezcan en sus presupuestos consignaciones para la financiación de servicios sociales que sean contemplados en el Plan autonómico, tal como establece justamente la LASS –art. 20.2–. Asimismo, las entidades de iniciativa social que deseen integrarse en el Sistema de Servicios Sociales deberán ajustar su programación a las directrices definidas en el Plan Estratégico. Ahora bien, debe señalarse que el Plan, aun cuando vincule a las Administraciones y determinadas entidades, no es apto para crear, por sí solo, derechos en favor de los ciudadanos²⁴³.

D) Planes sectoriales o específicos

- *Objeto y contenido.* Como complemento y desarrollo del Plan Estratégico de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma, la generalidad de las leyes autonómicas contemplan la posibilidad de que la Consejería competente en materia de servicios sociales elabore los planes sectoriales que se consideren necesarios en cada momento, en razón de las necesidades y problemas sociales detectados, los cuales se centrarán en servicios sociales específicos²⁴⁴. En la medida de que se trata de planes que desarrollan y complementan al Plan Estratégico, debería valorarse la oportunidad de que el Plan sectorial precise de forma cuantitativa, en la medida de las posibilidades técnicas y de la eficiencia, sus objetivos, prioridades y estrategias, de modo que se pueda medir su impacto y evaluar sus resultados²⁴⁵.
- *Inserción en planes transversales.* Las leyes sectoriales suelen prever la aprobación de planes integrales sobre un sector de actuación. Así, por ejemplo, la Ley 1/1998, de 20 abril, de Derechos y Atención de los Menores, prevé la aprobación de planes integrales dirigidos a la promoción de la infancia²⁴⁶. Lo característico de estos planes es que integran actuaciones de distintos sistemas de atención social: de servicios sociales,

²⁴² En materia de protección de menores, Ley de Canarias 1/1997, –art. 8.4–.

²⁴³ En materia de protección del menor, Ley de la Comunidad Valenciana 7/1994, –art. 13–.

²⁴⁴ Así, Ley 13/2008, de Servicios Sociales de Galicia –art. 47–; Ley 12/2008, de Servicios Sociales del País Vasco –art. 37–; Ley 5/2009, de Servicios Sociales de Aragón –art. 42–. En algunas leyes se prevé la posibilidad de que los planes sectoriales contemplen la creación de observatorios: Ley Foral 15/2006, de Servicios Sociales de Navarra –art. 27–; Ley 12/2008, de Servicios Sociales del País Vasco –art. 33–. Pero dado que los observatorios tienen la condición de órganos administrativos, en virtud de la LAJA su creación debe realizarse por Decreto del Consejo de Gobierno, y no está claro que estos planes sectoriales se aprueben por Decreto en lugar de Acuerdo del Consejo de Gobierno.

²⁴⁵ Así se prevé en algunas leyes autonómicas en materia de drogodependencias: Ley de Castilla y León 3/1994, –art. 30.2–; Ley de Cantabria 5/1997, –art. 30.2–; Ley de Canarias 9/1998, –art. 25.2–. Y, también en este sentido, pueden mencionarse la Ley de Canarias 11/1994, de Ordenación Sanitaria –art. 18.2–.

²⁴⁶ Mediante Decreto 362/2003, de 22 de diciembre, se aprobó el Plan Integral de Atención a la Infancia de Andalucía 2003-2007

de salud, educativo, actuaciones culturales, etc. Por ello, y para evitar duplicidades, puede ser de interés precisar que los planes sectoriales puedan insertarse en los planes integrales previstos en la legislación correspondiente, si bien deberán cumplir las exigencias generales contenidas en la Ley de Servicios Sociales. Asimismo, puede ser de interés precisar que en estos casos de planes transversales deben establecerse los criterios de coordinación con otros sistemas de protección social o políticas sociales²⁴⁷.

- *Elaboración y aprobación.* Serán elaborados contando con la participación de las Entidades Locales y de las organizaciones sociales más representativas en Andalucía en el área o sector objeto de planificación. Asimismo, parece conveniente mantener la aprobación de los planes sectoriales por el Consejo de Gobierno. Los planes sectoriales, una vez aprobados por el Consejo de Gobierno, serán remitidos, a efectos informativos, al Parlamento Andaluz²⁴⁸.
- *Vigencia:* Aun cuando no parece necesario fijar una periodicidad cuatrienal, pues en este caso puede ser conveniente una mayor flexibilidad, sí parece oportuno que estos planes puedan tener un período de vigencia plurianual²⁴⁹, si bien con un máximo de cuatro años²⁵⁰.

E) Planes especiales o territoriales

- *Objeto.* Algunas leyes autonómicas añaden que la Consejería competente en materia de servicios sociales podrá elaborar los planes especiales para municipios u otros ámbitos territoriales que, por circunstancias especiales, precisen coyunturalmente de una acción integral²⁵¹. De este modo, lo que caracteriza a estos planes es una actuación integral sobre un espacio territorial delimitado (ya sea un municipios, comarca, barrio o cualquier otro ámbito territorial).
- *Aprobación.* Los planes especiales, una vez aprobados en Consejo de Gobierno, son remitidos, a efectos informativos, a la Asamblea legislativa autonómica²⁵². Con todo, se estima oportuno que estos planes localizados territorialmente no sean aprobados unilateralmente por la Administración autonómica, sino que se involucre a las Entidades

²⁴⁷ Así, Ley 11/2003, Comunidad de Madrid –art. 50–.

²⁴⁸ Así se pronuncian todas las leyes que contemplan estos instrumentos: por ejemplo, Ley 12/2007, Cataluña –art. 38–; Ley 12/2008, País Vasco –art. 37–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 33–.

²⁴⁹ Ley 12/2008, País Vasco –art. 37–; Ley 5/2009, Aragón –art. 42–.

²⁵⁰ Ley 12/2007, Cataluña –art. 38–.

²⁵¹ Ley 12/2008, País Vasco –art. 38–; Ley 5/2009, Aragón –art. 43–, la cual llama a estos planes territoriales.

²⁵² Ley 12/2008, País Vasco –art. 38–.

Locales afectadas, de tal modo que con carácter previo a la aprobación del Consejo de Gobierno exista un acuerdo con los municipios o entidades locales afectadas²⁵³.

- *Vigencia*. Su período de vigencia será el que se considere más oportuno en función de las necesidades a satisfacer²⁵⁴.

F) Reglas específicas de la planificación de la Administración local

En general, las leyes autonómicas se limitan a contemplar la posibilidad de que las entidades locales puedan elaborar su propia planificación²⁵⁵. No obstante, estimamos posible ir más allá sin perjuicio de que las Entidades Locales con competencias en materia de servicios sociales puedan aprobar cuantos planes estimen convenientes para ordenar la implantación y gestión de servicios y prestaciones, al menos, los Ayuntamientos obligados a prestar servicios sociales por Ley (como mínimo, los de municipios de más de 20.000 habitantes, por exigencia de la Ley Básica de Régimen Local), deberían estar obligados a aprobar su correspondiente Plan estratégico municipal de servicios sociales. Con todo, en este ámbito, la Ley de Servicios Sociales deberá necesariamente limitarse a una ordenación más básica, si bien debe explicitarse la vinculación de la planificación local a los Planes estratégicos y sectoriales²⁵⁶.

VII. FINANCIACIÓN

1. La ordenación de la financiación en la LSSA

La actuación pública en un sistema público como el de servicios sociales está fuertemente condicionada por la limitación de recursos. Y aunque ciertamente nunca es fácil realizar una política incrementista de los presupuestos públicos, es obligado conjugar el principio de solidaridad y equidad en beneficio de las personas con más necesidades, máxime en momentos de crisis económica donde las situaciones de desamparo social lógicamente se acentúan. Así, el Defensor del Pueblo Andaluz ha venido urgiendo reiteradamente a las

²⁵³ Sería un modelo similar al de los Programas de Recualificación de Destinos previstos en la ya derogada Ley 12/1999, de Turismo de Andalucía.

²⁵⁴ Ley 11/2003, Comunidad de Madrid –art. 49–; Ley 12/2008, País Vasco –art. 38–.

²⁵⁵ Ley 2/2007, Cantabria –art. 64–; Ley 13/2008, Galicia –art. 47–; Ley 5/2009, Aragón –art. 43–.

²⁵⁶ Entre las determinaciones a ordenar en la Ley podrían indicarse las siguientes: aportación de una memoria económica, que contemple los costes del plan y su financiación; aprobación del Plan por el Pleno de la Corporación, previo informe del Consejo Municipal de Servicios Sociales u órgano que lo sustituya; publicación del Plan en el BOP y en el sitio web oficial del Ayuntamiento; duración cuatrienal y obligación de proceder a su revisión.

Administraciones públicas la necesidad de incrementar significativamente las dotaciones presupuestarias destinadas a los servicios sociales comunitarios y especializados, sin la cual la efectiva implantación de los recursos sociales de atención a los necesitados quedará lejana aún de nuestra realidad²⁵⁷.

La ordenación de la financiación del sistema de servicios sociales en la LSSA estaba contenida en el Título V, diferenciando entre financiación pública (Capítulo I) e iniciativa social (Capítulo II). La sistemática en sí misma es cuestionable, pues se incluye en la iniciativa social la colaboración financiera de las Administraciones a la iniciativa social (lo cual es financiación pública) y la participación de los usuarios en los gastos de los servicios, incluidos los servicios públicos (financiación privada).

En relación con la Administración autonómica, la LSSA –art. 27 dispuso: «La Junta de Andalucía consignará anualmente en sus Presupuestos los créditos necesarios para hacer frente a los gastos que se deriven del ejercicio de sus propias competencias, los que resulten de la contribución financiera a los programas y servicios gestionados por las Corporaciones locales, así como los que sean precisos para colaborar con la iniciativa social, de conformidad con las directrices marcadas por el Plan Regional de Servicios Sociales y en el marco de las previsiones de la presente Ley». En la época en que se promulgó la LSSA era sin duda un precepto adecuado. Ciertamente, en algunas Comunidades Autónomas (Navarra, Baleares o Castilla-León) se intentó dar un paso más, ordenando la afectación de un porcentaje mínimo de los Presupuestos a los servicios sociales –y que se sitúa en torno al 6%–²⁵⁸. Sin embargo, estos preceptos carecen de virtualidad jurídica, pues no vinculan al legislador encargado de aprobar la correspondiente Ley anual de Presupuestos. Y, de hecho, han desaparecido de las leyes más recientes. Sin embargo, en la actualidad, las leyes de servicios sociales contienen compromisos más precisos, en coherencia con el reconocimiento del derecho a las prestaciones de servicios sociales garantizadas en la Cartera de Servicios.

Respecto a la colaboración financiera con las entidades locales, la LSSA –art. 28–, dispuso:

«La Junta de Andalucía transferirá a las Corporaciones locales los medios necesarios para la gestión de aquellas competencias que le fueran delegadas o asignadas en materia de Servicios Sociales.

Las Corporaciones locales que establezcan en sus presupuestos consignaciones para la financiación de Servicios Sociales que sean contempladas en el Plan Regional de Servicios Sociales, exceptuándose las aportaciones que reciban de otras Administraciones públicas, tendrán preferencia para la celebración de convenios de cooperación y financiación por parte de la Administración autonómica.

²⁵⁷ Defensor del Pueblo Andaluz, *Informe al Parlamento 1989; Informe al Parlamento 1990*, p. 256; *Informe al Parlamento 1992*, p. 65; *Informe al Parlamento 1996*, p. 83; *Informe al Parlamento 1997*, p. 85, entre otros.

²⁵⁸ Ley Foral de Navarra 14/1983, –art. 11–; Ley de la Comunidad de Madrid 11/1984, –Disposición Transitoria 2ª–; Ley de Baleares 9/1987, –art. 31–; Ley de Castilla-León 18/1998, –art. 48–.

De igual preferencia gozarán aquellos Ayuntamientos que, en la implantación de Servicios Sociales que conlleven la construcción de un edificio orientado, en todo o en parte, a satisfacer necesidades sociales de la población del municipio donde se establezca, colaboren como mínimo con la aportación del solar o de medios sustitutorios, salvo en aquellos casos en que, por la *Consejería de Salud y Servicios Sociales*, atendiendo a criterios de necesidad social o de disponibilidad de recursos, se le exonere de dicha obligación».

Se trata también de disposiciones correctas en el momento en que se promulgó la Ley. Sin embargo, hoy en día existe una clara tendencia a recoger lo que ya desde hace años es un hecho: la financiación *compartida* entre la Administración autonómica y las Entidades Locales de los servicios sociales comunitarios, básicos o generales. Asimismo, lo que la LSSA contempla como simples preferencias en la financiación, se configura en la mayoría de las leyes como deberes legales, derivados del principio de cooperación administrativa en esta materia.

En relación con la colaboración financiera de los poderes públicos con la iniciativa social, la LSSA –art. 29–, dispuso «que tendrá carácter *subsidiario*, se ajustará a fórmulas regladas y estará condicionada al cumplimiento de los objetivos señalados en el Plan Regional de Servicios Sociales, a las normas de calidad mínima de los servicios que se presten y al control e inspección de la aplicación de los fondos públicos recibidos»²⁵⁹. Así como la sujeción a los objetivos del el Plan Regional de Servicios Sociales era acertada, y la sujeción a las normas innecesaria pues va de suyo, en cambio la declaración del carácter *subsidiario* de la colaboración financiera ya en aquel momento era cuestionable, como de hecho ha demostrado la praxis política desarrollada desde la promulgación de la Ley.

Por último, respecto a la participación de los usuarios en los gastos de los servicios sociales, la LSSA –art. 30–, ya contempló que en «los casos y con los criterios que reglamentariamente se fijen, podrá establecerse la participación de los usuarios en la financiación de determinados servicios. En los servicios públicos y en los privados subvencionados, las aportaciones de los usuarios no podrán ser superiores al coste real del servicio o, en su caso, a la diferencia entre la subvención y dicho coste real. Ningún titular de derecho que carezca de recursos económicos quedará excluido de la prestación del servicio». La previsión de una contraprestación económica por parte de las personas usuarias de los servicios sociales fue sin duda un acierto, si bien se echan de menos determinaciones relativas a los criterios de determinación de la contraprestación y, en particular, al principio de capacidad económica. Además, la declaración según la cual ningún titular de derecho que carezca de recursos económicos quedará excluido de la prestación del servicio es correcta pero insuficiente: debe también garantizarse que la capacidad económica del demandante del servicio no condiciona ni la preferencia en el acceso ni la calidad de las prestaciones una vez se accede a la condición de usuario del servicio.

²⁵⁹ La derogada Ley del País Vasco 5/1996, de Servicios Sociales, dispuso de forma similar que para la prestación de los servicios sociales, los poderes públicos contarán con la iniciativa privada, a efectos *subsidiarios de la iniciativa pública* –art. 3–.

Pero, sobre todo, en la LSSA de 1988, como en las demás leyes de su época, está ausente una serie de determinaciones que en la práctica se han demostrado necesarias, sobre todo relacionadas con la exigibilidad de las aportaciones a las personas usuarias y la situación nada infrecuente de las personas usuarias que carecen de ingresos suficientes para el pago de los precios públicos pero disponen de un patrimonio que pudiera afectarse a dichos gastos, laguna que ha tenido que ser subsanada por la legislación sectorial²⁶⁰.

2. La financiación en las modernas leyes autonómicas sobre servicios sociales

A) Fuentes y principios de la financiación

La generalidad de las leyes autonómicas explicitan, de modo general, las fuentes de financiación del Sistema de Servicios Sociales²⁶¹:

- a) Los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma.
- b) Los presupuestos de las entidades locales.
- c) Las aportaciones de los usuarios de los centros y servicios que, en su caso, pudieran establecerse.
- d) Las donaciones, herencias, legados y demás aportaciones voluntarias de personas físicas o jurídicas para fines de servicios sociales, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma²⁶².
- e) Las aportaciones finalistas de los presupuestos generales del Estado²⁶³.

²⁶⁰ Así, por ejemplo, la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, abandona cualquier referencia a la subsidiariedad –art. 3.1–: «Las Administraciones Públicas ampararán la iniciativa privada sin ánimo de lucro, colaborando en el desarrollo de estas actividades mediante asesoramiento técnico, coordinación, planificación y apoyo económico. Especial atención recibirán las instituciones, asociaciones y fundaciones sin fin de lucro, promovidas por las personas con discapacidad, sus familiares o sus representantes legales».

²⁶¹ Ley 1/2002, de Servicios Sociales de La Rioja –art. 43–; Ley 1/2003, de Servicios Sociales de Asturias –art. 46–; Ley 3/2003, de Servicios Sociales de la Región de Murcia –art. 36–; Ley 13/2008, Galicia –art. 52–; Ley 12/2008, País Vasco –art. 54–; Ley 2/2007, Cantabria –art. 47–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 66–.

²⁶² Así, Ley 11/2003, Comunidad de Madrid –art. 51–. De acuerdo con el artículo 80 de la Ley de Patrimonio de la Comunidad andaluza, las adquisiciones a título lucrativo en favor de la Comunidad Autónoma, o de cualquiera de las Entidades públicas dependientes de ella, deberán ser previamente aceptadas por Decreto del Consejo de Gobierno. En ningún caso podrán aceptarse dichas adquisiciones si las cargas que graven el bien superan el valor intrínseco del mismo. Las herencias se entenderán siempre aceptadas a beneficio de inventario.

²⁶³ Ley 12/2007, Cataluña –art. 59–; Ley 5/2009, Aragón –art. 70–.

f) Cualquier otra aportación económica que, conforme al ordenamiento jurídico, se destine al sistema público de servicios sociales²⁶⁴. Así, por ejemplo, dentro de las aportaciones finalistas del Estado pueden incluirse las estatales, a través de distintos programas como el Plan Concertado o la financiación estatal al Sistema de Atención a la Dependencia u otras.

Por lo demás, generalizando una regla ya presente en algunas leyes sectoriales del propio ordenamiento andaluz²⁶⁵, es conveniente explicitar que los ingresos procedentes de multas y sanciones por incumplimiento de lo establecido en la presente Ley, así como los provenientes del reintegro, en su caso, de las prestaciones y ayudas públicas otorgadas se afectarán al cumplimiento de los fines de la presente Ley.

En cuanto a los principios de la financiación, siguiendo el criterio de alguna ley autonómica, es conveniente explicitar que la colaboración financiera de la Administración de la Junta de Andalucía con las Entidades Locales para la prestación de servicios sociales de su competencia se efectuará conforme a los principios de equidad y de equilibrio territorial, con objeto de garantizar que todos los ciudadanos de la Comunidad reciben un nivel básico de prestaciones sociales²⁶⁶.

Igualmente, las administraciones competentes en materia de servicios sociales tendrán en cuenta el principio de prioridad presupuestaria que, para los niños y niñas, se establece en el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención del Menor²⁶⁷. Y, finalmente, la determinación de las aportaciones de los usuarios del Sistema público de servicios sociales se fundamentará en los principios de equidad, progresividad, redistribución y solidaridad.

B) Obligaciones generales de financiación de las Administraciones Públicas

Aunque alguna ley refiere la obligación al “Parlamento”²⁶⁸, la generalidad de las leyes autonómicas, de modo más correcto, imponen al Gobierno o la Administración autonó-

²⁶⁴ Ley 11/2003, Comunidad de Madrid –art. 51–; Ley 5/2009, Aragón –art. 70–.

²⁶⁵ Art. 39.5 Ley de Andalucía 4/1997, sobre Drogodependencias; art. 49 de la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores, y Disposición Adicional Novena de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención del Menor.

²⁶⁶ Ley 11/2003, Comunidad de Madrid –art. 52–. Esta Ley precisa que la Comunidad colaborará con la financiación de los servicios sociales de atención primaria cuando se realicen a través de fórmulas de gestión directa.

²⁶⁷ Ley 12/2007, Cataluña –art. 60–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 67–.

²⁶⁸ Ley 13/2008, Galicia –art. 53–.

mica²⁶⁹ el deber de consignar anualmente en los presupuestos generales las cantidades necesarias para hacer frente al cumplimiento de los gastos derivados del ejercicio de las competencias de la Junta de Andalucía en materia de servicios sociales²⁷⁰, así como para contribuir al desarrollo y mejora de los servicios sociales de competencia de las Entidades Locales²⁷¹. En alguna ley se añade, además, que las Administraciones públicas deben garantizar un nivel de financiación proporcional a la demanda de servicios y a las necesidades existentes, así como a la prevención de necesidades futuras, asegurando con ello el cumplimiento de las competencias que tengan asignadas²⁷².

Ahora bien, con la finalidad de garantizar la financiación de las prestaciones que sean reconocidas como derecho subjetivo de la ciudadanía, se viene estableciendo que los créditos que consigne la Comunidad Autónoma en sus presupuestos tienen la consideración de ampliables, de acuerdo con lo previsto en la respectiva legislación de hacienda pública²⁷³.

También se impone a las Entidades Locales el deber de consignar en sus presupuestos las cantidades necesarias para la creación, mantenimiento, gestión y desarrollo de los servicios sociales de su competencia, con arreglo a la presente Ley²⁷⁴. Algunas leyes autonómicas de primera generación fijaron un porcentaje mínimo del presupuesto para la financiación de los servicios sociales municipales (4% en Navarra, 5% en Canarias y Cataluña, 6% en Castilla-La Mancha, Baleares y Madrid...).

En realidad, se trata de una técnica muy antigua, pues ya fue empleada en el ámbito sanitario por la Ley de Bases para la Sanidad Nacional de 1944. Su principal funcionalidad residiría en que permite impugnar los presupuestos locales que infrinjan ese deber legal, puesto que el T.R. Ley Reguladora de las Haciendas Locales²⁷⁵ atribuye a los vecinos legitimación para la interposición de un recurso contra los presupuestos que omitan el crédito necesario para el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la Entidad Local en virtud de precepto legal. No obstante, este tipo de obligaciones son excesivamente genéricas, pues precisan de un desarrollo presupuestario que determinase qué conceptos económicos y

²⁶⁹ Ley 5/2009, Aragón –art. 71–.

²⁷⁰ Ley 1/2002, La Rioja –art. 44–; Ley 12/2008, País Vasco –art. 55–.

²⁷¹ Ley de la Comunidad Valenciana 5/1997, de Servicios Sociales –art. 55–.

²⁷² Ley 5/2009, Aragón –art. 75–.

²⁷³ Ley 2/2007, Cantabria –art. 47–; Ley 5/2009, Aragón –art. 71–. Por su parte, la Ley Foral 15/2006, –art. 48– y la Ley 4/2009, Illes Balears –art. 68–, extienden esta condición a los créditos presupuestarios de las entidades locales.

²⁷⁴ Ley 1/2002, La Rioja –art. 45–; Ley 13/2008, Galicia –art. 54–; Ley 11/2003, Comunidad de Madrid –art. 53–; Ley 12/2007, Cataluña –art. 60–. La Ley 3/2003, Región de Murcia –art. 38–, limita esta obligación a los municipios de más de 20.000 habitantes.

²⁷⁵ Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido.

funcionales son aptos para calcular su cumplimiento. Y tal vez por ello la tendencia es que su supresión de las modernas leyes de servicios, salvo alguna excepción²⁷⁶. Por ello puede ser más operativo reconducir el nivel de compromiso financiero de las entidades locales al ámbito de los criterios de colaboración financiera.

C) Financiación de infraestructuras o equipamientos de servicios sociales

Si bien alguna ley autonómica declara, de un modo estricto, que únicamente se podrán financiar, con cargo a los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, aquellas infraestructuras y equipamientos de servicios sociales, tanto públicos como privados, que estén previstos en la planificación autonómica de servicios sociales²⁷⁷, la mayoría de las leyes autonómicas se inclinan por un mandato más flexible, el sentido de que la Administración autonómica debe promover y, si procede, contribuir a la financiación de los equipamientos e instalaciones públicas necesarios para la prestación de servicios sociales, de acuerdo con el Plan Estratégico aprobado²⁷⁸, añadiendo, en su caso, el carácter prioritario de las infraestructuras públicas previstas en el Plan Estratégico²⁷⁹.

Asimismo, en algunas leyes autonómicas ha importado el llamado 1% cultural²⁸⁰, de tal modo que se establece que en el presupuesto de cada obra pública financiada total o parcialmente por la Administración de la Comunidad Autónoma y sus agencias y organismos, cuyo presupuesto de ejecución material supere los seiscientos mil euros, se incluirá una partida equivalente, al menos, del 0,5 por ciento de la aportación de la Administración regional, destinada a financiar inversiones en materia de servicios sociales²⁸¹.

De otro lado, en relación con la colaboración de los Ayuntamientos, algunas leyes disponen, con independencia del tamaño de su población, los municipios colaborarán en el desarrollo del sistema de servicios sociales aportando, según las distintas modalidades establecidas en Derecho, solares, edificios, pisos y dependencias similares para la construcción e instalación de centros y servicios en los que se dispensen prestaciones de servi-

²⁷⁶ Ley 3/2003, Región de Murcia –art. 38–: un 4% en caso de entidades locales asociadas, y un 6% en caso de entidades locales que actúen individualmente.

²⁷⁷ Ley Foral 15/2006, –art. 49–. Por su parte, la Ley 4/2009, Illes Balears –art. 69–, dispone que limita esta restricción a las infraestructuras privadas de servicios sociales.

²⁷⁸ Ley 12/2007, Cataluña –art. 61–; Ley 5/2009, Aragón –art. 72–.

²⁷⁹ Ley 4/2009, Illes Balears –art. 69–.

²⁸⁰ Como es sabido, la Ley de Patrimonio Histórico Español (a la que sigue la Ley de Patrimonio Histórico de Andalucía) establece que en toda obra pública financiada total o parcialmente por la Administración del Estado (o de la Junta de Andalucía), cuyo presupuesto exceda de un millón de euros, se incluirá una partida equivalente al menos al 1 por ciento de la aportación pública destinada a obras de conservación y acrecentamiento del Patrimonio Histórico.

²⁸¹ Ley 3/2003, Región de Murcia –art. 37–; Ley 2/2007, Cantabria –art. 47–.

cios de atención social especializada, sean éstas de titularidad municipal o autonómica²⁸². Otras normas, de modo más sencillo, establecen que los municipios deben facilitar el suelo con las infraestructuras de urbanización necesarias para los nuevos equipamientos e instalaciones de servicios sociales de carácter público²⁸³.

D) Financiación de los Servicios Sociales Comunitarios

En la generalidad de las Comunidades Autónomas por vía de facto se ha impuesto una financiación compartida de los servicios sociales comunitarios. En Andalucía el Decreto 203/2002, de 16 de julio, por el que se regula el sistema de financiación de los servicios sociales comunitarios, el cual integra tanto los créditos de los presupuestos de la Comunidad Autónoma como los provenientes del Estado, distribuye los fondos entre las Diputaciones Provinciales y los Ayuntamientos de municipios con población superior a 20.000 habitantes conforme a determinados criterios (población principalmente, dispersión, grandes urbes...). Esta realidad se ha recogido en las leyes autonómicas, si bien se observan criterios diversos. Así, en algún caso, la Ley se limita a una declaración genérica de financiación de los servicios sociales comunitarios a cargo de las entidades locales y de la Administración autonómica, remitiendo su concreción a actos ulteriores, como el Plan Estratégico de Servicios Sociales²⁸⁴. En cambio, en otras Comunidades Autónomas la Ley determina un compromiso financiero mínimo de la Comunidad Autónoma, con un porcentaje que oscila de un 50%²⁸⁵ a un 66%²⁸⁶, si bien existen diferencias también en orden al cálculo del coste de los servicios a cofinanciar por la Comunidad Autónoma.

²⁸² Ley 11/2003, Comunidad de Madrid –art. 53–.

²⁸³ Ley 12/2007, Cataluña –art. 61–; Ley 5/2009, Aragón –art. 72–.

²⁸⁴ Ley 4/2009, Illes Balears –art. 70–. Por su parte, la Ley 2/2007, Cantabria –art. 48–, dispone que la financiación a cargo de la Administración autonómica se establecerá de acuerdo con la planificación establecida en el Plan Estratégico de Servicios Sociales garantizando, en todo caso, la financiación de las prestaciones garantizadas de la Cartera de Servicios Sociales que corresponda desarrollar a través de los Servicios Sociales Comunitarios.

²⁸⁵ Según la Ley Foral –art. 50– y la Ley 4/2009, Illes Balears –art. 70–, la aportación de la Administración de la Junta de Andalucía se establecerá en convenios plurianuales con las entidades locales y en ningún caso podrá ser inferior al 50 por 100 del coste de referencia de los programas establecidos en esta Ley. La forma de determinar el coste de los programas y el establecimiento de criterios distintos para las zonas de especial actuación se establecerá reglamentariamente. Por su parte, la Ley 5/2009, Aragón –art. 73–, declara que la Administración de la Comunidad Autónoma realizará una aportación para el sostenimiento de los servicios sociales básicos que cubrirá, al menos en un 50%, el coste de los equipos profesionales establecidos reglamentariamente por la Comunidad Autónoma para los Centros de Servicios Sociales, así como, en el porcentaje que se establezca, los restantes programas, proyectos y servicios que se definan en la planificación aprobada y en el Catálogo de Servicios Sociales.

²⁸⁶ Según la Ley 12/2007, Cataluña –art. 61–, la aportación de la Administración autonómica a los servicios sociales básicos debe fijarse en sus presupuestos, de acuerdo con lo que establezcan el Plan estratégico de servicios sociales y la Cartera de servicios sociales, y debe pagarse mediante un convenio cuatrienal con la corporación local titular del área básica de servicios sociales. Esta aportación no puede ser inferior, en ningún caso, al 66% del coste de los equipos de servicios sociales básicos, de los programas y proyectos, y de los servicios de

En todo caso, debe recordarse que las prestaciones garantizadas por la legislación estatal sobre dependencia que se incluyan dentro de los programas de los servicios sociales comunitarios, se financiarán íntegramente por la Administración autonómica²⁸⁷.

E) Financiación de los Servicios Sociales especializados

A diferencia de la financiación compartida de los servicios sociales comunitarios, en relación con los especializados, el criterio generalizado es que la financiación de los servicios sociales especializados corresponderá a la Administración que, en cada caso, sea titular de los servicios²⁸⁸. No obstante lo anterior, en relación con los servicios sociales especializados locales, en algún caso se contempla que el Plan Estratégico de Servicios Sociales establecerá las condiciones de concertación económica plurianual entre la Administración autonómica y las entidades locales para el desarrollo de los servicios sociales especializados gestionados por éstas²⁸⁹.

F) Apoyo público a la iniciativa social

En general, las previsiones de fomento económico de la iniciativa social son de carácter genérico, en el sentido de que la Administración autonómica contribuirá, dentro de sus previsiones presupuestarias y de acuerdo con la previsiones de los instrumentos de planificación, al desarrollo, mejora y sostenimiento de las actividades realizadas por entidades prestadoras de servicios sociales²⁹⁰, debiendo garantizarse, en todo caso, el cumplimiento de la normativa vigente en materia de autorización de centros, programas y servicios sociales²⁹¹. A tal efecto, la consejería competente en materia de servicios sociales, y de conformidad con lo dispuesto en la legislación de hacienda pública de la Comunidad Autó-

ayuda a domicilio y de teleasistencia que el Plan y la Cartera establecen para el ámbito territorial de cada área básica de servicios sociales. La Ley añade que si la financiación de la infraestructura, de los locales, del material, del mantenimiento del sistema de información, del apoyo administrativo y de las prestaciones económicas de urgencia social corre a cuenta del ente local gestor del área básica de servicios sociales. Si al final del ejercicio anual la ratio de personal de los equipos o el volumen de la actividad de los diferentes servicios, programas y proyectos no alcanza el mínimo establecido por el convenio, el importe correspondiente debe deducirse del siguiente pago de la Generalidad y deben adoptarse las medidas necesarias para la prestación del servicio público. El ente local titular del área básica de servicios sociales puede decidir el sistema de provisión de servicios, para la ayuda a domicilio y la teleasistencia, de acuerdo con las formas de prestación que se establezcan por reglamento.

²⁸⁷ Ley Foral 15/2006, –art. 50–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 70–.

²⁸⁸ Ley Foral 15/2006, –art. 52–; Ley 2/2007, Cantabria –art. 49–; Ley 12/2007, Cataluña –art. 62–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 72–; Ley 5/2009, Aragón –art. 74–.

²⁸⁹ Ley de la Comunidad Valenciana 5/1997, de Servicios Sociales –art. 58–.

²⁹⁰ Ley 3/2003, Región de Murcia –art. 40–; Ley 13/2008, Galicia –art. 53–.

²⁹¹ Ley 13/2008, Galicia –art. 55–.

noma, podrá adjudicar subvenciones, y suscribir conciertos y convenios de cooperación o colaboración con las entidades prestadoras de servicios sociales a fin de que desarrollen sus actuaciones en materia de servicios sociales²⁹². Sobre esta cuestión se volverá más adelante, al tratar el fomento de la iniciativa social.

G) Aportaciones de las personas usuarias a la financiación de los servicios sociales

Sin perjuicio de la correspondiente remisión reglamentaria para regular las aportaciones de los usuarios destinadas a financiar los servicios sociales recibidos²⁹³, las modernas leyes de servicios sociales establecen criterios para la determinación de dichas aportaciones, tanto a efectos de establecer su posible obligatoriedad, como de fijar su cuantía:

- La naturaleza del servicio²⁹⁴.
- El coste del servicio²⁹⁵, que en algún caso se precisa que ha de ser el coste efectivo²⁹⁶ y en otros el coste de referencia²⁹⁷.
- La capacidad económica de la persona usuaria, especialmente, su nivel de renta (criterio de progresividad)²⁹⁸.
- El grupo o sector de población a quien se dirija la prestación del servicio²⁹⁹.
- Igualmente, podrá tenerse en cuenta el grado de utilización del servicio por los usuarios³⁰⁰.

Ahora bien, de acuerdo con el principio de solidaridad, algunas leyes explicitan que en ningún caso se podrá privar a una persona ni excluirla de la prestación de servicios sociales

²⁹² Ley 3/2003, Región de Murcia –art. 40–.

²⁹³ Ley 1/2002, La Rioja –art. 47– (derogada); Ley 1/2003, Asturias –art. 48–. Otras leyes, como Ley Foral 15/2006, –art. 53–, o Ley 4/2009, Illes Balears –art. 74–, remiten la fijación del copago a las carteras de servicios sociales, debiendo la Administración titular de cada uno de los servicios fijar las cuantías concretas del copago, dentro del respeto a los criterios establecidos en la cartera.

²⁹⁴ Ley 11/2003, Comunidad de Madrid –art. 54–; Ley Foral 15/2006, Navarra –art. 53–; Ley 12/2007, Cataluña –art. 67–; Ley 13/2008, Galicia –art. 56–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 74–; Ley 5/2009, Aragón –art. 76–.

²⁹⁵ Ley 1/2003, Asturias –art. 48–; Ley 11/2003, Comunidad de Madrid –art. 54–; Ley Foral 15/2006, –art. 53–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 74–.

²⁹⁶ Ley 1/2002, La Rioja –art. 47–.

²⁹⁷ Ley 12/2007, Cataluña –art. 67–; Ley 13/2008, Galicia –art. 56–; Ley 5/2009, Aragón –art. 76–.

²⁹⁸ Prácticamente todas las leyes: Ley 1/2003, Asturias –art. 48–; Ley 3/2003, Región de Murcia –art. 39–; Ley 13/2008, Galicia –art. 56–.

²⁹⁹ Ley 11/2003, Comunidad de Madrid –art. 54–; Ley Foral 15/2006, Navarra –art. 53–; Ley 12/2007, Cataluña –art. 67–; Ley 13/2008, Galicia –art. 56–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 74–.

³⁰⁰ Ley 1/2002, de Servicios Sociales de La Rioja –art. 47– (derogada); Ley 1/2003, Asturias –art. 48–; Ley 12/2008, País Vasco –art. 57–.

financiados total o parcialmente con fondos públicos por el hecho de no disponer de recursos económicos o resultar éstos insuficientes³⁰¹. Como tampoco en ningún caso la calidad de los servicios, o la prioridad o urgencia en su prestación podrá fijarse en función de la contribución de las personas usuarias en el coste del mismo³⁰², ni podrá depender o quedar condicionada a la realización de aportaciones económicas de las personas usuarias³⁰³.

Especial consideración merece, como es lógico, la determinación de la capacidad económica del usuario. En primer lugar, es necesario determinar la unidad de convivencia. Así, en algunos casos se declara que la *unidad convivencial* sólo se tendrá en cuenta a efectos de cómputo de recursos económicos en los casos en los que los miembros de dicha unidad dependan económicamente de la persona beneficiaria directa del servicio, y en los casos en los que la beneficiaria directa del servicio sea una persona menor de edad³⁰⁴. Se trata, por tanto, de tener en cuenta a las personas que la usuaria o usuario tenga a su cargo³⁰⁵. A este respecto, debe señalarse que la Ley andaluza 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho –art. 15–, declara que las *parejas de hecho* serán consideradas como unidades de convivencia familiar respecto a la normativa andaluza de Derecho Público que la Administración de la Junta de Andalucía pueda establecer a favor de la familia o de alguno de sus integrantes. Todo ello sin perjuicio de que en determinados supuestos deba ponderarse la situación familiar, social y económica de las personas obligadas legalmente a prestar asistencia al usuario³⁰⁶.

Asimismo, alguna ley explicita, con acierto, el deber de las personas usuarias de servicios y las perceptoras de las prestaciones o, en su caso, quienes ostenten su representación legal, de poner en conocimiento del órgano gestor, en el plazo de treinta días desde que se produzca, cualquier variación en la renta, patrimonio o número de personas de la unidad familiar y cuantas circunstancias puedan tener incidencia en el establecimiento de la aportación individual³⁰⁷. Por lo demás, alguna ley excluye de la determinación del nivel de

³⁰¹ Ley 13/2008, Galicia –art. 56–. De modo similar, Ley 1/2002, La Rioja –art. 47– (derogada); Ley 3/2003, Región de Murcia –art. 39–.

³⁰² Ley 1/2002, La Rioja –art. 47– (derogada); Ley 1/2003, Asturias –art. 48–; Ley 12/2007, Cataluña –art. 67–; Ley 5/2009, Aragón –art. 76–.

³⁰³ Ley 3/2003, Región de Murcia –art. 39–; Ley 11/2003, Comunidad de Madrid –art. 54–; Ley 13/2008, Galicia –art. 56–.

³⁰⁴ Ley 12/2008, País Vasco –art. 57–.

³⁰⁵ Ley 12/2007, Cataluña –art. 67–; Ley 13/2008, Galicia –art. 56–; Ley 5/2009, Aragón –art. 76–.

³⁰⁶ Ley 3/2003, Región de Murcia –art. 39–. En tal sentido, puede señalarse que la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores, establece que serán computadas tanto las rentas y bienes de la persona mayor como los de aquéllos obligados a prestarles alimentos –art. 22.1–.

³⁰⁷ Ley 2/2007, Cantabria –art. 51–.

recursos económicos de la persona usuaria, la valoración la vivienda o alojamiento que constituya su residencia habitual, salvo en el caso de una vivienda de valor excepcional³⁰⁸.

De otro lado, algunas leyes establecen determinaciones específicas acerca de la gratuidad de determinados servicios sociales comunitarios: los Servicios de Información, Valoración y Asesoramiento, de Inserción Social, de Promoción y Cooperación Social, así como los servicios de reconocimiento, declaración de grado de minusvalía o dependencia³⁰⁹. El criterio es lógico, pues sólo así se garantiza el acceso universal a los servicios sociales básicos. En cambio, de esta gratuidad se excluye a los servicios de ayuda a domicilio y de teleasistencia³¹⁰.

Finalmente, aun cuando algunas leyes autonómicas hablan de forma indistinta de tasas y precios públicos, en el caso de la contraprestación a abonar por las personas usuarias del sistema público de servicios sociales, entendemos que el concepto que procede es el de precio público, de acuerdo con la Ley 4/1988, de 5 de julio, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma: prestación de servicios públicos que sean susceptibles de ser prestados concurrentemente por el sector privado –art. 5–. El único supuesto que podría entrar en la noción de tasa sería por los servicios derivados de los procesos de acogimiento y adopción (pues constituyen ejercicio de funciones públicas), y hasta ahora inexistentes. Por lo demás, las leyes establecen algunas determinaciones adicionales, como la garantía a los usuarios de una cantidad de dinero suficiente para su libre disposición³¹¹, o la fijación de límites al precio público de un servicio en concepto de reserva de plaza ocupada (generalmente no podrá ser superior al cincuenta por ciento del precio público de la plaza)³¹².

H) Exigibilidad de las aportaciones a las personas usuarias

Evidentemente, dado el carácter de precio público de la contraprestación económica, la deuda tendrá carácter de ingreso de derecho público y podrá exigirse por los procedimientos establecidos con carácter general en las normas tributarias y de recaudación, incluida la vía de apremio³¹³. Ahora bien, lo singular en este tema es que, en el caso de los servicios residenciales, es común que las leyes autonómicas dispongan que cuando las personas usuarias del servicio carezcan de ingresos suficientes para el pago de los precios públicos pero dis-

³⁰⁸ Ley 12/2008, País Vasco –art. 57–.

³⁰⁹ Ley 3/2003, Región de Murcia –art. 39–.

³¹⁰ Ley 12/2007, Cataluña –art. 65–; Ley 5/2009, Aragón –art. 75–.

³¹¹ Ley 2/2007, Cantabria –art. 51–; Ley 3/2003, Región de Murcia –art. 39–; Ley 12/2008, País Vasco –art. 57–. Así, la Ley Foral de Navarra 17/2000, establece que la aportación económica en ningún caso podrá alcanzar el 100 por 1.000 de la renta del usuario –art. 7–.

³¹² Ley 2/2007, Cantabria –art. 50–.

³¹³ Ley 2/2007, Cantabria –art. 53–; Ley 5/2009, Aragón –art. 77–.

pongan de un patrimonio que pudiera afectarse a dichos gastos, podrán acordarse entre la Administración pública competente y la persona usuaria procedimientos de reconocimiento de deuda que, en todo caso, garanticen la integridad, el buen uso y la correcta valoración de su patrimonio³¹⁴. Debe recordarse que ya la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores, dispuso que la Administración regulará el reconocimiento de deuda contraída por las personas mayores sin renta pero con patrimonio –art. 22.3–³¹⁵. No obstante, tal como explicita alguna ley, la imposibilidad demostrada de constituir garantías no debe ser motivo, en ningún caso, de denegación de la prestación del servicio³¹⁶.

Por último, en el caso de que sea preciso recurrir a la ejecución patrimonial de los bienes de la persona obligada al pago para el cobro de la deuda, algunas leyes con buen sentido establecen límites en relación con la ejecución de la vivienda, en el sentido de que la ejecución quedará en suspenso cuando la misma sea necesaria para el uso propio por baja en el servicio o cuando constituya domicilio habitual y único de otros miembros de su unidad de convivencia³¹⁷.

l) Participación económica de las entidades privadas

Debido a la escasez de los recursos públicos, las leyes autonómicas tratan de incentivar la participación voluntaria de los particulares en la financiación de servicios sociales, mediante actuaciones que posibiliten el patrocinio y el ejercicio de la responsabilidad social corporativa de las entidades privadas para el desarrollo de los servicios sociales³¹⁸, procurando, además, que tales actuaciones tomen como referencia las líneas contempladas en el Plan Estratégico de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma.

³¹⁴ Ley 12/2008, País Vasco –art. 57–; Ley 2/2007, Cantabria –art. 53–.

³¹⁵ La figura del reconocimiento de deuda se encuentra en las leyes del sector de atención a las personas mayores: Ley de Galicia 4/1993, de Servicios Sociales –art. 79– (derogada); Ley de Asturias 7/1991, –art. 14.2–; Ley de Extremadura 2/1994, –art. 23.1–; Ley de Canarias 3/1996, –art. 24–; Ley de Castilla-La Mancha 5/1995, de Solidaridad –art. 31.2–. Se ha denunciado la situación en que se encuentran muchos ancianos, con los que los propios familiares rompen sus vínculos y rechazan asumir cualquier tipo de responsabilidad sobre ellos, descargando sus obligaciones personales y patrimoniales en la Administración. Así, se da la circunstancia de que los Servicios Sociales se ven obligados a ingresar en sus Centros a ancianos que se encuentran desasistidos por parte de unos familiares que disfrutan de una saneada economía, sin que ni siquiera puedan repetir frente a éstos los gastos que ello ocasiona, dado el carácter personalísimo del derecho de alimentos –art. 142 y ss. del Código civil–, que no es transmisible, y que únicamente puede ser ejercitado con el consentimiento del anciano. Defensor del Pueblo Andaluz, *Informe al Parlamento 1996*, p. 802.

³¹⁶ Ley Foral 17/2000, de 29 de diciembre, reguladora de la aportación económica de los usuarios a la financiación de los servicios por estancia en centros para la tercera edad.

³¹⁷ Ley 2/2007, Cantabria –art. 53–; Ley 12/2008, País Vasco –art. 57–. De modo similar, Ley Foral de Navarra 17/2000, de 29 de diciembre, reguladora de la aportación económica de los usuarios a la financiación de los servicios por estancia en centros para la tercera edad –art. 17–.

³¹⁸ Ley 12/2008, País Vasco –art. 58–; Ley 13/2008, Galicia –art. 57–.

En el ordenamiento andaluz, el Decreto 96/2000, de 6 de marzo, por el que se regula la aportación privada en la financiación de los servicios sociales, dispuso que la participación privada podrá instrumentarse mediante convenios, en los que se determinará el tipo y cuantía de la aportación, así como los programas o actuación a financiar y su período de vigencia³¹⁹. Para incentivar esta contribución, las personas físicas o entidades privadas obtendrán de los órganos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía las certificaciones acreditativas de las aportaciones realizadas, a fin de obtener los beneficios fiscales y demás ventajas previstas en la legislación aplicable. Asimismo, la Consejería competente podrá conceder la mención de “Persona o entidad solidaria”.

Por lo demás, las previsiones específicas relativas a la obra social de las Cajas de Ahorro, como es evidente, están en decadencia³²⁰.

J) Precios de los servicios sociales no integrados en el sistema público

Por lo general, las leyes autonómicas olvidan la situación de los personas usuarias de servicios públicos no integrados en el sistema. Aun cuando estos servicios no sean objeto de bonificación ni subvención pública son necesarias algunas determinaciones. Evidentemente, los precios por los servicios sociales que presten entidades privadas no integradas en el sistema público de servicios sociales serán libres. No obstante, siguen siendo relevantes las reglas de protección de estos usuarios, como de cualquier otro consumidor o usuario final. Así, cabe recordar que la 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, establece que las personas titulares de estos servicios habrán de comunicar previamente a la Consejería competente los precios que perciban por la prestación de los sus servicios, así como habrán de cumplir las reglas sobre publicidad y transparencia de precios establecidas en las normas desarrollo de la misma.

Así, en el ámbito de las personas mayores, algunas leyes autonómicas disponen que, aun cuando podrán fijar los precios libremente, deben ser puestos en conocimiento de los usuarios de los establecimientos, y de la Administración, con objeto de que se pueda trans-

³¹⁹ La Ley 12/2007, Cataluña –art. 61–, especifica que los convenios indicados podrán articular los mecanismos financieros adecuados para compensar las inversiones en equipamientos e instalaciones de servicios sociales efectuadas con la colaboración de entidades de iniciativa privada u otras organizaciones privadas cuando dichos equipamientos e instalaciones se integren en el patrimonio público.

³²⁰ La ya derogada Ley 1/2002, de Servicios Sociales, de La Rioja –art. 44–, dispuso que el Consejo de Gobierno, en ejercicio de sus atribuciones con respecto a las Cajas de Ahorro, promoverá que los créditos de su obra social destinados a Servicios Sociales se adecuen a la planificación estratégica en este ámbito. Debe recordarse que, de acuerdo con el art. 88 de la Ley 15/1999, de Cajas de Ahorro de Andalucía, la obra social de las Cajas de Ahorro tendrá por finalidad el fomento del empleo, el apoyo a la economía social y el fomento de la actividad emprendedora, así como la financiación de obras y actuaciones en los campos de los *servicios sociales*, la sanidad, la investigación, la protección y mejora del medio ambiente, la enseñanza, el patrimonio cultural e histórico y demás actuaciones en el campo de la cultura, y cualesquiera otras de naturaleza análoga que favorezcan el desarrollo socioeconómico de Andalucía.

mitir a toda la red de servicios sociales de la Comunidad Autónoma³²¹. Además, alguna ley sectorial añade que la Administración procurará disponer semestralmente la publicación de los precios en el boletín oficial de la Comunidad Autónoma³²².

VIII. PARTICIPACIÓN

1. Los Consejos de Servicios Sociales en la LSSA

Además de declarar el principio de participación, entendido como «la intervención de los ciudadanos y usuarios, a través de los cauces adecuados, en la promoción y control de los Servicios Sociales» –art. 2.4–, la LSSA dedicó el Capítulo II del Título IV a la Participación, si bien los «cauces adecuados» antes referidos se reducen a cauces orgánicos: los Consejos de Servicios Sociales, y esta ordenación fue desarrollada por el Decreto 117/1997, de 15 de abril, por el que se regula la composición y funcionamiento del Consejo Andaluz y de los Consejos Provinciales de Servicios Sociales³²³.

En concreto, la Ley creó el Consejo Andaluz de Servicios Sociales, «como órgano de participación, de naturaleza consultiva y asesora, en el ámbito de la Comunidad Autónoma –art. 23.1–». Según la LSSA –art. 24.1–, son funciones del Consejo Andaluz de Servicios Sociales: informar con carácter previo los proyectos normativos de desarrollo de la Ley, de la Presupuestos y del Plan Regional de Servicios Sociales; conocer y evaluar los resultados de la gestión de los servicios sociales por los organismos públicos competentes; emitir dictámenes que les sean solicitados por las entidades competentes en la materia; y formular propuestas e iniciativas a los órganos competentes. Es decir, se trata de las funciones típicas de los órganos consultivos de la Administración, sin ningún poder decisorio.

En cuanto a su composición, la propia LSSA –art. 23.1–, dispuso que en el Consejo Andaluz estarán representados, según reglamentariamente se determine: la Administración autonómica, las Corporaciones Locales, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, las organizaciones de usuarios, las instituciones privadas sin ánimo de lucro que presten servicios sociales y los colectivos de profesionales de trabajo social. Por su parte, de un total de 40 miembros, el Decreto 117/1997, reservó 16 a la propia Administración autonómica y otros 8 a representantes de otras Administraciones (Loca-

³²¹ Ley de Asturias 7/1991, de Asistencia y Protección al Anciano –art. 11–, establece que la información sobre precios debe realizarse anualmente durante el mes de enero, y cualquier modificación de los precios que pretenda introducirse a lo largo del año deberá ser, asimismo, notificada, al menos con un mes de antelación a su implantación, a los usuarios y a la Administración. En los mismos términos, Ley de Extremadura 2/1994, –art. 23.3–.

³²² Ley de Asturias 7/1991, de Asistencia y Protección al Anciano –art. 12–.

³²³ La Ley tuvo en esta parte un primer desarrollo en el Decreto 103/1989, de 16 de mayo, por el que se desarrolla la creación de los Consejos de Servicios Sociales en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

les y Universidad), de modo que sólo 16 vocales (es decir el 40%) eran representantes de organizaciones sociales, y de éstos sólo 7 vocales representantes de organizaciones específicas del sector de la acción social³²⁴. Parece evidente que esta cuestionable composición impide que el Consejo pueda cumplir la función de participación social que legalmente tiene asignada, y explica la proliferación en el ámbito de los servicios sociales de órganos de participación de carácter sectorial³²⁵. De hecho, este órgano puede estimarse inexistente desde hace bastantes años. Así, en la aplicación informática «Clara» de la Consejería competente en materia de Administración pública se enumeran múltiples órganos colegiados dependientes de la Consejería, pero no se menciona el Consejo Andaluz de Servicios Sociales³²⁶.

De otro lado, la LSSA –art. 23.2– dispuso que se crearan, a nivel provincial y municipal, Consejos de Servicios Sociales, cuya composición será similar, en sus respectivos ámbitos territoriales, a la establecida en el número anterior. Y estos Consejos que se constituyan asumirán funciones similares referidas a su ámbito territorial de competencias y deberán contribuir a suscitar la participación de la población en la definición de las necesidades sociales, así como a elevar propuestas al Consejo Andaluz de Servicios Sociales –art. 24.2–. Y por si existiera alguna duda, seguidamente la Ley –art. 24.3–, denomina expresamente estos Consejos como «Consejos Provinciales y Municipales».

³²⁴ Los 16 representantes se distribuyen como sigue: g) Cuatro vocales en representación de las Organizaciones Sindicales que tengan en Andalucía la consideración de más representativas, designados por las mismas. h) Cuatro vocales en representación de las Organizaciones Empresariales que tengan en Andalucía la consideración de más representativas, designados por las mismas. i) Cuatro vocales en representación de las organizaciones de consumidores y usuarios, designados por Federaciones Regionales de Asociaciones de los sectores de Servicios Sociales Especializados. j) Tres vocales en representación de las Organizaciones No Gubernamentales que desarrollen sus actividades en el área de Servicios Sociales, designados por las mismas. k) Un vocal en representación de los Colegios Profesionales de Trabajadores Sociales de Andalucía, designado por éstos. Lo cierto es que la composición del Consejo Andaluz prevista en el Decreto 103/1989, era similar.

³²⁵ Comisiones de Valoración del Programa de Solidaridad de los Andaluces para la Erradicación de la Marginación y Desigualdad; Comisión de Seguimiento del Programa de Solidaridad de los Andaluces para la Erradicación de la Marginación y la Desigualdad; Comisión Andaluza de Valoración de Discapacidades y Minusvalías; Comisión Técnica para la Elaboración del Plan Integral para las Personas con Discapacidad; Consejo Andaluz de Atención a las Personas con Discapacidad; Consejos Provinciales de Atención a las Personas con Discapacidad; Consejo Andaluz de Mayores; Consejos Provinciales de Mayores; Consejos Locales de Mayores; Consejo Andaluz de Asuntos de Menores; Consejo Regional de la Infancia; Consejos Provinciales de la Infancia; Observatorio de la Infancia; Consejo Asesor sobre Drogodependencias; Comisiones Provinciales de Drogodependencias; Observatorio Andaluz sobre Drogas y Adicciones; Comisión Reguladora de los Tratamientos de Deshabituación con Metadona; Comisión de Acreditación, Evaluación y Control de Centros o Servicios; Comisión Provincial de Medidas de Protección; Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres; Comisión Técnica de Accesibilidad en las Infraestructuras, el Urbanismo, la Edificación y el Transporte en Andalucía; Comité Director para el Impulso y de Coordinación de la Elaboración del III Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones; Comisión Técnica para la Elaboración del Plan Integral de Atención a Menores de 3 Años en Situación de Dependencia en Andalucía 2009-2012.

³²⁶ http://www.juntadeandalucia.es/justiciayadministracionpublica/clara/gaal_istadoFunciones.html?ciwa=1-4B-12&idOrg=1-4F-58

De esta ordenación surge la duda de si los Consejos Provinciales a los que se refiere la Ley son órganos periféricos de la Administración de la Junta de Andalucía o, por el contrario, órganos de las Diputaciones Provinciales, como parecería por su regulación conjunta con los Consejos Municipales. Pues bien, tanto el Decreto 103/1989, como el Decreto 117/1997, optaron por configurar estos Consejos Provinciales como órganos periféricos de la Administración de la Junta de Andalucía³²⁷. De este modo, se quedaron si ordenar los Consejos de Servicios Sociales de las propias Diputaciones Provinciales.

En cuanto a los Consejos Municipales, de la Ley parece desprenderse («se crearán») su carácter preceptivo. De este modo, y a diferencia de los consejos sectoriales previstos en la legislación de régimen local como órganos complementarios, de creación potestativa por las Corporaciones Locales, estos Consejos Municipales de Servicios Sociales sería de creación obligatoria. Y así lo entendió el Decreto 103/1989, el cual dispuso que los Consejos Municipales de Servicios Sociales, órganos de participación, consulta y asesoramiento de ámbito local, «se constituirán en todos los Municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía de más de 20.000 habitantes. En los Municipios de menor número de habitantes del indicado anteriormente, su constitución será de carácter facultativo de los mismos» –art. 16–. Y, además de ordenar su creación, el Decreto 103/1989, predeterminó su composición³²⁸.

Sin embargo, el posterior Decreto 117/1997, optó por omitir de su articulado toda referencia a los Consejos Municipales, limitándose a declarar que su composición habrá de asegurar, en todo caso, la participación de los sectores sociales que establece la Ley (Disposición Adicional Primera). Tal vez se trate de un criterio más respetuoso con la autonomía local, pero innegablemente dejó en el aire la creación y, en su caso, configuración de estos órganos participativos.

³²⁷ Como se desprende al atribuir la presidencia del Consejo al Delegado del Gobierno de la Junta de Andalucía y por su composición mayoritaria de Delegados Provinciales.

³²⁸ El Pleno de los Consejos Municipales de Servicios Sociales, estarán compuestos por: El Alcalde, que será su Presidente. El Concejale Delegado del Área de Servicios Sociales, que será su Vicepresidente. Los representantes municipales designados por la Corporación Municipal correspondiente. Los representantes locales de las Organizaciones de Usuarios, Instituciones Privadas sin ánimo de lucro que presten Servicios Sociales y de Colectivos de Profesionales de Trabajo Social, que exista en el Municipio –art. 17–. La determinación del número de vocales que representarán a los distintos grupos, así como de los criterios para su designación corresponderá al Pleno del Ayuntamiento, que deberá tener en cuenta a este respecto: a) El número de habitantes del Municipio. b) El nivel de implantación en el Municipio de las Organizaciones, Instituciones y Colectivos que han de ser representados. c) La observancia de una proporcionalidad próxima a la establecida en los artículos del presente Decreto que regulan la composición de los otros Consejos de Servicios Sociales. d) La designación de los representantes deberá realizarse por las propias Organizaciones, Instituciones y colectivos representados, de acuerdo con sus normas internas de funcionamiento –art. 20.

2. La participación en el funcionamiento de los centros de servicios sociales

Al margen de los Consejos de Servicios Sociales antes referidos, la LSSA –art. 13–, dispuso que todos los Centros (del Sistema Público de Servicios Sociales) dedicados a la prestación de servicios sociales deberán ajustarse a las condiciones que reglamentariamente se establezcan, «así como a un funcionamiento que permita la participación de los usuarios». Como es sabido, este mandato ya estaba contenido en la Ley estatal 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, según la cual en los centros financiados, en todo o en parte, con cargo a fondos públicos, existirán órganos de control del origen y aplicación de los recursos financieros, con la participación de los interesados o subsidiariamente sus representantes legales, de la dirección y del personal al servicio de los centros, sin perjuicio de las facultades que correspondan a los poderes públicos –art. 4.3–. En cualquier caso, es claro que el mandato de la LSSA precisaba del correspondiente desarrollo normativo³²⁹.

Y en tal sentido, las autoridades han venido aprobando disposiciones, sobre todo en relación con las personas mayores, en las que se ordena la constitución de órganos de participación de los usuarios de representación y participación de los usuarios en la marcha del centro (típicamente, Asamblea general y Junta o Consejo de Gobierno). Sin embargo, en la práctica, estos órganos a veces no llegan a constituirse o, lo que es más frecuente, su funcionamiento es harto irregular³³⁰.

3. Las nuevas orientaciones de la participación

Las modernas leyes autonómicas de servicios sociales contienen una ordenación mucho más completa sobre la participación ciudadana en los sistemas públicos de servicios sociales, mucho más allá de la mera participación orgánica. De entrada, se establece una garantía genérica de la participación, en virtud de la cual las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma promoverán la participación de la ciudadanía, de las personas profesionales de los servicios sociales, de las entidades de iniciativa social, en particular

³²⁹ Sobre la parvedad y falta de concreción de los cauces participativos en las leyes autonómicas sobre servicios sociales, vid. J. L. BELTRAN AGUIRRE, “Los principios organizativos de la Administración social: Descentralización, participación, coordinación y cooperación”, *Documentación Administrativa*, nº 271-272, 2005, p. 223.

³³⁰ Vid. Valedor do Pobo, Informe extraordinario “Situación de los ancianos en Galicia”, junio 1994, pp. 401 y ss. En igual sentido, el Diputado del Común de Canarias, “Diagnóstico de la situación de los centros para personas mayores en Canarias”, 2001, dirá que la mayoría de las residencias carecen de un órgano de representación de los usuarios o de los familiares, y los cauces de presentación de las quejas son inexistentes. Por su parte, la Defensora del Pueblo de Navarra, Informe especial al Parlamento de Navarra “La atención a la dependencia de las personas mayores en Navarra”, marzo de 2005, p. 204, ha señalado: “La normativa de nuestra Comunidad promueve una cierta participación, aún con una concepción limitada y paternalista, pero hemos podido comprobar que no se cumple. No se le da valor por ninguno de los estamentos de las residencias: dirección, personal, ni los propios residentes”. Por ello esta Comisionado parlamentario propuso el establecimiento de órganos específicos de los usuarios que sean independientes de la dirección del centro, y donde los interesados puedan discutir libremente sus propuestas y planteamientos al margen del Consejo de Participación (p. 363).

de las organizaciones de ayuda mutua, así como de los agentes sociales, en la definición de las políticas en materia de servicios sociales de la Comunidad Autónoma, así como en la planificación, el seguimiento de la gestión y la evaluación del sistema público de servicios sociales³³¹.

Para ello, la participación ciudadana en servicios sociales se articula a través de las siguientes fórmulas:

- a) Los órganos consultivos y de participación previstos en la Ley.
- b) El desarrollo de mecanismos de participación en los centros de servicios sociales tanto comunitarios como especializados.
- c) El desarrollo de procesos participativos de la ciudadanía en procesos legislativos y de planificación vinculados a esta materia.
- d) Fomento del voluntariado.

La práctica totalidad de las leyes autonómicas mantiene un Consejo autonómico de Servicios Sociales, con ésta u otra denominación de Consejo «General» de Servicios Sociales (Cataluña), o «Consejo de Bienestar Social» (Navarra y Galicia). Debido precisamente al fraccionamiento y multiplicación de los órganos de participación ciudadana en materia de servicios sociales, se hace ahora más que nunca necesario impulsar al Consejo Andaluz de Servicios Sociales como único órgano con una capacidad de una visión y análisis global de los asuntos sociales. Más aún es necesario revitalizar el Consejo Andaluz de Servicios Sociales, que desde hace bastantes años parece haber entrado en un letargo administrativo. De aquí que algunas leyes autonómicas se refieran a este órgano como el órgano «superior» de participación en materia de servicios sociales, adscrito a la Consejería competente en materia de servicios sociales³³².

Pero para revitalizar este órgano, más que incidir sobre las funciones, que necesariamente han de ser consultivas, es necesario que la Ley garantice que la representación en dichos consejos será, al menos, paritaria entre la Administración y la sociedad civil³³³, sin perjuicio naturalmente de atender el principio de representación equilibrada de género, de acuerdo

³³¹ Ley Foral 15/2006, de Navarra (arts. 54 y 55); Ley 2/2007, de Cantabria (art. 71); Ley 12/2008, del País Vasco (art. 47) y Ley 5/2009, de Aragón (art. 55).

³³² Art. 50 Ley 12/2007, de Cataluña, art. 40; Ley 13/2008, de Galicia, art. 48; Ley 12/2008, del País Vasco, art. 57; Ley 5/2009, de Aragón. Por su parte, la Ley 16/2010, de Castilla y León, califica el Consejo de Servicios Sociales de Castilla y León como «el máximo órgano de participación, asesoramiento, consulta y propuesta en materia de servicios sociales» –art. 102–.

³³³ Esta paridad garantizada en la Ley 12/1998, del País Vasco (art. 48). Para reforzar el papel de la sociedad civil sería aconsejable que, aun cuando la presidencia del órgano corresponda a la Administración

con lo establecido en la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía. Además, debe tenerse en cuenta que las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, como representantes de los intereses económicos y sociales que les son propios, deben tener la consideración de agentes de participación en el sistema de servicios sociales³³⁴. Así, debe recordarse que el Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007, tras declarar los servicios sociales (junto con la educación y la sanidad) como *servicios básicos*, dispuso que Comunidad Autónoma de Andalucía ajustará el ejercicio de las competencias que asuma en esta materias «a criterios de participación democrática de todos los interesados, así como de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales en los términos que la Ley establezca» –art. 84.2–.

Por lo demás, la Ley no puede ignorar la existencia de Consejos sectoriales, de modo que deberá garantizarse la necesaria coordinación entre éstos y el Consejo general, por ejemplo, asegurando la presencia de representantes de cada uno de los consejos sectoriales en el Consejo Andaluz de Servicios Sociales³³⁵.

En relación con los consejos locales, entendemos que en aras del especial valor del principio de participación en esta materia, la Ley (no así el reglamento) puede y debe imponer claramente, sin ningún resquicio a la duda, la obligatoriedad de constitución de estos órganos por parte de los Municipios, eso sí limitando este deber legal a aquellos municipios obligados por Ley a prestar servicios sociales, esto es los de más de 20.000 habitantes, como con buen criterio ya dispuso el derogado Decreto 103/1989. Lo que no podrá hacer la Ley, ni menos aún el desarrollo reglamentario de la misma, es pormenorizar la composición y funcionamiento de estos órganos (como, sin embargo, hizo el Decreto 103/1989)³³⁶.

autonómica, se establezca dos vicepresidencias, una de la propia Administración y otra de la sociedad civil, cuyo representante sea elegido por el propio sector.

³³⁴ Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 101). Debe recordarse que el Estatuto de Autonomía establece que la «Ley regulará la participación institucional en el ámbito de la Junta de Andalucía de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en la Comunidad Autónoma» –art. 26.2–. El Tribunal Constitucional conceptúa el derecho de participación institucional como parte integrante del contenido adicional del derecho de libertad sindical, de tal modo que puede atribuirse a unas organizaciones y no a otras si el criterio empleado para ello responde a razones objetivas y no arbitrarias (STC 39/1986, referida a las organizaciones sindicales, y la STC 52/1992, respecto a la representatividad de las organizaciones empresariales). De esta forma, la Ley puede atribuir –como de hecho así sucede– a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas una posición jurídica relevante en la participación en la gestión de los asuntos públicos de naturaleza socioeconómica, actuando ante los distintos órganos públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma no sólo en defensa de los intereses particulares de los trabajadores y empresarios, sino también de intereses generales de los ciudadanos en su genérica función de agentes o interlocutores sociales, dado que de acuerdo a la doctrina constitucional “no son únicamente asociaciones privadas representantes de sus afiliados” (STC 13/1986).

³³⁵ Ley Foral 15/2006, de Navarra (art. 59); Ley 12/2008, del País Vasco (art. 48) y Ley 5/2009, de Aragón (art. 58).

³³⁶ En este sentido, Ley 12/2007, de Cataluña (art. 54) y Ley 4/2009, de Baleares (art. 58).

También en este apartado debe tratarse la participación en los centros de servicios sociales. Para ello debe establecerse de modo claro que en todo los centros, públicos o privados, integrados en el sistema público de servicios sociales, así como en los centros privados que reciban financiación pública, debe de establecer los oportunos procesos que garanticen la participación de las personas usuarias o, en su caso, de sus representantes legales en el funcionamiento del centro o servicio, de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente³³⁷.

De otro lado, las más modernas leyes autonómicas van más allá de los meros mecanismos orgánicos de participación ciudadana, y contemplan expresamente los procesos participativos. Así, se establece que las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma deberán establecer mecanismos de participación en la formulación de los instrumentos de planificación y gestión de servicios sociales de su competencia³³⁸. Los procesos de participación deberán incluir, de una forma integral y dinámica, las tres fases siguientes:

- a) Fase de información a los ciudadanos del proyecto en el que se pretende pedir la participación.
- b) Fase de debate, en la que, mediante la utilización de la metodología adecuada, se promueve el debate entre los ciudadanos y se recogen propuestas.
- c) Fase de devolución, mediante la cual se traslada a los participantes el resultado del proceso de participación.

4. El voluntariado social

La LSSA contempló el voluntariado social en el capítulo dedicado a la iniciativa social, estableciendo que la Junta de Andalucía reconoce y proporcionará apoyo al voluntariado social que colabora con las Administraciones públicas, y con la iniciativa social en las tareas de prestación de Servicios Sociales. Las funciones del trabajo voluntario deberán regularse reglamentariamente, de forma que no reúna características de relación laboral ni mercantil –art. 26.1–. Si bien esta referencia al voluntariado fue en su día novedosa, como es sabido, posteriormente, mediante Ley 7/2001, de 12 de julio, del Voluntariado,

³³⁷ Ley Foral 15/2006, de Navarra (arts. 60); Ley 2/2007, Cantabria (art. 75); Ley 12/2008, País Vasco (art. 48); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 73); Ley 16/2010, de Castilla y León (art. 106). La referencia adicional a los centros que reciban financiación pública está prevista en la Ley 5/2009, de Aragón (art. 60), y es interesante, pues la práctica enseña que es posible que determinados centros privados perciban fondos públicos sin estar formalmente integrados en el sistema público.

³³⁸ Ya las Leyes de Navarra (art. 61), Baleares (art. 59) y de Galicia (art. 43), incluyeron una escueta referencia a los procesos de participación, pero es en la Ley 12/2007, de Cataluña (art. 56) y en la Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 72), donde se abordan sus fines y medios.

siguiendo el criterio de la Ley estatal 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado, se ordenó esta materia con carácter general, no limitada al ámbito estricto de los servicios sociales, sino para dar cabida a cualquier actividad “interés general”.

Por ello, el tratamiento que las modernas leyes de servicios sociales conceden al voluntariado social es en la actualidad más funcional, en el sentido de ordenar a las Administraciones Públicas a promover y fomentar la participación solidaria y altruista de la ciudadanía en actuaciones de voluntariado a través de entidades públicas o de iniciativa social³³⁹. En Andalucía, esta acción debe enmarcarse en el Plan Andaluz del Voluntariado previsto en la Ley 7/2001, de 12 de julio, del Voluntariado –art. 23–, el cual debe contemplar el conjunto de acciones que en esta materia desarrolle la Administración de la Comunidad Autónoma³⁴⁰.

IX. INICIATIVA PRIVADA

1. El deficiente planteamiento de la LSSA

Como otras leyes de su tiempo, la LSSA – intentó desplazar a la iniciativa social “sin ánimo de lucro” a un papel estrictamente secundario y subordinado de mero “colaborador” de la Administración³⁴¹, omitiendo la menor referencia a la iniciativa social “con ánimo de lucro”, como si la consecución del lucro en este sector fuese una actividad inmoral, de tal modo que, sencillamente, fue ignorada. Así, la LSSA –art. 25–, dispuso que la iniciativa social, a través de las entidades privadas *sin ánimo de lucro*, podrá colaborar en el Sistema Público de Servicios Sociales regulado por la presente Ley y recibir subvenciones de la Administración, siempre que se observe el cumplimiento de determinados requisitos. Incluso la colaboración financiera con la iniciativa social aparece en alguna ley, como la LSSA –art. 29–, con un carácter *subsidiario*.

A propósito del principio de responsabilidad pública del sistema de servicios sociales ya se señaló que el legislador al publicar esta actividad, puede optar por calificarla de servicio público, con todo lo que comporta como título de intervención sobre la misma –reglamentación, programación, control, disciplina...–, pero sin que pueda propiamente arrogarse la titularidad de la actividad misma³⁴².

³³⁹ Ley 2/2007, de Cantabria (art. 76); Ley 5/2009, de Aragón (art. 61); Ley 4/2009, de Baleares (art. 60); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 74).

³⁴⁰ Por Decreto 114/2010, de 6 de abril, se aprobó el III Plan Andaluz del Voluntariado 2010-2014.

³⁴¹ En esta finalidad no es ajena el tradicional protagonismo de la Iglesia en este sector.

³⁴² Cuando se habla –como hace Beltrán Aguirre, 1992, 142– de que la declaración de responsabilidad pública significa ostentar la titularidad de la actividad aunque sin reserva exclusiva, en concurrencia con los particulares,

Además, los hechos, desde luego, no han ido en esa pretensión de hegemonía del sector público, y en no pocos subsectores el protagonismo, hoy como ayer, sigue correspondiendo, como probablemente no puede ser de otro modo, a la iniciativa social. Pero no sólo a esa iniciativa social “sin ánimo de lucro” admitida oficialmente por las leyes del sector y que debe ser, incluso, fomentada, sino que también ha proliferado en algunos ámbitos la iniciativa con fin de lucro, en no pocos casos completamente al margen de la autoridad oficial –caso de las residencias de tercera edad–, con graves deficiencias en el control por parte de ésta última. Y lo cierto es que la Administración se ha visto obligada a concertar plazas en centros residenciales privados lucrativos, e igualmente la Administración suscribe conciertos con entidades privadas para promover la inserción social de los beneficiarios de prestaciones asistenciales de renta mínima.

Y esta realidad tuvo que ser, necesariamente, reconocida por el legislador andaluz, el cual efectuó la única modificación de la LSSA mediante Ley 15/2001, de 26 diciembre, la cual se limitó a suprimir del artículo 25 la exigencia de que la iniciativa social sea sin ánimo de lucro³⁴³. Más aún, endentemos que debería invertirse este planteamiento restrictivo, alejado de la realidad acerca de la iniciativa privada en el sector, reconociéndose abiertamente la libertad de prestación de servicios sociales, tal como sucede en otros sectores sin merma de la garantía de los derechos de los ciudadanos. Es decir, se propugna que la Ley reconozca expresamente la libre actividad de la iniciativa privada en la prestación de los servicios sociales, sin más limitaciones que las derivadas del cumplimiento de las normas legales y reglamentarias que sean de aplicación³⁴⁴. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de la sujeción de las actividades de prestación de servicios sociales al régimen de intervención administrativa que en cada caso se establezca, tal como se precisa seguidamente.

se incurre en una cierta confusión, pues ¿qué titularidad es esa que no es excluyente? La responsabilidad pública no implica necesariamente titularidad, la cual cuando se da sí comporta la nota de exclusividad, de reserva, de monopolio. Por ello no se comparte la idea de algunos (Garcés, 1996, 2, 639) de la iniciativa social subsidiaria de la acción social pública.

³⁴³ Años antes, la ya derogada Ley de Galicia 3/1993, de Servicios Sociales, declaró que el principio de responsabilidad pública “no supone una acción pública que ahogue la creatividad e iniciativa de la sociedad, sino, muy al contrario, que la fomente, coordine, regule y colabore como una oferta más integrada en el conjunto, que, considerado en su globalidad, es de responsabilidad pública”. Así, de modo explícito, reconoció no sólo la iniciativa social carente de fin de lucro, sino también la iniciativa privada lucrativa, ignorada en la legislación de la década anterior –art. 32–. Y, en la misma línea, la también derogada Ley Catalana 4/1994, del Sistema Catalán de Servicios Sociales, dispuso –art. 22–, que las entidades de iniciativa social podían gestionar servicios sociales especializados así como “proyectos concretos” correspondientes a los servicios sociales de atención primaria”. Y habilitó a las Administraciones Públicas a concertar la gestión de servicios “con entidades privadas, preferentemente de iniciativa social” –art. 26.2–, con lo cual no excluyó a las entidades con fin de lucro.

³⁴⁴ Así, Ley 2/2007, de Cantabria (art. 77).

2. Régimen de autorización administrativa en materia de servicios sociales

A) Funcionalidad de la autorización previa

El régimen autonómico de intervención administrativa en materia de servicios sociales en los ordenamientos autonómicos ha estado presidido desde su inicio por el sistema de autorización administrativa previa. De este modo, tanto las leyes autonómicas generales de primera generación en materia de servicios sociales como las específicas para determinados colectivos, establecieron que la apertura y el funcionamiento de los centros y servicios estarán sujetos a la autorización de la Administración autonómica, así como sometidos a la inspección y control de la misma³⁴⁵.

En Andalucía, la LSSA no se pronunció expresamente en este sentido, pero así se estableció desde luego en la normativa de desarrollo de la Ley y, en particular, en el aún vigente Decreto 87/1996, de 20 de febrero, por el que se regula la autorización, registro, acreditación e inspección de los servicios sociales de Andalucía³⁴⁶.

No obstante, debe recordarse que la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, únicamente exceptúa de su ámbito de aplicación a los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a la infancia y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas «provistos directamente por las Administraciones Públicas o por prestadores privados en la medida en que dichos servicios se presten en virtud de acuerdo, concierto o convenio con la referida Administración» –art. 2.2.j)–, lo que determina que, al menos, la prestación de servicios no integrados en los sistemas autonómicos de servicios sociales de responsabilidad pública están sujetos al régimen de libertad de establecimiento ordenado en dicha Ley Básica³⁴⁷.

Por tanto, la imposición de un régimen de autorización constituye una excepción que debe justificarse por una razón imperiosa de interés general (y someterse a principios de proporcionalidad y no discriminación). Así, la exposición de motivos de la Ley 16/2010, de 20

³⁴⁵ Así, en materia de centros para personas mayores: Ley de Asturias 7/1991, –arts. 5, 8 y 22–; Ley de Extremadura 2/1994, –arts. 18, 21 y 30–; Ley de Canarias 3/1996, –art. 21–.

³⁴⁶ El régimen del Decreto 87/1996, fue precedido por el establecido en el por el Decreto 94/1989, de 3 de mayo (BOJA núm. 39, de 19 de mayo), por el que se fijaban las normas de registro y acreditación de Entidades y Centros. Asimismo, el Decreto 87/1996, fue modificado por Decreto 102/2000, de 15 de marzo, y desarrollado por la Orden de 28 de julio de 2000, por la que se regulan los requisitos materiales y funcionales de los Servicios y Centros de Servicios Sociales de Andalucía y se aprueba el modelo de solicitud de las autorizaciones administrativas.

³⁴⁷ Lo cierto es que la Ley 17/2009, introdujo ciertas desviaciones respecto al texto de la Directiva, restringiendo el elenco de prestadores del servicio. Véase S. de la Sierra, «El ámbito de aplicación de la Directiva y los servicios excluidos: Una plasmación de las mutaciones de la Constitución Económica Europea», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Monográfico sobre la Directiva de Servicios, pp. 236 y ss.; M. Vaquer Caballería, «De nuevo sobre la doctrina europea de los servicios de interés general: los problemas para definir la familia de los “servicios sociales” y su aplicación en materia de vivienda», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 25, 2010.

de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla y León, alude expresamente como razones imperiosas de interés general «la protección de las personas destinatarias de los servicios y los objetivos de política social, cuya consecución se erige como objetivo prioritario del sistema de servicios sociales previsto en la Ley, sin que pueda ser sustituido por medidas menos restrictivas para el prestador que puedan garantizar tales extremos, pues la incidencia de los servicios prestados sobre las personas usuarias es inmediata y no permite un control a posteriori, momento en que los efectos ya se habrían producido»³⁴⁸.

Y lo cierto es que, como señalara el Defensor del Pueblo andaluz, dado que los usuarios de estos servicios (ya sean públicos o privados) constituyen un colectivo con un cierto grado de desvalimiento para la defensa de sus derechos y denuncia de casos de abuso y de lesión sobre su persona o sus bienes, «la autorización administrativa no es un mera formalidad administrativa, sino que cumple la función de garantizar a los usuarios que accedan a un centro que van a disfrutar de unas prestaciones y unos servicios mínimos, establecidos reglamentariamente, como una base irreductible de bienestar que en cualquier caso tienen asegurado; en suma, un elemento de protección de estos colectivos»³⁴⁹. Otra cosa es la necesidad de revisar lo que ha sido un intervencionismo muy intenso, reduciendo las cargas administrativas de los operadores del sector.

B) *El ámbito de aplicación*

Los requisitos y estándares mínimos de calidad cuyo cumplimiento debe garantizar el régimen de autorización administrativa se aplican tanto para poder prestar servicios sociales que formen parte del sistema de servicios sociales, como para realizar actuaciones del ámbito de servicios sociales al margen del sistema de servicios sociales³⁵⁰. Ahora bien, en este segundo caso, como premisa para la aplicación de los requisitos y condiciones que han de cumplir los centros y servicios sociales y, consiguientemente delimitar el ámbito del sistema de autorización, de la función inspectora y del régimen sancionador, es fundamental que quede perfectamente delimitada la actividad sujeta a esta normativa, con independencia de su denominación formal, algo que no sucede siempre, abriéndose vías de escape a la aplicación de las normas del sector –alegándose, por ejemplo, que el centro es cuestión es un mero hostel–.

³⁴⁸ En realidad, la exposición de motivos incurre en una inexactitud, pues refiere la necesidad de autorización al «sistema de servicios sociales previsto en la Ley», cuando lo cierto es que, de acuerdo con la propia Ley, no todos los servicios de titularidad privada forman parte de dicho sistema –art. 4–.

³⁴⁹ Defensor del Pueblo andaluz, “Investigación sobre las Residencias de Ancianos Ilegales”, *Informe al Parlamento de Andalucía 1995*, p. 929. Como, además, señala acertadamente L. Salamero Teixidó, 2011, p. 177, en el caso específico de usuarios de centros residenciales esta vulnerabilidad se acentúa en el momento de ingreso en el centro, pues el desarraigo genera una situación de aislamiento y, con ella, de invisibilidad.

³⁵⁰ Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra –art. 69–.

C) *Reglamentación de requisitos y estándares de calidad: demora en la aprobación y tolerancia en la adaptación a la misma*

Como presupuesto ineludible para un sistema de autorización previa es necesario que la Comunidad Autónoma determine los requisitos materiales y funcionales mínimos que han de cumplir los centros y servicios sociales, y ello con independencia de su adhesión o no al sistema público³⁵¹. Y, en tal sentido, la LSSA –art. 13–, como el resto de las leyes autonómicas generales de primera generación en materia de servicios sociales, estableció que todos los centros dedicados a la prestación de servicios sociales deberían ajustarse a las condiciones que se establecieran reglamentariamente³⁵². Sin embargo, con las lógicas variaciones, se observó una cierta demora en la aprobación de estas normas reglamentarias. En concreto, en Andalucía hasta 1996 no se aprobó la normativa de mínimos materiales, funcionales y de recursos humanos para los centros de atención especializada para personas mayores, y que si bien fue suplida mediante acuerdos particulares en relación con los centros concertados, dejó sin punto de referencia normativo al resto de los centros³⁵³.

Este inexcusable vacío normativo fue causa de una enorme inseguridad jurídica, que sufrieron, por una parte, las Entidades promotoras de residencias para mayores, al ignorar el nivel de prestaciones y de calidad exigibles por las autoridades administrativas (bajo el riesgo de que una futura ordenación de los factores técnicos y funcionales le obligara a realizar las oportunas adaptaciones, con el consiguiente coste económico), y, de otra parte, los propios usuarios de tales centros, que tampoco podían reclamar, al amparo de una norma, un mínimo grado asistencial a ofrecer por su residencia³⁵⁴.

Pero, además, debe señalarse que algunas Comunidades Autónomas han contemplado todo tipo de prórrogas para los centros ya en funcionamiento a la entrada de las indicadas

³⁵¹ La necesidad de que las Comunidades Autónomas aprobaran esta normativa sobre residencias privadas para mayores fue ya una recomendación formal del Informe del Senado, *La situación de las residencias de la tercera edad en España y alternativas a las mismas desde la perspectiva actual*, 1989, p. 12682.

³⁵² Y, de modo similar en materia específica de mayores, Ley de Asturias 7/1991, –art. 4–; Ley de Extremadura 2/1994, –art. 17–; Ley de Canarias 3/1996, –art. 19–; Ley de Castilla y León 5/2003, –art. 31–.

³⁵³ Esta inactividad normativa de la Administración fue denunciada por el Defensor del Pueblo andaluz, “Investigación sobre las Residencias de Ancianos Ilegales”, *Informe al Parlamento de Andalucía* 1995, p. 922: «Ahora bien, si las condiciones mínimas de calidad exigibles a un centro concertado únicamente se han podido establecer mediante acuerdos particulares, los requisitos materiales, funcionales y de recursos humanos que ha de cumplir un centro para poder obtener su autorización ni siquiera han quedado determinados, por lo que no existe en la actualidad ningún punto de referencia normativo al respecto».

³⁵⁴ Como señalara el Defensor del Pueblo andaluz, la indefensión que esta situación ha generado es patente y no tiene mayor explicación que la inexcusable pasividad de la Administración. Debido justamente a la intervención del Defensor del Pueblo andaluz, fue aprobado el citado Decreto 87/1996, de 20 de febrero, por el que se regula la autorización, registro, acreditación e inspección de Entidades y Centros de Servicios Sociales de Andalucía, que contempla a los centros residenciales para personas mayores.

reglamentaciones, normas que suscitan dudas sobre el grado de adaptación real de los mismos a las exigencias contenidas en la normativa³⁵⁵.

En Andalucía, el Decreto 87/1996, de 20 de febrero, en su Disposición Transitoria Primera, establece que los centros en funcionamiento que “no reúnan los referidos requisitos (para la autorización) quedan obligados a adecuarse a las condiciones materiales y funcionales que se establezcan en el plazo máximo de 3 años a partir de la entrada en vigor de las normas que fijen dichas condiciones”. No obstante, cuando se cumplió dicho plazo, se aprobó el Decreto 102/2000, de 15 de marzo, el cual mediante la Disposición Transitoria Primera, dispuso que los centros en funcionamiento con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto 87/1996, y que tuvieran pendientes de resolución sus solicitudes de autorización o inscripción quedaron habilitados para continuar su funcionamiento, determinación de dudosa licitud de cara al principio de igualdad en aplicación de la Ley. Y, de modo similar, los plazos para adaptarse a los requisitos de la acreditación por parte de los centros con plazas concertadas se prorrogaron en varias ocasiones: el plazo máximo de dos años previsto en la Orden de 30 de agosto de 1996, se amplió por las Órdenes de 9 de marzo de 1998 (hasta finales de 1999) y 22 de marzo de 1999 (hasta finales de 2000). La cuestión puede volverse aún más vidriosa si se tiene presente que las exigencias establecidas en el precedente Decreto 94/1989, habían sido también objeto de sucesivas prórrogas: Decreto 161/1991, de 30 de julio (*BOJA* núm. 68, de 3 de agosto) y Orden de 1 de abril de 1992 (*BOJA* núm. 31, de 11 de abril), de la Consejería de Asuntos Sociales. Así, en su Informe de 1995, el Defensor del Pueblo de Andalucía constató que existen Residencias que gozan de la correspondiente autorización administrativa, sin que por el contrario se encuentren acomodadas al Decreto 94/1989, de 3 de mayo, y que se encuentran en una situación de “transitoriedad indefinida”, pues desarrollan su actividad al amparo de la permisividad que al respecto muestra la Administración.

Pero, además, no puede dejar de señalarse el uso recurrente de las cláusulas de dispensación para los establecimientos ya existentes³⁵⁶, así como de las llamadas autorizaciones «provisionales», que en la práctica pueden prolongarse indefinidamente. En este sentido,

³⁵⁵ Y situaciones similares de prórroga de adaptación se han dado en otras Comunidades Autónomas, como es el caso en Castilla y León del Decreto 295/1994, de 22 de diciembre, por el cual se ampliaron los plazos de adaptación inicialmente previstos en el Decreto 109/1993, en algunos casos hasta 1997.

³⁵⁶ Así, por ejemplo, el Decreto de Balears 123/2001, de 19 de octubre, después de ordenar a los centros para personas mayores que se encuentren en funcionamiento a adaptarse a la normativa contenida en este Decreto, establece lo siguiente: «Excepcionalmente, la autoridad competente para aprobar estos proyectos podrá, basándose en el interés social que supone la creación de estos centros o servicio, aprobar un proyecto de un centro o de un servicio que no cumpla estrictamente alguna de las condiciones materiales o funcionales mínimas previstas, siempre que no quede afectada la seguridad ni el bienestar de las personas usuarias del centro o servicio» –Disposición Transitoria Primera–, disposición que reproduce el vigente Decreto 86/2010, de 25 de junio, con la diferencia de que se recoge en una disposición adicional, no ya transitoria. Otro ejemplo es la Orden de 25 de enero 2008, de la Administración de Galicia, por la que se regula los requisitos específicos que deben cumplir los centros de inclusión y emergencia social, la cual establece Cuando, para la autorización de un centro de inclusión y emergencia social, la adaptación a las condiciones estructurales del edificio sea inviable o desproporcionadamente costosa, y

el Decreto 87/1996, prevé que, con carácter excepcional, podrá concederse una autorización provisional de funcionamiento a los Servicios y Centros cuando, pese a no cumplir algunas de las condiciones mínimas reglamentariamente establecidas, no resulte afectada la salud o seguridad de los usuarios, y se comprometan a realizar un plan de adecuación, que habrá de ser aprobado por el órgano competente para resolver, señalando el plazo para su ejecución –art. 11.6–.

Ante esta situación la propia Cámara de Cuentas de Andalucía ha señalado recientemente que la sucesión de periodos transitorios de adaptación a los requisitos exigibles para la autorización y acreditación, las ampliaciones de estos plazos de adaptación, así como la posibilidad de la provisionalidad de las acreditaciones, ocasionan que existan centros cuyas acreditaciones responden a requisitos y exigencias diferentes³⁵⁷.

D) Determinación de requisitos y estándares

En cuanto a los requisitos y condiciones para cada tipo de servicio, las modernas leyes de servicios sociales no se limitan ya a una simple remisión en blanco a la potestad reglamentaria, sino que imponen un contenido mínimo a ésta³⁵⁸. Con las lógicas variaciones, puede diferenciarse entre requisitos estructurales, como los referidos a las condiciones de emplazamiento, edificación y acondicionamiento exigibles a las infraestructuras donde vayan a prestarse los servicios, así como las condiciones materiales, de seguridad y de equipamiento exigibles a los servicios en función de su naturaleza; y requisitos funcionales, como la ratio de personal y titulación (número mínimo, en función del número de personas que deban ser atendidas y del grado de ocupación), y la memoria y o plan de actuación del centro o servicio, donde se especifique el programa o proyecto de intervención y la metodología o forma de desarrollar los programas de atención y procedimientos de trabajo, entre otros. Lo cierto es que el programa o proyecto de intervención es lo que permite, en última instancia, diferenciar el centro o servicio social de otra actividad diversa.

Entre estos requisitos funcionales debe subrayarse la relevancia de los reglamentos de régimen interior. Inicialmente previstos para los centros públicos y concertados, en algunas Comunidades Autónomas se ha dado el paso de extender a los centros privados la obligatoriedad de disponer de un reglamento de régimen interior regulador de su organización y funcionamiento, normas de convivencia, órganos de participación y derechos y deberes de

siempre que no suponga un riesgo para la salud o la seguridad de las personas usuarias, se podrá excepcionar la aplicación de los requisitos previstos en esta Norma –Disposición Adicional Única–.

³⁵⁷ Cámara de Cuentas de Andalucía, «Informe de seguimiento de las recomendaciones incluidas en el informe de fiscalización de las residencias de mayores concertadas con el IASS» (BOJA 22-11-2011).

³⁵⁸ Ley 1/2003, Asturias –art. 43.2–; Ley Foral –art. 71–; Ley 2/2007, Cantabria –art. 78.2–; Ley 12/2007, Cataluña –art. 71.3–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 80–; Ley 7/2009, La Rioja –art. 69.1–. La excepción es la Ley 3/2003, Región de Murcia –art. 42.1–.

los residentes del centro³⁵⁹. Lo cierto es que la existencia y publicidad de un Reglamento de régimen interno constituye un instrumento de seguridad jurídica, y a la postre, posibilita el control jurisdiccional sobre aspectos relacionados con los derechos y deberes de los usuarios –régimen de visitas, salidas al exterior...–, que de otro modo quedarían confiados a la discrecionalidad de la dirección del centro. Asimismo, sólo a través de estas normas se garantiza la participación democrática de los usuarios en el funcionamiento de los centros. Así, el Defensor de Pueblo ha insistido en diversas ocasiones en la necesidad de que los centros de servicios sociales cuenten con un reglamento de régimen interior propio³⁶⁰. Y si está fuera de duda la relevancia de estas reglamentaciones internas, debería generalizarse el derecho reconocido a los usuarios en alguna ley a conocer el reglamento interno del servicio³⁶¹ y, más aún, a que sea explicado de manera comprensible, y a disponer por escrito de una copia del mismo³⁶².

Relacionado con esto está la obligación de todo establecimiento de disponer de un sistema de quejas y sugerencias³⁶³. Deber que las modernas leyes autonómicas de servicios sociales han traducido –como se indicó más arriba– en un derecho subjetivo de los usuarios de los servicios sociales. Y recuérdese que se trata de un derecho reconocido de forma general, no exclusivamente a los usuarios de servicios integrados en el sistema de responsabilidad pública³⁶⁴. Más aún, en el caso específico de usuarios de centros residen-

³⁵⁹ Asimismo, el reglamento de régimen interior y sus eventuales modificaciones deberán ser “visados” o “aprobados” por la Administración. Este tipo de normas se impuso en el ámbito específico de las personas mayores (Ley de Asturias 7/1991, –art. 6.1–; Ley de Extremadura 2/1994, –art. 19.1–; Ley de Canarias 3/1996, –art. 20–; Ley de Andalucía 6/1999, –art. 8–), para extenderse posteriormente a las leyes generales, como la Ley 11/2002, de 18 diciembre, de Ordenación de la Actividad de los Centros y Servicios de Acción Social y de Mejora de la Calidad en la Prestación de los Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid –art. 17–; Ley 3/2003, Región de Murcia –art. 35–.

³⁶⁰ Vid. *Informe a las Cortes Generales 1994*, pp. 851 y 926. Como certeramente ha señalado la Defensora del Pueblo de Navarra, Informe especial al Parlamento de Navarra “La atención a la dependencia de las personas mayores en Navarra”, marzo de 2005, es patente que la carencia de reglamento de régimen interior, es decir, de unas reglas de juego puede tener graves consecuencias para los residentes: “Cuando no hay un marco normativo claro, las pautas relacionales entre usuarios y profesionales tienden, de forma natural, a concepciones ligadas al pasado institucional en el que los residentes no eran sujetos de derecho sino puramente beneficiarios asilados que debían aceptar lo que la Institución decidiera sobre el servicio, de modo que el deseable equilibrio de poderes entre residentes y los profesionales, basculaba siempre del lado de éstos últimos”. Véase A. Ezquerro Huerva, «El estatuto jurídico de los usuarios de centros y establecimientos de servicios sociales», *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 117 y ss.

³⁶¹ Ley 12/2007, Cataluña, en relación con los usuarios de servicios residenciales y diurnos –art. 12.b)–.

³⁶² Ley 2/2007, Cantabria –art. 5.1.e)–; Ley Foral –art. 8.1–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 9.1.b)–; Ley 7/2009, La Rioja –art. 8.l)–.

³⁶³ Decreto 284/1996, de 23 de julio, de regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales; Ley de Extremadura 2/1994, –art. 20–; Ley 11/2002, de 18 diciembre, de Ordenación de la Actividad de los Centros y Servicios de Acción Social y de Mejora de la Calidad en la Prestación de los Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid –art. 17–.

³⁶⁴ Tampoco significa esto una gran concesión, pues la legislación de consumidores y usuarios obliga a todos los establecimientos o centros que comercialicen bienes o presten servicios a poner a disposición de los consumidores un libro de quejas y reclamaciones, debidamente numerado, así como carteles indicativos de su

ciales (y, en su caso, de día) algunas leyes reconocen a los usuarios el derecho a acceder a un sistema interno de recepción, seguimiento y resolución de sugerencias y quejas³⁶⁵. El problema es que este tipo de preceptos legales precisan de un desarrollo reglamentario en el que determine el tratamiento que los centros y servicios deben llevar a cabo de las quejas y sugerencias, y, como ha señalado L. Salamero Teixidó, aún son pocas las normas en esta materia que ordenan esta tramitación³⁶⁶.

E) Régimen de las autorizaciones

El régimen de autorización, como tantas otras cuestiones, apenas fue objeto de ordenación en las leyes de servicios sociales de primera generación. De hecho, la aún vigente LSSA ni siquiera menciona el sometimiento de los centros a un régimen de autorización, el cual se reguló por completo desde el inicio en disposiciones reglamentarias. Como nos consta, esta materia se ordena en el Decreto 87/1996, de 20 de febrero, por el que se regula la autorización, registro, acreditación e inspección de los servicios sociales de Andalucía, modificado por el Decreto 102/2000 y por Decreto 153/2011, de 10 de mayo.

Por su parte, en las modernas leyes de servicios sociales se observan tendencias diversas, que van desde leyes que optan por una ordenación tan breve, que incluso omite determinaciones reservadas a norma con rango de ley (Leyes de Aragón, Cataluña, Galicia o País Vasco), a otras que establecen un régimen tan exhaustivo, que desciende a pormenores propios del ulterior desarrollo reglamentario (Leyes de Navarra y Baleares). Asimismo, al menos respecto a los servicios y centros no integrados en el sistema de responsabilidad pública debe recordarse la sujeción de los procedimientos autorizatorios a las reglas establecidas en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio³⁶⁷, lo que ha llevado a algunas leyes autonómicas a diferenciar

existencia en la forma establecida reglamentariamente (por ejemplo, art. 18 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía).

³⁶⁵ Ley Foral 15/2006, –art. 8.1.h)–; Ley 12/2007, Cataluña, –art. 12.1.j)–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 9.1.h)–.

³⁶⁶ L. Salamero Teixidó, 2011, pp. 150 y ss. Como señala esta autora, es fundamental conectar el sistema de quejas y sugerencias con la función inspectora. En materia de centros de protección de menores sí suele estar ordenada adecuadamente la tramitación de las quejas presentadas en los centros: Decreto de Gobierno andaluz 355/2003, de 16 diciembre, de Acogimiento Residencial de Menores –art. 16–; Decreto del Gobierno de La Rioja 108/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre Intervención de las Administraciones Públicas en la Protección y Guarda de Menores –art. 62–. También cabe reseñar que en la Comunidad de Madrid se ha creado la Unidad de atención de quejas y sugerencias de los centros de servicios sociales y servicios de acción social de la Comunidad de Madrid, que tiene como finalidad la de ser un complemento, dentro de la propia consejería, para analizar, registrar y gestionar todas las quejas que los ciudadanos y entidades interpongan, en relación con el control de calidad respecto al funcionamiento de los referidos centros. Su propósito sería que se adopten las medidas de actuación encaminadas a solucionar el problema que originó la queja y evitar que se repita, mejorando así la calidad de los servicios prestados.

³⁶⁷ Los procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones a que se refiere esta Ley deberán tener carácter reglado, ser claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, proporcionados al

entre autorizaciones para centros y servicios integrados en el sistema público del resto³⁶⁸. Más aún, en algún caso se ha optado por sustituir el régimen de autorización previa por una declaración responsable³⁶⁹, lo cual tal vez no sea el criterio más acertado³⁷⁰.

Respecto al ámbito objetivo de las autorizaciones, en general, las leyes ordenan –como se ha señalado– un sistema de intervención administrativa muy intenso. Así, en prácticamente todas las Comunidades Autónomas están sujetos a autorización administrativa previa los actos de creación o construcción, puesta en funcionamiento y modificación sustancial (tanto estructural como funcional) de centros y servicios, así como los actos de traslado y, en su caso, autorizaciones provisionales para supuestos excepcionales, cuando se prevean ubicaciones temporales. Además, en algunas Comunidades Autónomas se exige también la autorización previa para los actos de cambio de titularidad y los de cese del servicio o cierre del centro, tanto definitivo como temporal³⁷¹, si bien precisamente en Andalucía el Decreto 87/1996, de 20 de febrero –art. 5–, requiere únicamente para estas actuaciones la comunicación previa a la Consejería competente, criterio que estimamos más respetuoso con la autonomía privada, al menos respecto de los centros no integrados en el sistema público. Por el contrario, en relación con los centros integrados en el sistema de responsabilidad pública puede ser razonable exigir la autorización, dado que de ordinario existirá una relación financiera entre el centro o servicio y la Administración³⁷². Así, en Andalucía se exige autorización previa para los actos de cese, traslado y cambio de titular de centros y servicios de reforma juvenil (Decreto 33/2008, de 5 de febrero, de Centros y Servicios de Reforma Juvenil –art. 5–).

En general, la autorización tiene por finalidad la comprobación del cumplimiento de los requisitos y estándares de calidad, materiales y funcionales, exigidos en la normativa aplicable y antes referidos. No obstante, alguna Comunidad Autónoma ha añadido que para otorgar la autorización, la Administración de la Comunidad comprobará la existencia de medios y recursos suficientes para garantizar el cumplimiento de las condiciones que se establezcan en el

objetivo de interés general y darse a conocer con antelación –art. 6–, reglas reproducidas en alguna ley, como la Ley 16/2010, Castilla y León –art. 57.3–.

³⁶⁸ Ley Foral 15/2006, Navarra –art. 74–.

³⁶⁹ Ley 4/2009, Illes Balears –art. 79–, tras la reforma de Ley 12/2010, de 11 de noviembre. Sorprendentemente, esta Ley exige declaración responsable para crear, construir y modificar sustancialmente los centros donde se tengan que prestar servicios sociales, en sustitución de la autorización previa, y autorización para la apertura y el funcionamiento de los servicios sociales y para los cambios de titularidad o modificación de las funciones y los objetivos.

³⁷⁰ Sí, M. J. García Maestro, 2011, p. 609.

³⁷¹ Decreto 284/1996, de 23 de julio, de regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales –art. 14– y Ley 12/2007, Cataluña –art. 89.1–; Ley Foral –art. 70–; Ley 7/2009, La Rioja –art. 67–; Ley 13/2008, Galicia –art. 62.2–. Por su parte, la Ley 13/2008, Galicia –art. 68.1– y la Ley 4/2009, Illes Balears –art. 79–, respecto al cese de actividades.

³⁷² Así, el Decreto 284/1996, de 23 de julio, de regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales, establece que la autorización para el cese total o parcial de contenido asistencial de algún servicio o establecimiento de iniciativa social financiado con fondos públicos requerirá la reversión de las cantidades subvencionadas al ente que las haya concedido, deduciéndose la parte amortizada –art. 14–.

catálogo de servicios sociales para cada prestación. Sin embargo, esta exigencia puede ser cuestionable a partir de lo dispuesto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, que prohíbe supeditar el acceso a una actividad de servicios al cumplimiento de requisitos de naturaleza económica³⁷³.

De otro lado, en Andalucía –como en otras Comunidades Autónomas–, los centros requieren dos tipos de autorizaciones. Una *autorización previa*, que se concede una vez se haya constatado que los proyectos de creación, modificación sustancial o traslado de Centros cumplen los requisitos establecidas en el ordenamiento jurídico, y una *autorización de funcionamiento*, que tiene la finalidad de habilitar al centro (o servicio) para realizar las actividades que constituyen su objeto, una vez que se haya constatado su adecuación al proyecto autorizado con anterioridad³⁷⁴. Asimismo, en Andalucía –como en otras Comunidades Autónomas– se requiere una visita previa del personal de la administración pública competente en materia de servicios sociales para obtener la autorización de funcionamiento³⁷⁵.

En cuanto al ámbito subjetivo, debe observarse la práctica común según la cual los centros cuya titularidad corresponda a la Administración de la Comunidad no precisan autorización administrativa y pueden inscribirse sin necesidad de ésta, sin perjuicio del deber de cumplir los requisitos, condiciones y estándares que resulten aplicables por la normativa correspondiente³⁷⁶, exención que en ocasiones se extiende a los centros de los entes locales³⁷⁷.

F) Procedimiento de autorización

En cuanto a la competencia para otorgar la autorización, la práctica totalidad de las leyes autonómicas la reservan a la Administración autonómica³⁷⁸, de tal modo que la función

³⁷³ Se trata del artículo 62.1 de la Ley 13/2008, Galicia. De hecho, La Comisión de Cooperación entre la Comunidad de Castilla y León y el Estado en su reunión celebrada el día 29 de julio de 2011 ha adoptado el siguiente acuerdo de interpretar este precepto a la luz de lo dispuesto por el artículo 10.e) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, de modo que la comprobación de la existencia de medios y recursos suficientes establecida por el citado precepto en ningún caso versará sobre requisitos de naturaleza económica prohibidos expresamente por la normativa básica.

³⁷⁴ Decreto 87/1996, de Andalucía –arts. 10 y 12–; Ley 2/2007, Cantabria –art. 78.3–.

³⁷⁵ Decreto 87/1996, de Andalucía –art. 12–; Ley Foral Navarra –art. 72.2–; Ley 4/2009, de 11 de junio, de Servicios Sociales de Illes Balears –art. 81.2–.

³⁷⁶ Por ejemplo, Ley 16/2010, Castilla y León –art. 63.2–; Decreto 143/2007, de 12 de julio, sobre Régimen de Autorización y Acreditación de los Programas y de los Centros de Servicios Sociales en Galicia –art. 6.1–.

³⁷⁷ Así, la Ley 14/2010, Castilla-La Mancha –art. 49.1–, dispone que las prestaciones sociales derivadas del ejercicio de las competencias atribuidas por la presente norma a las administraciones públicas, no requerirán autorización administrativa, salvo los centros y equipamientos establecidos en esta Ley, necesarios para la prestación de servicios sociales, los cuales requerirán en todos los casos la autorización administrativa, que será previa al inicio de su actividad.

³⁷⁸ La excepción sería la Ley 12/2008, País Vasco –art. 41–, que atribuye esta competencia a las diputaciones forales.

de los Ayuntamientos consistía en exigirla autorización administrativa que correspondiera con carácter previo al otorgamiento de la licencia de apertura de un centro de servicios sociales³⁷⁹, licencia que prácticamente ha desaparecido, tras las adaptaciones a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio. No obstante, en alguna Comunidad se contempla la posibilidad de delegar la competencia para otorgar las autorizaciones administrativas en determinadas entidades locales³⁸⁰. En nuestra opinión, el papel de las entidades locales debe desenvolverse – como de hecho es tradicional– en el plano de la gestión, pero las funciones de control del sistema deben quedar en manos de la Administración autonómica, como garante de un tratamiento igualitario tanto a entidades prestadoras como a usuarios.

Dado que se trata de un procedimiento que se inicia a instancia de parte, es relevante determinar el sentido del silencio administrativo. A este respecto, la práctica totalidad de las leyes autonómicas optan por el silencio con efectos desestimatorios. Y así se establece en el Decreto 87/1996, –art. 11–. No obstante, debe señalarse que la Ley 30/1992, del Procedimiento Administrativo Común, tras la modificación introducida por la Ley 25/2009, exige que la opción por el silencio desestimatorio no sólo se adopte en una norma con rango de ley, como ya se estableció en la Ley 4/1999, sino además que obedezca a «razones imperiosas de interés general» –art. 43.1–³⁸¹.

Con todo, consideramos que en una Administración moderna y eficiente no es necesaria la cautela de un silencio estimatorio para prestar los servicios sociales, sino que es suficiente establecer un plazo razonable para tramitar y resolver el procedimiento. Además, el silencio administrativo no impide en absoluto el ejercicio de la función inspectora y, en su caso, de las potestades de revocación y suspensión de la autorización obtenida de forma presunta. Asimismo, este criterio es más acorde con el principio de libertad de prestación de servicios sociales. Y, sobre todo, debe subrayarse que la obtención de la autorización (tanto expresa como presunta) no comporta, en absoluto, la integración, concertación o colaboración con el Sistema público de servicios sociales, para lo cual –como se verá– más adelante si se propone el silencio desestimatorio.

De otro lado, debe señalarse que algunas normas autonómicas establecen la obligación del titular de determinados centros o servicios de suscribir de las correspondientes pólizas de seguro que den cobertura a los daños materiales y personales que puedan ocasio-

³⁷⁹ Decreto 87/1996, de Andalucía –art. 11–; Ley 7/2009, La Rioja –art. 68.2–.

³⁸⁰ Ley 12/2007, Cataluña –art. 74–, que permite la delegación a los entes locales supramunicipales y a los municipios de más de veinte mil habitantes.

³⁸¹ La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, obligó garantizar la aplicación general del silencio administrativo positivo y que los supuestos de silencio administrativo negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de ley justificadas por razones imperiosas de interés general –art. 6–, regla de aplicación a los centros y servicios no integrados en el sistema autonómico de responsabilidad pública, y la Ley 25/2009, al introducir esta regla en la LRJPAC, le otorgó un alcance general.

narse³⁸². A este respecto, al menos respecto a los centros y servicios no integrados en el sistema público, debe recordarse la sujeción a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, según la cual se podrá exigir a los prestadores de servicios la suscripción de un seguro de responsabilidad civil profesional u otra garantía equivalente que cubra los daños que puedan provocar en la prestación del servicio—art. 21.1—. Ahora bien, esta exigencia ha de ser establecida en norma con rango de ley³⁸³.

G) Régimen de los centros y servicios autorizados

La obtención de la autorización inicialmente determina únicamente la posibilidad de iniciar lícitamente el ejercicio de la actividad de prestación de servicios sociales, posibilidad sujeta, según algunas leyes autonómicas, a la caducidad de la autorización en el caso de transcurso de un plazo determinado contado a partir del día siguiente a su notificación si no se hubiesen iniciado las obras o, en su caso, iniciado la actividad³⁸⁴. Además, en algunas Comunidades se contempla expresamente que las entidades con centros o servicios autorizados puedan concurrir a las convocatorias de subvenciones públicas³⁸⁵.

En todo caso, las autorizaciones administrativas para crear centros y para prestar servicios sociales tienen la condición de *autorizaciones de funcionamiento* (art. 12 Decreto 87/1996), estando sujetas al cumplimiento permanente de los requisitos exigidos para su obtención, de tal modo que el incumplimiento de los requisitos exigidos para la obtención de la autorización puede comportar su suspensión o revocación, previa incoación del correspondiente procedimiento en el que se garantizará en todo caso la audiencia a la persona interesada³⁸⁶. A este respecto, algunas Comunidades Autónomas establecen

³⁸² Decreto 284/1996, de 23 de julio, de regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales —art. 18—; Ley 11/2002, de 18 diciembre, de Ordenación de la Actividad de los Centros y Servicios de Acción Social y de Mejora de la Calidad en la Prestación de los Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid —art. 17—; Decreto 143/2007, de 12 de julio, sobre Régimen de Autorización y Acreditación de los Programas y de los Centros de Servicios Sociales en Galicia —art. 7.1—.

³⁸³ Y debe reservarse a los servicios que presenten un riesgo directo y concreto para la salud o para la seguridad del destinatario o de un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario, y deberá ser proporcionada a la naturaleza y alcance del riesgo cubierto —art. 21.1—.

³⁸⁴ Ley 11/2002, de 18 diciembre, de Ordenación de la Actividad de los Centros y Servicios de Acción Social y de Mejora de la Calidad en la Prestación de los Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid —art. 9.2—; Decreto 143/2007, de 12 de julio, sobre Régimen de Autorización y Acreditación de los Programas y de los Centros de Servicios Sociales en Galicia —art. 8—; Ley 7/2009, La Rioja —art. 70.4 y 5—.

³⁸⁵ Ley Foral 15/2006, —art. 74.4—; Ley 4/2009, Illes Balears —art. 83.3—.

³⁸⁶ Ley Foral 15/2006, —art. 73.3—; Ley 12/2007, Cataluña —art. 73—; Ley 4/2009, Illes Balears —art. 82—; Ley 5/2009, Aragón —art. 80.3—; Ley 7/2009, La Rioja —art. 70.3—; Ley 13/2008, Galicia —art. 62.3—; Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha —art. 49.4—. Asimismo, la Ley 13/2008, Galicia, precisa que se producirá la caducidad en los procedimientos relativos a la suspensión y revocación de las autorizaciones administrativas —art. 68.2—.

específicos deberes a los titulares de centros y servicios, como de llevanza de registros varios y de comunicación a la Administración competente de determinados datos –como son los precios del establecimiento–³⁸⁷.

Finalmente, las leyes generales de servicios sociales no determinan el carácter temporal o indefinido de estas autorizaciones, si bien en el caso de centros y servicios no integrados en el sistema público, debe recordarse que la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, impone con carácter general su vigencia indefinida, salvo que exista una razón imperiosa de interés general –art. 7.1–³⁸⁸.

3. Acreditación de servicios sociales

A) *La acreditación como un plus de calidad*

Siguiendo aparentemente el criterio de la legislación sanitaria³⁸⁹, las normas reglamentarias que desarrollaron la primera generación de leyes de servicios sociales diferenciaron, por lo común, dos niveles de exigencia de requisitos de los centros de servicios sociales: autorización y acreditación³⁹⁰. Básicamente, mientras las exigencias para obtener la autorización pueden calificarse de requisitos mínimos para que un centro pueda funcionar, con independencia de su integración en el sistema público, es decir, para que el centro sea “legal”, en cambio, los requisitos para obtener la acreditación constituyen un plus de calidad para que el centro pueda adherirse al sistema público de servicios sociales. De este modo, la acreditación supone la exigencia de unas condiciones de calidad en la prestación de los servicios por parte de los centros que supera el estándar de calidad obligatorio para la concesión de la autorización. Podría decirse, en otros términos, que la acreditación representa una homologación de los servicios y centros con un nivel de prestación de servicios

³⁸⁷ El Decreto 284/1996, de 23 de julio, de Regulación del Sistema Catalán de Servicios Sociales, obligó a los titulares de establecimientos de servicios sociales a aportar, entre otra documentación, el programa anual de actividades, hojas de reclamaciones, contrato asistencial, expediente asistencial, libro registro de asistidos, protocolos de actuación y otros registros –art. 18–. De modo similar, la Ley 11/2002, de 18 diciembre, de Ordenación de la Actividad de los Centros y Servicios de Acción Social y de Mejora de la Calidad en la Prestación de los Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, obliga a los centros y servicios autorizados a llevar un Registro de Personal en el que figure el personal que presta sus servicios en el mismo y a comunicar los precios –arts. 17 y 19–.

³⁸⁸ Así, el Decreto 43/2011, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Autorización, Acreditación, Registro e Inspección de Centros y Servicios Sociales de Asturias, suprime el carácter temporal que tenía la autorización.

³⁸⁹ La Ley General de Sanidad –art. 90.5–, dispuso que los centros sanitarios susceptibles de ser concertados por las Administraciones públicas sanitarias deberán ser previamente homologados por aquéllas, de acuerdo con un protocolo definido por la Administración competente.

³⁹⁰ Ley Foral 20/1985, de 25 de octubre, de Concertos en materia de Servicios Sociales; Decreto del Consejo de Gobierno de la Comunidad Valenciana 40/1990; Decreto del Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha 60/1991; Decreto del Consejo de Gobierno de Castilla y León 109/1993, de 20 de mayo. En el ámbito específico de la tercera edad, Ley de Asturias 7/1991, –art. 9–; Ley de Extremadura 2/1994, –art. 22–.

lo suficientemente alto para que la Administración pueda emplearlos como colaboradores del sistema de servicios sociales³⁹¹.

En Andalucía, el sistema de acreditación tendría fundamento en el precepto de la LSSA según el cual la colaboración financiera de los poderes públicos con la iniciativa social requiera el respeto de «las normas de calidad mínima de los servicios que se presten» –art. 29–. Por su parte, el Decreto 87/1996, de Andalucía establece que la acreditación es el acto por el que la Administración garantiza que los Servicios y Centros de Servicios Sociales a quienes se otorga reúnen los mínimos de calidad exigidos reglamentariamente –art. 25–³⁹².

Desde el punto de vista de la disciplina del sector, el sistema de acreditación supone un instrumento más en manos de la Administración competente para ejercer el control, con carácter previo y continuado, sobre los centros y servicios sociales integrados en el sistema de responsabilidad pública. Y este mecanismo se ha incorporado, con innegables variantes, a las leyes modernas autonómicas³⁹³.

En efecto, por lo común, el régimen de acreditación presupone la autorización administrativa y constituye el requisito previo para que los servicios de una entidad puedan integrarse en el sistema autonómico de responsabilidad pública³⁹⁴. Así, el Decreto 87/1996, declara que los servicios y centros de servicios sociales que las entidades públicas o privadas que

³⁹¹ Defensor del Pueblo Andaluz, “Investigación sobre las Residencias de Ancianos Ilegales”, *Informe al Parlamento de Andalucía 1995*, p. 932.

³⁹² Así, el Decreto de Castilla y León 109/1993, de 20 de mayo, definió a la acreditación como el acto por el cual la Administración Social reconoce mediante resolución, que el centro o servicio registrado reúne una especial garantía de calidad e idoneidad para los usuarios.

³⁹³ La Ley Foral 15/2006, en lugar de acreditación, habla de “homologación administrativa” –art. 76–, pero la figura es la misma. Y, de modo similar, la Ley 12/2008, del País Vasco, establece que las entidades privadas, debidamente inscritas y autorizadas, requerirán la previa «homologación» para intervenir en la prestación de servicios sociales integrados en el Sistema Vasco de Servicios Sociales. La previa homologación constituirá un requisito preceptivo para que una entidad privada pueda concertar o contratar, o, en su caso, convenir la provisión de servicios sociales con una administración pública –art. 59.3–. Por su parte, la Ley 1/2003, Asturias, la Ley 11/2003, de la Comunidad de Madrid, y la Ley 3/2003, de la Región de Murcia, no contemplan la figura de la acreditación.

³⁹⁴ Así, la Ley 12/2007, de Cataluña, establece que las entidades de iniciativa privada que lo soliciten pueden formar parte de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública, a cuyo fin previamente deben obtener la correspondiente acreditación de la Administración –art. 70.1–. Por su parte, la Ley 4/2009, de Illes Balears, establece que para poder formar parte de la red pública de servicios sociales, los servicios que prestan las entidades de iniciativa privada de servicios sociales deben cumplir las condiciones necesarias para obtener la acreditación administrativa previa –art. 85–. De modo similar, Ley 13/2008, de Galicia –art. 69.1–; Ley 5/2009, de Aragón –art. 81.1–; Ley 7/2009, de La Rioja –art. 71.1–. O, en fin, la Ley 16/2010, de Castilla y León, según la cual la obtención de la correspondiente acreditación es requisito previo para la celebración de conciertos –art. 64.3–. La excepción sería la Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha, según la cual la acreditación se configura como un distintivo de calidad o excelencia, que «podrá ser considerada como mérito o mejora en los procedimientos de concurrencia pública que la Administración realice para la provisión de prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales, si así se contempla en aquéllos o en la normativa que los regule» –art. 50.2–.

pretendan concertar con la Administración de la Junta de Andalucía deberán, previamente a la concertación ser acreditadas en el nivel de calidad exigido con las normas que se determinen. No obstante, en algunas leyes la acreditación recae sobre la entidad prestadora de los servicios³⁹⁵, mientras que en la mayoría de los casos la acreditación va referida al centro o servicio mismo³⁹⁶.

Sin embargo, en la práctica, aun sorprende la falta de cumplimiento de estas reglas formales de autorización y acreditación. Así, la Cámara de Cuentas de Andalucía, en un informe de fiscalización de las residencias de mayores concertadas con el entonces IASS, correspondiente al ejercicio de 2002 y publicado en el 2005, arrojó el dato de que el 33% de las residencias concertadas estudiadas no disponían ni acreditación y, más sorprendente aún, el 24% no disponían ni tan siquiera de autorización (funcionaban sobre la base de prórrogas indefinidas)³⁹⁷. Pero lo más sorprendente es que en el informe de seguimiento realizado en 2011, aun cuando la situación está considerablemente más regularizada, aún el 31% de los centros residenciales concertados seguían funcionando con una acreditación provisional, y una parte de los centros (24 centros) con acreditación definitiva ésta había caducado y no había sido renovada³⁹⁸.

B) Requisitos y procedimiento de acreditación

En cuanto a cuáles son los requisitos y estándares necesarios para obtener la acreditación, al igual que sucedía con la autorización previa, se trata evidentemente de determinaciones reglamentarias. Y también aquí se ha observado en algunas Comunidades Autónomas un nuevo fenómeno de inactividad normativa. En Andalucía, hasta la Orden de 1 de julio de 1997 (BOJA núm. 81, de 15 de julio de 1997) no se reguló la acreditación de los centros de atención especializada a las personas mayores y personas con discapacidad. Con anterioridad a dicha Orden de 1997, no estaban determinados los requisitos para la acreditación, de

³⁹⁵ Ley 12/2007, de Cataluña –art. 70–; Ley 5/2009, de Aragón –art. 81.1–.

³⁹⁶ Ley Foral 15/2006, de Navarra –art. 76–; Ley 2/2007, de Cantabria –art. 79.1–; Ley 13/2008, de Galicia –art. 69.1–; Ley 4/2009, de Illes Balears –art. 85–; Ley 7/2009, de La Rioja –art. 71.1–; Ley 16/2010, de Castilla y León –art. 64.1–.

³⁹⁷ Los datos se corresponden a un total de 87 centros concertados con el IASS en las provincias de Cádiz, Córdoba, Jaén y Sevilla. BOJA núm. 108, de 6 de junio de 2005. En el informe también se detalla la situación de centros concertados con acreditación caducada. La situación no es muy diferente en otras Comunidades Autónomas. Así, el Justicia de Aragón, señalaba en su informe especial de 2004: "la gran mayoría (de las residencias) no disponen de la licencia de apertura definitiva y no están inscritos en el registro al efecto. La falta de inscripción en el Registro de entidades, servicios y establecimientos de acción social puede obedecer a diversas razones: la clandestinidad del centro, no teniendo la Administración conocimiento de su existencia; no tener la licencia municipal de apertura; el incumplimiento de algún requisito de tramitación o la necesidad de realizar pequeñas modificaciones estructurales. En ocasiones, la residencia cumple todos los requisitos y se encuentra a la espera de que la inspección de centros realice la visita de comprobación para su concesión" (p. 33).

³⁹⁸ Cámara de Cuentas de Andalucía, «Informe de seguimiento de las recomendaciones incluidas en el informe de fiscalización de las residencias de mayores concertadas con el IASS», BOJA 22-11-2011.

modo que la Administración aplicaba por analogía una Resolución de 30 de julio de 1993, del Instituto Andaluz de Servicios Sociales, por las que se determinan las condiciones técnicas que deben reunir los Centros de Atención Especializada para Personas con Minusvalías, para poder suscribir conciertos de plazas con dicho Instituto, con la consiguiente inseguridad jurídica e indefensión para los usuarios de los centros concertados³⁹⁹.

Por su parte, las modernas leyes generales de servicios sociales, si bien son más parcas en esta materia respecto a la autorización, por lo general se refieren a requisitos materiales y funcionales con un nivel de calidad superior al que se establezca para mantener las autorizaciones administrativas, así como a exigencias referentes a la calidad en el empleo del personal profesional⁴⁰⁰, y a la implantación de sistemas de gestión de calidad en la atención de las personas usuarias⁴⁰¹.

En cuanto al procedimiento de acreditación, las leyes generales que contienen alguna determinación optan por atribuir un sentido desestimatorio al silencio administrativo⁴⁰², criterio éste que sí parece más razonable en este procedimiento que en el referido a la autorización previa, pues la integración en el sistema público supone un efecto análogo a lo dispuesto en la LRJPAC para la obtención de facultades derivadas del dominio o del servicio público. Sin embargo, de este criterio se separa el Decreto 87/1996, el cual establece un plazo de tres meses, transcurrido el cual sin que haya recaído y se haya notificado la resolución, la solicitud podrá entenderse estimada –art. 28–.

De otro lado, y a diferencia de la autorización, por lo general, se asigna a la acreditación una vigencia temporal⁴⁰³. Así, el Decreto 87/1996, dispone que la acreditación se otorgará por un período máximo de cuatro años y estará condicionada al cumplimiento de los

³⁹⁹ Y, de modo similar, el Procurador del Común de Castilla y León, Informe especial sobre “La atención residencial de la tercera edad en Castilla y León”, *Boletín Oficial de las Cortes de Castilla y León*, nº 223, 16 de mayo de 1998, p. 209, tuvo también que solicitar a la Administración autonómica a que procediera a la regulación de los requisitos específicos necesarios para la obtención de la acreditación de los centros y servicios de carácter social.

⁴⁰⁰ Ley Foral 15/2006, de Navarra –art. 77–; Ley 4/2009, de Illes Balears –art. 86.1–. La Ley 12/2007, de Cataluña se refiere al establecimiento de unas condiciones laborales homogéneas entre el personal y los profesionales de las entidades integradas en la Red de Servicios Sociales de Atención Pública –art. 70.3–.

⁴⁰¹ Decreto 143/2007, de 12 de julio, sobre Régimen de Autorización y Acreditación de los Programas y de los Centros de Servicios Sociales en Galicia –art. 33–; Ley 2/2007, de Cantabria –art. 79.1–.

⁴⁰² Ley Foral 15/2006, de Navarra –art. 78–; Ley 13/2008, de Galicia –art. 69.2–; Ley 4/2009, de Illes Balears –art. 87.3–; Ley 7/2009, de La Rioja –art. 73.2–.

⁴⁰³ Así, la Ley 2/2007, de Cantabria, establece que los certificados de acreditación se otorgarán por un período máximo de cuatro años, quedando sujetos a las verificaciones que se consideren oportunas en dicho período –art. 79.4–. Plazo de vigencia que coincide con el fijado en el Decreto 143/2007, de 12 de julio, sobre Régimen de Autorización y Acreditación de los Programas y de los Centros de Servicios Sociales en Galicia –art. 36.1–. Por su parte, la Ley 7/2009, La Rioja, se limita a prever que la vigencia de la acreditación administrativa se determinará reglamentariamente –art. 73.3–. Asimismo, de la referencia de la Ley 16/2010, de Castilla y León, a las renovaciones oportunas –art. 64.2–, se desprende también su vigencia temporal.

requisitos señalados para la misma –art. 29–. Asimismo, el incumplimiento de los estándares de calidad definidos en la acreditación dará lugar a la revocación o suspensión de la acreditación concedida, previa incoación del procedimiento correspondiente, en el que se garantizará en todo caso la audiencia a la persona interesada⁴⁰⁴.

C) *Derechos y deberes de los servicios acreditados*

En relación con los efectos que se atribuyen al acto de acreditación se aprecian importantes diferencias. Así, mientras en Cataluña se establece que la acreditación de una entidad de iniciativa privada comporta el derecho de prestar servicios con financiación pública (eso sí, «de acuerdo con lo establecido por la normativa reguladora de servicios sociales y el convenio de colaboración»)⁴⁰⁵, por lo general, las leyes autonómicas se limitan a declarar que la previa acreditación u homologación constituya un requisito preceptivo para que una entidad privada pueda concertar o contratar la provisión de servicios sociales con una Administración pública⁴⁰⁶, pero sin que la obtención de la acreditación otorgue derecho alguno a exigir ni la concertación ni la contratación de sus servicios⁴⁰⁷. Y, en este sentido, el Decreto 87/1996, configura la acreditación exclusivamente como un requisito previo para concertar servicios con la Administración de la Junta de Andalucía –art. 27–, sin perjuicio de que los centros acreditados asuman determinados deberes adicionales. Y lo cierto es que, en propiedad, la acreditación se limita a constatar la aptitud de un centro o servicio para formar parte del Sistema público⁴⁰⁸, pero su efectiva integración en el mismo, así como su grado de integración (ej., número de plazas concertadas) dependerá en cada caso de la capacidad del Sistema.

⁴⁰⁴ Ley Foral 15/2006, de Navarra (art. 79) y la Ley 4/2009, de Illes Balears (art. 88). Por su parte, el Decreto 87/1996, –art. 31–, establece que los Centros o Servicios perderán la acreditación por los motivos que se indican a continuación: a) Haber sido sancionado por incumplimiento de la normativa asistencial, sanitaria. Municipal, fiscal o laboral y de Seguridad Social sin perjuicio de las demás responsabilidades que puedan proceder. b) Por solicitud de los interesados, la resolución que se adopte fijará la fecha efectiva de la baja, atendiendo a la terminación de los programas concertados con dicho Centro Directivo que se encuentren pendientes o en curso de realización. c) Incumplir las condiciones exigidas para la acreditación de Centros o Servicios. Es evidente que en tales casos debe respetarse el derecho a la audiencia previa (art. 84 LRJPAC).

⁴⁰⁵ Ley 12/2007, de Cataluña –art. 70.2–. Posiblemente debido a este efecto, la acreditación se organiza mediante convocatoria pública. Por ejemplo, Orden ASC/32/2008, de 23 de enero, de Convocatoria para el año 2008, para la acreditación de entidades colaboradoras de varios programas en el ámbito de los servicios sociales.

⁴⁰⁶ Ley 16/2010, de Castilla y León –art. 64.3–. En cambio, en el Decreto 143/2007, de 12 de julio, sobre Régimen de Autorización y Acreditación de los Programas y de los Centros de Servicios Sociales en Galicia, la acreditación no es una condición previa sino un criterio de preferencia para concertar con la Administración autonómica –art. 34–, lo que parece implicar que es posible concertar servicios si ostentar la acreditación previa.

⁴⁰⁷ Así, expresamente, Ley 12/2008, del País Vasco –art. 59.3–.

⁴⁰⁸ Así, art. 81 Ley 5/2009, de Aragón, art. 85 Ley 4/2009, de Illes Balears.

En efecto, de las leyes autonómicas se desprende la obligación de las entidades o centros acreditados de facilitar a la Administración competente una información económico-financiera y de gestión que permita la evaluación objetiva del servicio prestado y a la satisfacción de las personas usuarias, parámetros que van más allá del mero cumplimiento estricto de la legalidad⁴⁰⁹. Y, además, es esencial al sistema de acreditación que el centro o servicio acreditado se someta a evaluaciones periódicas de su nivel de calidad⁴¹⁰.

En Andalucía, el Decreto 87/1996, –art. 30–, obliga a los centros acreditados los deberes siguientes: a) Remitir anualmente la memoria de actividades del Centro. b) Comunicar anualmente las variaciones en las plantillas de personal en sus aspectos cuantitativos y cualitativos. c) Remitir balance económico del ejercicio anterior y los Presupuestos del Centro para cada año en curso, dentro de los quince días siguientes a su aprobación. Por ello, es sorprendente que la inspección de Servicios Sociales no haya contemplado durante lustros la fiscalización del mantenimiento del cumplimiento de los requisitos relativos a la acreditación de los Centros concertados⁴¹¹.

Por lo demás, en alguna Comunidad Autónoma se establece entidades acreditadas de iniciativa social tienen, además, el derecho a participar mediante sus asociaciones representativas en el Consejo Andaluz de Servicios Sociales, en los términos que se determinen reglamentariamente⁴¹². Finalmente, es interesante el deber de publicidad previsto en alguna norma autonómica, en virtud del cual La Consejería competente en materia de servicios sociales hará pública, de forma anual, una relación de los servicios que cuenten con la acreditación⁴¹³.

⁴⁰⁹ Ley Foral 15/2006, de Navarra –art. 77–; Ley 12/2007, de Cataluña –art. 70.3–; Ley 4/2009, de Illes Balears –art. 86.1–. Así, según el Decreto 87/1996, de Andalucía, la acreditación comporta una serie de obligaciones adicionales, como remisión anual de la memoria de actividades del centro y del balance económico del año anterior y de los presupuestos del año en curso, variaciones de las plantillas –art. 30–.

⁴¹⁰ Ley Foral 15/2006, de Navarra –art. 79.1–, que prevé la ordenación por reglamento del procedimiento de evaluación.

⁴¹¹ Así, la Cámara de Cuentas de Andalucía, en el Informe de 2002 otras veces citado (*BOJA* núm. 108, de 6 de junio de 2005), señaló que la Inspección sólo había revisado el cumplimiento de los requisitos mínimos materiales y funcionales, aquellos que son exigidos a efectos de la mera autorización del centro. No obstante, en el posterior «Informe de seguimiento de las recomendaciones incluidas en el informe de fiscalización de las residencias de mayores concertadas con el IASS» (*BOJA* 22-11-2011) se indica que desde el 2005 el Plan General de Inspección contempla dentro de su alcance tanto la comprobación del cumplimiento de los requisitos materiales y funcionales obligatorios para la autorización de funcionamiento, como de los requisitos de calidad necesarios de las residencias concertadas para obtener la acreditación.

⁴¹² Así, Ley 12/2007, de Cataluña (art. 70).

⁴¹³ Así, Ley Foral 15/2006, de Navarra (art. 81).

4. Colaboración de la iniciativa privada con el sistema público de servicios sociales

Como se ha dicho antes, las entidades de iniciativa privada acreditadas pueden concertar sus servicios con la Administración así como gestionar servicios sociales de titularidad pública. A este respecto, aun cuando ha existido una práctica a acordar estos servicios mediante convenios de colaboración, sobre todo en el caso de iniciativa social no lucrativa, en la actualidad, Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, obliga a utilizar el correspondiente contrato administrativo, de modo que se garantiza el respeto a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, de acuerdo con la normativa de contratos del sector público, incluyendo los criterios de preferencia en la adjudicación de contratos a los cuales hace referencia la propia la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (Disposición Adicional Sexta).

Cuestión distinta es que el concierto, como modalidad contractual, precisa de un adecuado desarrollo reglamentario, que defina los derechos y obligaciones recíprocas en cuanto a régimen económico, duración, prórroga y extinción del contrato, garantizando en todo caso la equivalencia en la calidad de las prestaciones de las personas usuarias con las del sector público⁴¹⁴. En efecto, es fundamental que la Administración vele especialmente por la garantía de la calidad y de los estándares mínimos de prestación de los servicios, pues la concertación del servicio no supone la pérdida ni la modificación de la naturaleza de servicio integrado en el sistema de servicios sociales de responsabilidad pública⁴¹⁵. En tal sentido, es de interés alguna disposición autonómica conforme a la cual el acceso a las plazas concertadas con entidades privadas se realizará siempre a través de la Administración pública concertante⁴¹⁶.

5. Registro de Servicios Sociales

La LSSA –art. 25–, dispone que la iniciativa social, a través de las entidades privadas, podrá colaborar en el Sistema Público de Servicios Sociales regulado por la presente Ley siempre que observe el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Inscripción previa en el Registro de Entidades y Centros de Servicios Sociales en Andalucía, que habrá de desarrollarse reglamentariamente.

Lo cierto es que al igual que en otros sectores y como un instrumento de ordenación mismo, las normas autonómicas contemplan un registro administrativo de entidades y centros de servicios sociales, en el que constan todos los centros y servicios autorizados, así

⁴¹⁴ Así, Ley 12/2008, del País Vasco (art. 61).

⁴¹⁵ Así, Ley 12/2007, de Cataluña (art. 75), Ley 4/2009, de Illes Balears (art. 89).

⁴¹⁶ Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 42).

como las entidades de iniciativa privada de servicios sociales que sean titulares y/o gestionen dichos centros y servicios. Así, en Andalucía, se denomina Registro de Entidades, Servicios y Centros, que establece que el registro tiene carácter público, y constituye un instrumento de conocimiento planificación, ordenación y publicidad de los Servicios Sociales existentes en la Comunidad Autónoma de Andalucía (arts. 18 y 19 Decreto 87/1996)⁴¹⁷.

Generalmente se diferencia entre la inscripción de centros y servicios, la cual debe efectuarse de oficio por la Administración, con ocasión de la autorización administrativa, y la inscripción de la entidad misma, que puede ser también de oficio, a consecuencia de la inscripción registral del centro o servicio dependiente de esa Entidad, o, en otro caso, mediante solicitud de la entidad interesada (arts. 20 y 21 Decreto 87/1996)⁴¹⁸. Curiosamente el Decreto 87/1996, no determina el contenido de las inscripciones, cuando algunas leyes modernas sí lo hacen⁴¹⁹.

De este modo, la inscripción carece de relevancia a efectos del legítimo inicio de la actividad de prestación de servicios sociales, pues la licitud del mismo dependerá exclusivamente de que se ostente o no la autorización, pero no puede reprocharse a la iniciativa privada la falta de inscripción de un centro o servicio en el registro, cuando corresponde a la Administración proceder de oficio a su alta. Así, el Decreto 87/1996, –art. 24–, dispone que la inscripción «no tendrá efectos constitutivos». Por tanto, la inscripción en el registro de servicios sociales no confiere a las personas interesadas más derechos que la constancia de los actos y datos de los que trae causa. Ahora bien, el Decreto 87/1996, –art. 24–, añade que la inscripción de la entidad y del centro o servicio será requisito indispensable para la celebración de conciertos o convenios y concesión de subvenciones o cualquier clase de ayuda de la Administración Autonómica de Andalucía en materia de Servicios Sociales, lo cual sólo se entiende en el caso de entidades que no sean titulares de centros o servicios, pues en el resto de los casos debe realizarse de oficio por la Administración, con objeto de respetar lo establecido en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio⁴²⁰.

⁴¹⁷ La Ley 5/2009, de Aragón, diferencia entre entidades de iniciativa social y mercantil (art. 82).

⁴¹⁸ De modo similar, Ley 12/2008, del País Vasco –art. 53– y Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha –art. 51–. En el caso de que la Ley permita obtener la autorización por silencio administrativo, debe preverse que la entidad titular del centro o servicio pueda instar su inscripción en el Registro.

⁴¹⁹ Por lo común, en el registro de servicios sociales constan los siguientes datos: a) Los centros y servicios autorizados y, en su caso, acreditados de los que sea titular la entidad. b) La relación de conciertos, contratos o convenios de colaboración establecidos con cada entidad privada. c) Las incidencias que se produzcan como consecuencia del ejercicio de las funciones de inspección y sanción establecidas por las leyes y las incidencias que afecten al régimen de autorización y acreditación. d) La composición actualizada de los órganos de gobierno y administración de las entidades privadas. e) Las cuentas anuales auditadas de las entidades privadas acreditadas. Por ejemplo, Ley 12/2007, de Cataluña (art. 72) y de la Ley 4/2009, de Illes Balears (art. 84).

⁴²⁰ Así, art. 84 Ley 4/2009, de Illes Balears, art. 53 Ley 12/2008, del País Vasco, o art. 51 Ley 14/2010, de Castilla La Mancha. En este sentido, cabe citar el Acuerdo de la Comisión de Cooperación entre la Comunidad de Castilla y

6. Fomento de la iniciativa social

Como se ha señalado antes, la LSSA –art. 25–, dispuso que la iniciativa social, a través de las entidades privadas, podrá colaborar en el Sistema Público de Servicios Sociales regulado por la presente Ley siempre que observe el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Inscripción previa en el Registro de Entidades y Centros de Servicios Sociales en Andalucía, que habrá de desarrollarse reglamentariamente. b) Cumplimiento de las normas de adecuación a los programas establecidos por la Administración, de conformidad con lo preceptuado en la presente Ley. Además, la LSSA –art. 29–, declaró que la colaboración financiera de los poderes públicos con la iniciativa social, que tendrá carácter *subsidiario*, se ajustará a fórmulas regladas y estará condicionada al cumplimiento de los objetivos señalados en el Plan Regional de Servicios Sociales, a las normas de calidad mínima de los servicios que se presten y al control e inspección de la aplicación de los fondos públicos recibidos.

En relación con el Registro, como nos consta, el Decreto 87/1996, declara que la inscripción de la Entidad y del Centro o Servicio será requisito indispensable para la celebración de conciertos o convenios y concesión de subvenciones o cualquier clase de ayuda de la Administración autonómica de Andalucía en materia de servicios sociales. Por tanto, lo que destaca es la exigencia de que las entidades de iniciativa social en la realización de actividades de servicios sociales se ajusten a la política definida por la planificación estratégica de servicios sociales, esto es a las directrices de la planificación de servicios sociales aprobada por el Gobierno autonómico⁴²¹.

Por lo demás, en algunas Comunidades Autónomas se establece que las Administraciones públicas fomentarán en especial a las organizaciones de ayuda mutua, entendiendo por tales aquellas entidades de iniciativa social cuyas socias sean, principalmente, las personas que afrontan directamente una situación de necesidad o dificultad y/o sus familiares⁴²². De modo similar, entendemos que debería valorarse en especial a las asociaciones que trabajen en el campo de los servicios sociales y sean declaradas de interés público de Andalucía, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4/2006, de 23 de junio, de Asociaciones de Andalucía⁴²³.

León y el Estado en relación con la Ley 16/2010, de Servicios Sociales, de Castilla y León, en virtud del cual el artículo 58 de la Ley ha de interpretarse en el sentido de que la inscripción en el Registro de entidades, servicios y centros del sistema de servicios sociales, será realizada de oficio y no tendrá carácter constitutivo para el acceso a la actividad.

⁴²¹ Así, Ley 12/2007, de Cataluña (arts. 76 y 78) y Ley 5/2009, de Aragón (arts. 83 y 84).

⁴²² Ley 12/2008, del País Vasco (art. 75).

⁴²³ Ley 4/2006, de 23 de junio, de Asociaciones de Andalucía (art. 36), contempla la declaración de interés público de Andalucía a las asociaciones que desarrollen fines, entre otros, de asistencia social, de promoción de la mujer, de promoción y protección de la familia, de protección de la infancia, promoción de la juventud, de fomento de la igualdad de oportunidades y de la tolerancia, de promoción del voluntariado social, y de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales, económicas o culturales.

X. CALIDAD

1. La calidad como principio y estrategia del sistema público de servicios sociales

La única referencia expresa contenida en la LSSA a la calidad de los servicios sociales es a propósito de la colaboración financiera de los poderes públicos con la iniciativa social, la cual deberá respetar «las normas de calidad mínima de los servicios que se presten» –art. 29–. A partir de este precepto, como nos consta, se articuló el sistema de acreditación de servicios y centros, regulado en la actualidad en el Decreto 87/1996. Sin embargo, hoy en día, la calidad es un imperativo de todos los servicios públicos, tal como exige el Estatuto de Autonomía para Andalucía –art. 37.1.1^o–⁴²⁴. Y, en este sentido, las modernas leyes de servicios sociales declaran que la calidad constituye un principio rector del sistema público de servicios sociales y un derecho de las personas usuarias⁴²⁵.

Pero ello exige ir más allá del simple sistema de acreditación inicial e implementar verdaderos sistemas de gestión de la calidad, que incluyan los criterios y los estándares de calidad de las prestaciones, servicios y programas que integran el sistema, así como los mecanismos de evaluación y garantía del cumplimiento. En efecto, es evidente que la promoción de la cultura de la calidad es un buen instrumento para garantizar la atención de los usuarios y el respeto a sus derechos⁴²⁶. Asimismo, los sistemas de gestión de la calidad permiten obtener ventajas en el mercado de cara a los usuarios o a recibir el voto de confianza por parte de las entidades que aportan la financiación, y sirven de complemento para la actuación de control a cargo de la Administración, dado que una de las características de los sistemas de gestión de la calidad es la introducción de mecanismos de autoevaluación y evaluación externa de los servicios.

En Andalucía, y de acuerdo con el modelo de la evaluación de la calidad de los servicios públicos de la Administración Junta de Andalucía⁴²⁷, se está optando por un sistema basado en el modelo EFQM (Modelo de la Fundación Europea para la Gestión de Calidad), elaborado por la Fundación Europea de Gestión de la Calidad (European Foundation for Quality

⁴²⁴ Además, el artículo 24 del Estatuto establece que las personas con discapacidad y las que estén en situación de dependencia tienen derecho a acceder, en los términos que establezca la Ley, a las ayudas, prestaciones y *servicios de calidad* con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social.

⁴²⁵ Ley 2/2007, de Cantabria (art. 81); Ley 12/2007, de Cataluña (art. 82); Ley 13/2008, de Galicia (art. 49); Ley 4/2009, Baleares (art. 92); Ley 5/2009, de Aragón (art. 62).

⁴²⁶ Véase un introducción general en V. MANTECA VALDELANDE, «La calidad de los servicios públicos en la Administración Pública Española», *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 66, 2007.

⁴²⁷ La normativa de calidad de los servicios de la Administración de la Junta de Andalucía se remonta al aún vigente Decreto 317/2003, de 18 de noviembre, por el que se regulan las Cartas de Servicios, el sistema de evaluación de la calidad de los servicios y se establecen los Premios a la Calidad de los Servicios Públicos, modificado por Decreto 177/2005, de 19 de julio, con la finalidad de extender su aplicación a empresas y fundaciones del sector público andaluz.

Management), el cual incorpora un proceso de evaluación externa llevado a cabo con la colaboración de una entidad externa que actúa bajo la supervisión de la Administración⁴²⁸.

Ahora bien, en la implementación de esta política de calidad pueden diferenciarse hasta tres tipos de normas. En primer lugar, están las normas que tratan de incentivar a los centros integrados en el sistema público a incorporar a una evaluación de calidad, pero sin imponer esta evaluación. Así, por ejemplo, en Andalucía, la Orden de 5 de julio de 2007, por la que se establece el sistema de evaluación externa de la calidad de los centros residenciales y de día para personas con discapacidad propios, concertados y conveniados con la Consejería competente, establece un sistema voluntario, si bien incentivado, pues los gastos pueden ser sufragados por la Administración autonómica.

En segundo lugar, se encuentran las normas que imponen obligatoriamente a los centros y servicios integrados en el sistema de responsabilidad pública, con independencia de que se trate de centros y servicios de titularidad pública o privada. En Andalucía, sería el caso del Decreto 33/2008, de 5 de febrero, de Centros y Servicios de Reforma Juvenil, el cual obliga a estos centros, tanto de titularidad pública como privada, a implantará sistemas de gestión de calidad y mejora continua cuyo objetivo principal será la reinserción de los menores –art. 13–, si bien se trata fundamentalmente de programas de autoevaluación⁴²⁹. Y en esta línea se sitúa la mayor parte de las modernas leyes generales de servicios sociales⁴³⁰. Así, cabe destacarla Ley de La Rioja 3/2007, de 1 de marzo, de Calidad de los Servicios Sociales, la cual prevé un programa de implantación de sistemas de evaluación de la calidad de los Servicios Sociales aplicable a las entidades, centros y servicios que integran el Sistema Público de Servicios Sociales –art. 2–⁴³¹.

Y, en tercer lugar, están las normas que imponen la implantación de sistemas de calidad inclusive a centros de servicios sociales no integrados en el sistema público. Así, cabe señalar que tal vez la primera ley autonómica en llevar a un primer plano la cultura de la calidad en esta materia, la Ley 11/2002, de 18 de diciembre, de Ordenación de la Actividad de los Centros y

⁴²⁸ Por ejemplo, Orden de 5 de julio de 2007, por la que se establece el sistema de evaluación externa de la calidad de los centros residenciales y de día para personas con discapacidad propios, concertados y conveniados con la Consejería competente.

⁴²⁹ También sería el caso, por ejemplo, del Decreto del Gobierno valenciano 90/2002, de 30 de mayo, sobre Control de la Calidad de los Centros y Servicios de Acción Social y sus Entidades Colaboradoras, en el cual se establece claramente que el importe económico de las evaluaciones de calidad será sufragado por las personas físicas o jurídicas titulares de los centros y servicios que se sometan a evaluación –art. 3–.

⁴³⁰ Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales de Navarra –art. 81–; Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco –art. 76–; Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de Servicios Sociales de Galicia; Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja –art. 55–.

⁴³¹ La Ley entiende por programa de evaluación los procesos integrales y continuados de análisis de los centros, de los servicios prestados y de las actividades de las unidades organizativas a partir de las necesidades de las personas usuarias y de los compromisos declarados –art. 13–.

Servicios de Acción Social y de Mejora de la Calidad en la Prestación de los Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, obligó a la Comunidad Autónoma a impulsar la implantación de sistemas de evaluación de la calidad de los servicios prestados por los centros de servicios sociales (por tanto, todos los autorizados), entendiéndose por evaluación de la calidad el proceso integral y continuado de medición del servicio prestado a partir de los compromisos declarados, las necesidades de los usuarios y los programas de mejora desarrollados –art. 12.1–. Pero, además, de modo específico, esta Ley obliga a los centros residenciales autorizados con cien o más usuarios a tener certificado de evaluación de calidad emitido por Organismo acreditado a tal efecto, y que debe contemplar, en todo caso, los siguientes parámetros; satisfacción del usuario, profesionalización de la gestión, formación continua del personal y mejora continua de los procesos, así como las condiciones de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas. Por su parte, los centros y servicios con menos de 100 usuarios deben realizar una “evaluación interna de la calidad de los servicios prestados de acuerdo con los requisitos que se definan reglamentariamente” –art. 12.5–⁴³². Criterios seguidos por la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales de Cantabria⁴³³.

A nuestro modo de ver, la situación actual en Andalucía es marcadamente deficiente, pues no existe una política y una normativa general que garantice la calidad de los servicios sociales que se prestan en la Comunidad Autónoma. Tal estrategia de calidad y las normas en las que se plasme deberían, al menos, obligar a todos los centros y servicios que integran el sistema público de servicios sociales, con independencia de su titularidad pública o privada. Entre los programas a desarrollar, dentro del marco de la Estrategia de Calidad, deberán figurar los siguientes: a) Criterios de calidad y seguridad para los centros y servicios. b) Indicadores de calidad para la evaluación, mejora continua y análisis comparado de los centros y servicios sociales. c) Guías de buenas prácticas. d) Cartas de servicios. e) Criterios de calidad en el empleo. f) Formación continua de los profesionales del sistema y su participación en el diseño de los procesos de mejora. g) Mecanismos de tramitación de sugerencias, quejas y reclamaciones de las personas usuarias o de mediación o arbitraje⁴³⁴.

⁴³² Dichos requisitos podrán referirse a la elaboración de cartas de servicio, definición de protocolos específicos de actuación, certificación de procesos concretos, sistemas de información, definición de estándares e indicadores y planes de formación –art. 12.5–.

⁴³³ La Ley 2/2007, Cantabria, establece que todos los centros y entidades, tanto públicos como privados, de servicios sociales estarán obligados a realizar, periódicamente, una evaluación interna de la calidad de los servicios prestados, a excepción hecha de los centros residenciales que cuenten con más de cien plazas, concertadas o no, que estarán obligados a contar con un sistema de gestión de la calidad certificado por un organismo acreditado a tal efecto, debiendo estar expuesto en lugar visible la certificación expedida por dicho organismo –art. 81.3–. La gestión de la calidad de los servicios prestados por los centros y entidades tanto públicos como privados, se realizará respetando el contenido y los requisitos mínimos, funcionales y materiales, que se establezcan reglamentariamente incluyendo, en todo caso, los siguientes parámetros: satisfacción de la persona usuaria, profesionalización de la gestión, formación continua del personal, fomento de la igualdad de oportunidades y mejora continua de los procesos, así como las condiciones de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas y de la comunicación –art. 81.2–.

⁴³⁴ Ley 12/2007, de Cataluña (art. 85, Plan de Calidad); Ley 13/2008, de Galicia (art. 51, Plan de Calidad); Ley 4/2009, de Baleares (art. 95, Plan de Calidad) y, sobre todo, Ley 5/2009, de Aragón (art. 63, Estrategia de Calidad).

Pero, además, el Consejo de Gobierno deberá extender la aplicación de las normas de calidad a aquellos centros y servicios de la iniciativa privada no integrados en el sistema público de Servicios Sociales, como los de tipo residencial, que por su relevancia se considere conveniente para garantizar los derechos de los usuarios.

En este sentido, la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña, dispuso que las normas sobre calidad de los servicios sociales se aplican a la iniciativa pública y privada en materia de servicios sociales y obligan a las administraciones competentes, las entidades de iniciativa privada y los profesionales y proveedores de servicios sociales –art. 83–⁴³⁵. De este modo, las entidades privadas no integradas en el sistema de responsabilidad pública se ajustarán a los criterios de calidad que legalmente se establezcan como necesarios para obtener la autorización administrativa requerida para el ejercicio de su actividad o la acreditación necesaria para la prestación de determinados servicios o prestaciones públicas⁴³⁶.

Por último, debe señalarse que, al menos en relación con los servicios y centros no integrados en el sistema público, su sujeción a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, obliga a las Administraciones Públicas a fomentar un elevado nivel de la calidad de los servicios –art. 26.1–⁴³⁷.

2. Sistema de Información en Servicios Sociales

Relacionado con la política de calidad, uno de los aspectos ausentes en la LSSA y que ordenan las modernas leyes autonómicas de servicios sociales es la creación de un Sistema de Información en Servicios Sociales, integrado por todos los datos relativos a la atención social de los usuarios del sistema de servicios sociales, con los objetivos de evitar duplicidades y mejorar la atención a las personas destinatarias de los servicios sociales⁴³⁸.

⁴³⁵ Precepto prácticamente reproducido por la Ley 4/2009, Illes Balears –art. 93–, y por la Ley 5/2009, Aragón –art. 62.3–. De modo similar la Ley 16/2010, Castilla y León, establece que los criterios de calidad informarán la normativa sobre registro, autorización y acreditación y el desarrollo de los planes de calidad que sean aplicables a toda actividad que en materia de servicios sociales desarrollen en Castilla y León, la Administración de la Comunidad, las entidades locales competentes y las entidades privadas –art. 49.3–.

⁴³⁶ Ley 5/2009, Aragón –art. 62.3–; Ley 14/2010, Castilla-La Mancha –art. 75.4–.

⁴³⁷ Para lograr esta finalidad puede utilizarse, entre otros, de los siguientes instrumentos: i) La evaluación o certificación de sus actividades por parte de organismos independientes (acreditados). ii) La elaboración de su propia carta de calidad o la participación en cartas o etiquetas de calidad elaboradas por organizaciones empresariales o profesionales a nivel comunitario.

⁴³⁸ Ley 12/2007, de Cataluña (art. 42); Ley 4/2009, Baleares (art. 49); Ley 12/2008, País Vasco (art. 79) y Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 26).

Para la efectividad de este sistema de información, las leyes explicitan el deber de las Administraciones públicas andaluzas y de las entidades privadas que colaboren con el sistema público de servicios sociales o perciban fondos públicos, de aportar la información necesaria para el buen funcionamiento y para la permanente actualización del Sistema de Información sobre Servicios Sociales, en los términos y con la periodicidad que se determine reglamentariamente⁴³⁹.

Asimismo, en aras de cumplir la reserva de ley exigida por el artículo 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, es importante que la Ley explicita la autorización para registrar los datos personales de los usuarios, de tal modo que las Administraciones públicas competentes no precisarán obtener el consentimiento de las personas para registrar sus datos en el sistema de información, siempre y cuando vayan a recibir atención social del sistema de servicios sociales⁴⁴⁰. En cualquier caso, el acceso y la utilización del sistema deberá garantizar la privacidad de los datos de carácter personal, así como la seguridad de las comunicaciones en el intercambio de información sobre datos de carácter personal entre los agentes del sistema que sean estrictamente necesarios para el acceso a las prestaciones.

Además, en aplicación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, la cual establece que los poderes públicos de Andalucía, para garantizar de modo efectivo la integración de la perspectiva de género en su ámbito de actuación, deberán incluir sistemáticamente la variable sexo en las estadísticas, encuestas y recogida de datos que realicen (art. 10), todos los datos del sistema informativo social deben recogerse, compilarse, analizarse y presentarse desglosados por sexos. Y, por último, el sistema de información en servicios sociales deberá coordinarse con el Sistema Estadístico de Andalucía, pues de conformidad con la Ley 4/1989, de 12 diciembre, de Estadística de la Comunidad Autónoma de Andalucía, modificada por Ley 4/2007, de 4 de abril, toda actividad estadística para fines de la Comunidad Autónoma de Andalucía, debe integrarse en dicho sistema.

3. Los profesionales de los servicios sociales

Generalmente en el marco de la estrategia de calidad de los servicios sociales, las modernas leyes del sector contienen una breve ordenación del régimen de los profesionales de los servicios sociales. Ello es así porque si hay un elemento que destaca sobremanera en los servicios sociales es el capital humano, pues se trata de servicios personales, en mayor medida que en otros sistemas en los que factor tecnológico también es importante

⁴³⁹ La Ley 12/2008, País Vasco, va más allá de las entidades colaboradoras, pues hace derivar directamente de la autorización de funcionamiento.

⁴⁴⁰ Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 26).

(como los servicios sanitarios). De aquí la pertinencia de abordar el régimen de los profesionales desde la política de calidad.

Básicamente, conviene declarar que el sistema público de servicios sociales habrá de contar con el personal suficiente, con la titulación adecuada, los conocimientos, la estabilidad laboral, el reconocimiento social y las capacidades y aptitudes precisas para garantizar la eficacia y la eficiencia en la prestación de los servicios sociales, debiendo procurarse la homogeneización de los perfiles con relación a las funciones que deban desarrollarse⁴⁴¹.

Para ello, es preciso que el Gobierno autonómico determine las cualificaciones profesionales idóneas para el ejercicio de las actividades profesionales necesarias para la aplicación del catálogo de prestaciones y servicios del sistema. Más aún, en el algún caso, de modo acertado, se considera la estabilidad del empleo de las personas profesionales de servicios sociales como criterio evaluable en el acceso a la financiación pública por parte de las entidades prestadoras de servicios sociales⁴⁴².

Asimismo, algunas de las modernas leyes declaran una serie de derechos y deberes de los profesionales de los servicios sociales, ya sean éstos de titularidad pública o privada⁴⁴³. Entre los primeros, y además de los derechos y deberes que les reconoce y les impone la legislación aplicable a cada uno de ellos, pueden señalarse los siguientes derechos:

- a) Derecho a acceder a una información y orientación que faciliten la adecuación de la atención profesional a las necesidades de las personas usuarias, así como la adaptación de los profesionales a las características de los servicios.
- b) Derecho a recibir una formación continua, con vistas a garantizar la adecuación de la práctica profesional a criterios de buenas prácticas. En general, la formación del personal vinculado al sistema público de servicios sociales, tanto en servicios de titularidad pública como en centros privados acreditados, debe estar dirigida a la mejora y adecuación de la cualificación de las personas profesionales que se dedican a su prestación, potenciando sus conocimientos, capacidades y aptitudes tanto en relación mejora de la eficacia y la eficiencia en la atención social, como los relacionados con la mejora en la gestión⁴⁴⁴. Más aún, en algunos casos se prevé que los programas de formación estarán encuadrados en el marco del Plan Estratégico de Servicios Sociales, y su desarrollo podrá efectuarse directamente por la Administración autonómica o bien a través de

⁴⁴¹ Ley 12/2007, de Cataluña (art. 43).

⁴⁴² Ley 13/2008, de Galicia (art. 25).

⁴⁴³ Ley Foral 15/2006, de Navarra (art. 63); Ley 12/2007, de Cataluña (art. 45); Ley 12/2008, País Vasco (arts. 11 y 12); Ley 5/2009, de Aragón (art. 66).

⁴⁴⁴ Ley 5/2009, de Aragón (art. 68).

convenios de colaboración con otras entidades y, en particular, con las Universidades y centros de formación⁴⁴⁵.

- c) Derecho a participar individual o colectivamente en las decisiones que les afecten y en la organización de los servicios, y a acceder a los cauces de información, sugerencia y queja que permitan el ejercicio efectivo y la defensa de sus derechos.
- d) Derecho a que las organizaciones en las que trabajen adopten las medidas de prevención y atención necesarias ante situaciones provocadas por factores psicosociales que afecten al estado emocional, cognitivo, fisiológico y de comportamiento de los profesionales. Como es bien sabido, fue precisamente en el ámbito de los profesionales de los servicios sociales en el cual se diagnosticó por vez primera el síndrome del burnout.
- e) Derecho a que los responsables de los servicios, los demás profesionales y los usuarios y sus acompañantes los traten con respeto y corrección.

Además, como deberes específicos de los profesionales de los servicios sociales, se contemplan los siguientes:

- a) Cumplir con los preceptos de una adecuada deontología profesional, promoviendo buenas prácticas relativas a la ética profesional.
- b) Respetar la confidencialidad de la información de carácter personal obtenida en el desempeño de la actividad profesional. Ni que decir tiene que la información de los usuarios de servicios sociales suele afectar al ámbito estricto de la intimidad personal y familiar (datos sobre relaciones personales y familiares, información médica...).
- c) Conocer y cumplir la normativa reguladora vigente en el ámbito de los servicios sociales y de modo particular aquella que afecta a los servicios y programas en los que desempeña su actividad profesional.
- d) Mantener en sus relaciones con otras personas, profesionales o usuarias, un trato respetuoso y no discriminatorio.
- e) Poner en conocimiento de las personas con responsabilidad en la gestión de los servicios las irregularidades o anomalías que se observen en el funcionamiento, la organización o las instalaciones del mismo, así como aquellas que considere suponen vulneración de derechos. En este último caso es evidente el conflicto que puede surgir con la dirección de la organización a la que sirve el profesional.

⁴⁴⁵ Ley 2/2007, de Cantabria (art. 85); Ley 12/2007, de Cataluña (art. 80); Ley 4/2009, de Baleares (art. 97); Ley 5/2009, de Aragón (art. 68); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 78).

4. Investigación e innovación tecnológica

Por último, las modernas leyes de servicios sociales obligan a las Administraciones públicas a impulsar la investigación científica y la innovación tecnológica en el ámbito de los servicios sociales, a fin de lograr la mayor eficiencia en la prestación de los diferentes servicios⁴⁴⁶. Para ello, las Administraciones públicas deben fomentar la realización de estudios e investigaciones sobre las necesidades emergentes de atención social, sobre los factores que inciden en la demanda y sobre la evaluación de los elementos organizativos y de gestión del sistema, así como su coordinación y complementariedad con el Sistema Sanitario para optimizar la atención integral de las personas⁴⁴⁷. En caso de Andalucía, las Administraciones competentes podrán emplear a tal fin los instrumentos de colaboración previstos en la Ley 16/2007, de 3 de diciembre, Andaluza de la Ciencia y el Conocimiento.

XI. INSPECCIÓN

1. Insuficiencias en la ordenación y consecuencias

Para la garantía del cumplimiento de la legalidad en materia de centros y servicios sociales, como en cualquier otra materia, es fundamental el ejercicio por parte de las Administraciones competentes para ello de la potestad inspectora. Así, ya en 1990 el Defensor del Pueblo exhortó a las Administraciones Públicas competentes a ejecutar programas de inspecciones de las residencias privadas de la tercera edad, al objeto de garantizar que la atención a los residentes se desarrolle en un marco acorde con la dignidad humana y acomodado a las condiciones mínimas materiales y funcionales que se establezcan, así como para asegurar el respeto de los derechos de los usuarios⁴⁴⁸. Más aún, si el ejercicio de la función inspectora es necesario en cualquier sector, en el ámbito de los servicios

⁴⁴⁶ Ley 2/2007, de Cantabria (art. 86); Ley 12/2007, de Cataluña (art. 81); Ley 13/2008, de Galicia (art. 28); Ley 4/2009, Baleares (arts. 98 y 99); Ley 5/2009, Aragón (art. 69); Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 79).

⁴⁴⁷ Así, Ley 14/2010, de Castilla-La Mancha (art. 79). Asimismo, en tales investigaciones deber integrarse la perspectiva de género, por exigencia de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía (art. 10).

⁴⁴⁸ El Senado en su informe de 1989 sobre la situación de las residencias para la tercera edad en España – DOCG, Senado, serie I, 22 de junio de 1989, nº 326–, ya había manifestado que la comercialización para el lucro de las residencias privadas, los problemas familiares y sociales forman un conjunto de condiciones para la explotación estos establecimientos por parte de desaprensivos. En este sentido, el Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales* 2001, p. 363, declaró: “El notable y progresivo incremento de la demanda de atención lleva, sin duda, aparejada la creación y puesta en funcionamiento de servicios de diversa índole, que pretenden dar respuesta a las necesidades de la población mayor y de sus familias. Por ello, resulta especialmente necesario el control que las administraciones públicas deben establecer, al objeto de garantizar los derechos de aquellos ciudadanos que acuden a la iniciativa privada para dar respuesta a sus necesidades de atención residencial”.

sociales es fundamental. Las denuncias o quejas de los usuarios son escasas debido a la fragilidad –en ocasiones extrema– de los colectivos atendidos, que encuentran serias dificultades físicas, culturales y sociales para defender sus derechos y denunciar los casos de abusos y lesión sobre su persona o sus bienes⁴⁴⁹.

Sin embargo, como se ha señalado antes, la ordenación de la función inspectora en las leyes de servicios sociales de primera generación era prácticamente inexistente. Así, la LSAA apenas contiene una referencia a la inspección con ocasión de la tipificación de la falta de obstrucción a su labor⁴⁵⁰.

Esta falta de cobertura normativa llevó a la Administración de la Comunidad andaluza durante años a considerarse incompetente para inspeccionar los centros de las entidades no inscritas, limitándose a controlar a los centros propios y concertados o subvencionados, y abdicando de toda actuación inspectora sobre centros no concertados, en una actitud calificada abiertamente por el Defensor del Pueblo Andaluz como negligente⁴⁵¹. Incluso en los centros autorizados el control se limitaba a la visita inicial al solicitar la autorización, pese a que las circunstancias habían podido variar notablemente con el curso de los años y deteriorarse, reducirse o eliminarse los servicios inicialmente previstos⁴⁵². Así, describió el Defensor del Pueblo Andaluz esta situación:

«Ni que decir tiene que es la falta de control sobre los centros la que genera el mayor número de irregularidades en este sector, si bien no es exacto, sin embargo, identificar Residencias no autorizadas con Residencias sin control alguno, porque también existen otras autorizadas sobre las que no se ejerce, de hecho, ningún tipo de supervisión. Es frecuente que haya Residencias a las que sólo se les ha girado una visita, en el momento de su apertura, sin que con posterioridad hayan sido sometidas a ninguna inspección, pese a que sus circunstancias han podido variar notablemente con el curso de los años y deteriorarse, reducirse o eliminarse los servicios inicialmente previstos. Esta ausencia de control alcanza su punto álgido, lógicamente, en

⁴⁴⁹ Defensor del Pueblo Andaluz, *Informe al Parlamento de Andalucía 1995*, p. 914. Así, el Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales 2001*, p. 363, señaló: “Debido a sus condiciones de dependencia estas personas se encuentran en un grado de mayor indefensión, por lo que deben ser objeto de una atención especial sobre las condiciones de seguridad, comodidad e higiene necesarias para el desarrollo de su vida cotidiana”.

⁴⁵⁰ Lo cierto es que esta ausencia de tratamiento de la función inspectora en esta época no era exclusiva del ámbito de los servicios sociales, sino que era un fenómeno generalizado en otros ámbitos. Véase M. Rebollo Puig “Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas”, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, pp. 447 y ss.

⁴⁵¹ Defensor del Pueblo Andaluz, “Investigación sobre las Residencias de Ancianos Ilegales”, *Informe al Parlamento de Andalucía 1995*, p. 934.

⁴⁵² También quedaban excluidas de cualquier tipo de control tanto el resto de los centros públicos (de Diputaciones y Ayuntamientos), que desarrollaban sus actividades al margen de la supervisión de la Administración Autonómica, que había delegado “de facto” en dichas Entidades su facultad de inspección.

las Residencias que carecen de autorización administrativa, y ello posibilita que en las mismas puedan originarse las más variadas formas de vulneración de los derechos de los usuarios. La pasividad de la Administración autonómica es el mejor caldo de cultivo posible para el florecimiento de toda una red paralela de residencias, cuyo afán de lucro les lleva no sólo a ignorar la normativa legal, sino a desarrollar prácticas atentatorias contra los derechos de los ancianos y contra su propia dignidad»⁴⁵³.

La alarma social generada por los abusos cometidos en centros, en especial residenciales para personas mayores, y la presión de los comisionados parlamentarios, entre otros factores, impulsó la ordenación en la década de los noventa de la función inspectora, para lo cual algunas Comunidades aprobaron leyes específicas⁴⁵⁴. Y, en todo caso, las modernas leyes autonómicas de servicios sociales prestan, con las inevitables variantes, una mayor atención a la ordenación de esta capital función pública⁴⁵⁵. Por su parte, en Andalucía, sólo después de que Defensor del Pueblo Andaluz recomendase la implantación efectiva de un servicio de Inspección que, a través de planes anuales, asumiera el control periódico de las residencias autorizadas o concertadas, y desarrollara las labores de investigación precisas para la averiguación de Residencias carentes de autorización, fue aprobado el ya derogado Decreto 141/1999, de 8 de junio, por el que se reguló la inspección de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma.

En la actualidad, a falta de determinaciones en la LSSA, la función inspectora se encuentra ordenada en el Decreto 396/2008, de 24 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Servicios Sociales de la Junta de Andalucía. Se trata de una ordenación aún más pormenorizada que la contenida en el precedente Decreto 141/1999, y, en líneas generales, correcta.

Sin embargo, sucede que la adecuada ordenación de la función inspectora requiere que ciertas determinaciones estén contenidas en una norma con rango de ley, en cumplimiento de específicas reservas formales de ley contenidas en el ordenamiento estatal (por ejemplo, acceso a espacios que no tengan la condición legal de domicilio –art. 91.2 Ley

⁴⁵³ Defensor del Pueblo Andaluz, "Investigación sobre las Residencias de Ancianos Ilegales", *Informe al Parlamento de Andalucía 1995*, p. 934. Esta actitud fue también censurada por el Defensor del Pueblo estatal, *Informe a las Cortes Generales 1996*, p. 156. Véase S. Fernández Ramos, «Los centros residenciales para personas mayores, especial referencia a Andalucía», *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 67, 2007, pp. 11-85.

⁴⁵⁴ Ley de Cataluña 16/1996, de 27 de noviembre, reguladora de las Actuaciones Inspectoras y de Control en Materia de Servicios Sociales (aún vigente); Ley de las Islas Baleares 4/1999, de 31 de marzo, de la Función Inspectora y Sancionadora en Materia de Servicios Sociales (derogada).

⁴⁵⁵ Con todo, aún se aprecian algunas insuficiencias, como las señaladas por L. Salamero Teixidó, 2011, pp. 160 y ss. Así, por ejemplo, el Defensor del Pueblo, en su informe especial "Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social", 2009, solicitó que se conceda mayor relevancia a la actuación de los servicios de inspección sobre los centros dedicados a la atención a menores con problemas de conducta, tanto en lo que se refiere a la frecuencia de las inspecciones, como a la profundidad de las mismas, atendiendo a las especiales necesidades y vulnerabilidad de estos menores.

Orgánica del Poder Judicial–, o la formulación de requerimientos de comparencias –art. 40.1 LRJPAC–; adopción de medidas provisionalísimas, antes del inicio del procedimiento sancionador –art. 72 LRJPAC–, o sustitución del sujeto destinatario de la notificación a efectos de la recepción del acta de inspección –art. 59.3 LRJPAC–)⁴⁵⁶.

Asimismo, la innegable importancia que la función inspectora ha adquirido como garantía del cumplimiento de la legislación de servicios sociales, en un ámbito caracterizado justamente por la posición de desventaja social, cuando no de indefensión material, de algunos grupos de personas usuarias de los servicios sociales (menores, discapacitados...), reclama otorgar a la inspección su tratamiento en la Ley, tal como llevan a cabo las modernas leyes autonómicas de servicios sociales. Y todo sin perjuicio, naturalmente, del ulterior desarrollo reglamentario de las previsiones legales.

Además, no debe olvidarse que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, establece que las Administraciones Públicas desarrollarán las actuaciones de vigilancia del cumplimiento de esta Ley y ejercerán las potestades sancionadoras conforme a lo previsto en la misma –art. 39–. Y, aunque la Ley 39/2006, se exprese en términos genéricos (Administraciones Públicas), en la Comunidad Autónoma andaluza corresponde a ejercer dichas potestades de inspección y sanción a la Administración autonómica en exclusiva. En definitiva, es necesario que una futura ley autonómica de servicios sociales aborde adecuadamente la ordenación de la función inspectora en esta materia, sin perjuicio de su posterior desarrollo reglamentario.

2. **Ámbito de actuación y competencia**

Según el Decreto 396/2008, la Consejería competente en materia de servicios sociales «ejerce las funciones de inspección de entidades, servicios y centros de servicios sociales públicos y privados, situados en el territorio de Andalucía». Se trata de un precepto correcto, si bien sería conveniente evitar que quede fuera del alcance de la actuación inspectora ninguna clase de servicios sociales, con independencia de la naturaleza pública o privada de su titular, de la existencia o no de ánimo de lucro, de su regularidad formal (es decir, que se trate de servicios autorizados y registrados o de servicios clandestinos), así como del lugar donde la persona titular tenga su sede social o domicilio legal⁴⁵⁷.

En cuanto a la competencia en relación con la función inspectora, en la legislación autonómica, en general, es considerada una competencia reservada en exclusiva a la Administración

⁴⁵⁶ Véase S. Fernández Ramos, *La actividad administrativa de inspección*, Comares, Granada, 2002.

⁴⁵⁷ En este sentido, vid. por L. Salamero Teixidó, 2011, pp. 180-181.

autonómica⁴⁵⁸. Tal como efectúa el Decreto 396/2008. No obstante, en algunas Comunidades Autónomas se prevé la posibilidad de encomendar a la Administración Local la gestión de las actuaciones propias de la inspección, mediante convenio que deberá establecer la compensación económica que corresponda⁴⁵⁹. E, incluso, en algún caso, se reconoce a las entidades locales el ejercicio de las facultades de inspección y sanción «en sus propios centros y servicios, sin perjuicio de las atribuidas a la Administración de la Comunidad»⁴⁶⁰, lo cual no parece muy razonable. En nuestro criterio, la función de inspección debe mantenerse centralizada en la Administración autonómica, pues se trata de una función pública técnica en la que es preciso preservar su autonomía funcional, de modo que puede resentirse en el caso de que se descentralizara. Por ello, para nosotros, el papel de las entidades locales debe reconducirse hacia la colaboración con la actuación de la Administración autonómica.

Finalmente, en algunas Comunidades Autónomas se contempla la posibilidad de que la verificación del cumplimiento por parte de los centros y servicios de las condiciones materiales y de accesibilidad pueda ser llevada a cabo, no ya directamente por el personal de inspección de la Administración, sino por entidades o profesionales acreditadas⁴⁶¹. Se trata, así, de introducir en este ámbito el fenómeno de las llamadas entidades colaboradoras de la Administración, que plantean importantes cuestiones de ordenación legal, principiando por el necesario respeto al principio de legalidad⁴⁶².

⁴⁵⁸ Ley 2/2007, Cantabria –art. 87.1–; Ley 13/2008, Galicia –art. 71.1–; Ley 14/2010, Castilla-La Mancha –art. 52.1–. La excepciones son el País Vasco, pues la función inspectora se atribuye a las Diputaciones Forales, correspondiendo al Gobierno vasco la llamada «alta inspección», de acuerdo con la Ley 12/2008, del País Vasco –art. 82–. Por su parte, la Ley 4/2009, Illes Balears, distribuye las competencias inspectoras entre la Administración autonómicas y los Consejos Insulares –art. 37– en función de cuál sea el ámbito insular o supra-insular del centro o servicio, criterio éste que puede dar lugar a duplicidades o vacíos en la actuación.

⁴⁵⁹ De modo similar a lo previsto en materia de autorización, Ley de Cataluña 16/1996, –art. 4.1– y Ley 12/2007, Cataluña –art. 87.3–, en relación con los entes locales supramunicipales y a los municipios de más de veinte mil habitantes. Por su parte, la Ley 5/2009, Aragón, establece que la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante convenio, podrá encomendar a las entidades comarcales o a los municipios con más de veinte mil habitantes la gestión de las actuaciones propias de la inspección con relación a los servicios situados en su ámbito territorial respectivo –art. 85.3–.

⁴⁶⁰ Ley 16/2010, Castilla y León –art. 48.h)–.

⁴⁶¹ Ley de Cataluña 16/1996, –art. 6.2–; la cual precisa, para salvaguardar la imparcialidad, que dicha verificación en ningún caso puede ser contratada a personas físicas o jurídicas que gestionen cualquier servicio, establecimiento o entidad de servicios sociales, que sean propietarios o que tengan intereses económicos en los mismos. También contemplaba esta posibilidad la Ley de La Rioja 5/1998, –art. 12.2–, pero no ha sido recogida en la Ley 7/2009, La Rioja. Vid, sobre todas estas cuestiones, Vid. S. Fernández Ramos, «Inspección administrativa y potestad sancionadora», voz en el *Diccionario de Sanciones Administrativas*, obra colectiva dirigida por Blanca Lozano, Iustel, Madrid, 2010, pp. 514 y ss.

⁴⁶² Como bien señala L. Salamero Teixidó, 2011, pp. 171-172, alguna norma autonómica presenta en este punto un déficit de cobertura legal, como es el caso del Decreto del Gobierno valenciano 90/2002, de 30 de mayo, sobre Control de la Calidad de los Centros y Servicios de Acción Social y sus Entidades Colaboradoras, si bien esta norma sólo se aplica a los centros y servicios integrados de algún modo en el sistema autonómico.

3. Funciones de la inspección

De entrada, como se ha señalado antes, es ya común reconocer que la misión de la función inspectora no consiste sólo en una mera verificación del exacto cumplimiento de la normativa aplicable, sino en garantizar, mediante el ejercicio de tal función, la calidad de la atención a las personas usuarias y de los servicios sociales que se presten en el territorio de la Comunidad Autónoma, vinculando así la función inspectora a los derechos los usuarios y a la calidad de los servicios⁴⁶³.

Las funciones de la inspección de servicios sociales pueden agruparse como sigue⁴⁶⁴:

- a) Verificar el cumplimiento de los requisitos y condiciones exigibles para la obtención de las preceptivas autorizaciones administrativas y para la acreditación de las entidades, centros y servicios sociales.
- b) Velar por el respeto de los derechos de las personas usuarias de los servicios sociales.
- c) Controlar el cumplimiento de la normativa vigente y el nivel de calidad exigible de los servicios sociales que se presten en la Comunidad Autónoma, pudiendo formular propuestas de mejora en la calidad de los servicios sociales.
- d) Asesorar, en el ejercicio de las actuaciones de inspección, a las entidades prestadoras de servicios sociales titulares o gestoras de centros y servicios y a las personas usuarias o sus representantes legales sobre sus respectivos derechos y deberes y sobre la forma de cumplir las disposiciones vigentes sobre la materia e informar a las entidades y las personas usuarias. Debe aquí destacarse que en relación con los centros y servicios concertados, la Administración asume responsabilidades adicionales, que comportan una fiscalización más intensa, pues no se ciñe al cumplimiento de las prescripciones legales, sino también alcanza a la evaluación misma de la calidad del servicio⁴⁶⁵. En efecto, fiscalizar el fin de los fondos públicos que se destinan a sufragar la estancia de los usuarios en un sistema de concierto de plazas supone que la fiscalización no sólo alcanza a los aspectos o condiciones generales de la instalación o servicio, sino tam-

⁴⁶³ Ley 2/2007, Cantabria –art. 87.1–; Ley 13/2008, Galicia –art. 71.1–; Ley 7/2009, La Rioja –art. 74–; Ley 16/2010, Castilla y León –art. 66.1–.

⁴⁶⁴ Ley de Cataluña 16/1996, de 16 de abril, de Actuaciones Inspectoras en Materia de Servicios Sociales –art. 6–; Ley 2/2007, Cantabria –art. 89–; Ley 13/2008, Galicia –art. 73–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 101–; Ley 5/2009, Aragón –art. 87–; Ley 7/2009, La Rioja –art. 76–; Ley 14/2010, Castilla-La Mancha –art. 53.3–; Decreto 396/2008, de 24 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Servicios Sociales de la Junta de Andalucía –art. 5–.

⁴⁶⁵ Véase F. Villar Rojas, «Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios», *Documentación Administrativa*, 271-272, 2005, pp. 389 y ss.

bién a la calidad misma de los servicios que recibe, individualmente, cada usuario⁴⁶⁶. Con todo, también aquí se ha observado una cierta pasividad por la Administración competente⁴⁶⁷.

- e) Supervisar el destino y la adecuada utilización de los fondos públicos concedidos a personas físicas o jurídicas por medio de subvenciones, contratos, convenios o cualquier otra figura similar contemplada en la normativa vigente. Así, debe resaltarse la importancia que ha adquirido la función de supervisión de la correcta aplicación de los fondos públicos, puesto que la Ley 39/2006, del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, impone una acción administrativa contra la obtención y el disfrute fraudulentos de las prestaciones públicas –art. 39–.

Junto a estas funciones típicas o esenciales a la función inspectora, algunas normas asignan al servicio de inspección otras funciones adicionales⁴⁶⁸. Por último, es un lugar común considerar que la inspección constituye un elemento colaborador de los sistemas de calidad en la prestación de servicios. Así, el Decreto 396/2008, declara que la Inspección de Servicios Sociales tendrá responsabilidades en las evaluaciones periódicas y procesos de calidad que deberán implantarse por las entidades públicas y privadas que gestionen centros o servicios sociales –art. 6.2–.

⁴⁶⁶ Así, la Ley General de Sanidad –art. 94–, establece que la Administración ejercerá funciones de inspección sobre aspectos sanitarios, administrativos y económicos relativos a cada enfermo atendido por cuenta de la Administración Pública en los centros privados concertados. Esta especial posición de la Administración es aún más expresiva en algunas normas. Así, Ley 4/1997, de 9 de julio, de Prevención y Asistencia en Materia de Drogas en Andalucía, establece que la totalidad de los centros y servicios de atención de drogodependientes gestionados por entidades que suscriban conciertos o convenios o se beneficien de ayudas de la Administración autonómica tendrá, en cuanto al desarrollo de programas de intervención, una *dependencia funcional del órgano administrativo* al que se adscriba el plan autonómico sobre drogas –art. 33.4–.

⁴⁶⁷ Según el informe de la Cámara de Cuentas de Andalucía de residencias para mayores concertadas, relativo al ejercicio de 2002, los planes de inspección no habían contemplado la fiscalización del mantenimiento de los requisitos relativos a la acreditación de los Centros concertados. Es decir, en las visitas de inspección, con independencia de que el centro estuviera o no acreditado, sólo se ha revisado el cumplimiento de los requisitos mínimos materiales y funcionales que son exigidos a efectos de la mera autorización del centro. Finalmente, el plan general de inspección para el año 2005 sí contempló la verificación de los requisitos propios de la acreditación, como las condiciones físicas y arquitectónicas, los recursos humanos y organización de personal y la atención ofrecida e índole de la prestación.

⁴⁶⁸ Así, la Ley 5/2009, Aragón –art. 87–, establece que corresponde a la inspección emitir informe preceptivo sobre proyectos de centros y servicios sociales que pudieran ser objeto de financiación pública, así como intervenir en todos los procedimientos de autorización, acreditación y registro, así como en todas las evaluaciones periódicas y procesos de calidad que deban implantarse por las entidades públicas y privadas –art. 88.3–. Por su parte, la Ley La Rioja 5/1998, –art. 12–, asignó la supervisión de la adecuación de los planes y programas de servicios sociales de las Entidades Locales a los objetivos de carácter general definidos en los planes autonómicos.

4. Configuración del servicio y estatuto del personal inspector

Respecto al estatuto del personal inspector, algunas leyes reconocen expresamente la reserva de las funciones inspectoras al personal funcionario⁴⁶⁹, determinación que impone en la actualidad con carácter de ley básica el Estatuto Básico del Empleado Público –art. 9.2–⁴⁷⁰. No obstante, esta reserva es compatible con la posibilidad de la existencia de personal de técnico de auxilio o apoyo al personal inspector propiamente dicho, personal éste que sí podrá vincularse con la Administración mediante el estatuto laboral. En el ordenamiento andaluz, el Decreto 396/2008, no aborda directamente esta cuestión, pero se infiere de la norma según la cual, de manera excepcional y cuando no sea posible realizar las funciones de Inspección de Servicios Sociales por el *personal funcionario* adscrito a la misma, por razones de urgencia o necesidad, la Viceconsejería competente en materia de servicios sociales podrá habilitar a otro personal funcionario de la Administración de la Junta de Andalucía para la realización de las mismas –art. 28.1–.

Ahora bien, en general, no existen cuerpos especiales de inspección, sino que las funciones inspectoras se asignan a los órganos administrativos que tengan atribuida la competencia y sólo indirectamente al personal adscrito a los mismos⁴⁷¹. Como es bien sabido, desde la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública de 1984, la tendencia consiste en atribuir las competencias en exclusiva a órganos administrativos. Y, en tal sentido, el Decreto 396/2008 se esfuerza en declarar que la Inspección de Servicios Sociales es un órgano básico de la Consejería competente en materia de servicios sociales –art. 6.1–, dependiente orgánica y funcionalmente de la Viceconsejería –art. 9.1–. De este modo, la Inspección de Servicios Sociales estará integrada por el personal funcionario que ocupe los puestos de trabajo creados al efecto –art. 10.2 Decreto 396/2008–. La cuestión es si este modelo garantiza adecuadamente la competencia profesional que necesariamente debe ostentar este personal debido al carácter marcadamente técnico de sus cometidos.

Cuestión distinta es que se opte o no por un modelo desconcentrado en las Delegaciones Provinciales (como el previsto en el Decreto 141/1999), o que combine una estructura central (la llamada Inspección General de Servicios Sociales) con una periférica (los Servicios Provinciales de la Inspección de Servicios Sociales), tal como efectúa el Decreto 396/2008, –art. 8–. En todo caso, se trata de determinaciones propias del ámbito reglamentario.

⁴⁶⁹ Ley de Cataluña 16/1996, de 16 de abril, de Actuaciones Inspectoras en Materia de Servicios Sociales –art. 9–; Ley 13/2008, Galicia –art. 72.1–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 103.1–.

⁴⁷⁰ Véase J. Fernández-Miranda, «El Estatuto Básico del empleado público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público», *REDA*, nº 139, 2008. No obstante, esta reserva funcional es compatible con la posibilidad de la existencia de personal de técnico de auxilio o apoyo al personal inspector propiamente dicho, que sí podrá vincularse con la Administración mediante el estatuto laboral.

⁴⁷¹ Ley 4/2009, Illes Balears –art. 103.1–; Decreto Foral 48/2011, de 16 de mayo, por el que se regula el Régimen del Personal Inspector de Servicios Sociales en Navarra –art. 7.1–.

De otro lado, siguiendo el criterio de otras normas autonómicas⁴⁷², así como el del previo Decreto 141/1999, el Decreto 396/2008, –art. 7.1–, atribuye al personal inspector en el ejercicio de sus funciones la condición de “agente de la autoridad”. Ello es preciso a efectos atribuir valor probatorio a las actuaciones de dicho personal. No obstante, debe señalarse que, en propiedad, la asignación del carácter de autoridad, a efectos del valor probatorio de sus actuaciones, es una determinación reservada a ley –art. 137.3 LRJPAC–.

Al margen de esta cuestión formal, algunas normas reconocen al personal inspector autonomía técnica y funcional, con sujeción a las instrucciones de sus superiores jerárquicos⁴⁷³. Se trata así de conciliar la necesaria autonomía de los inspectores (las referencias a una plena independencia e imparcialidad contenidas en algunas leyes autonómicas son excesivas) con la sujeción de estos funcionarios, como cualesquiera otros, al principio de jerarquía (de aquí la salvedad del respeto a las instrucciones de los superiores jerárquicos). En este sentido, el Decreto 396/2008, –art. 29–, establece que el personal inspector desarrollará sus funciones con autonomía técnica, sin perjuicio del cumplimiento de las instrucciones y directrices establecidas por los órganos competentes.

5. Facultades y deberes del personal inspector

En la legislación autonómica sobre servicios sociales es similar la atribución de facultades al personal inspector⁴⁷⁴

- a) Acceder libremente, sin previa notificación y en cualquier momento, a todos los centros de servicios sociales, sede de las entidades o instalaciones de referencia del servicio, eso sí previa acreditación de los inspectores ante la dirección del centro o ante la persona que ejerza sus funciones en caso de ausencia, respetando la intimidad de las personas usuarias y de los trabajadores. Como es notorio, esta facultad tiene por límite el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE), límite en la práctica difuso en ocasiones, lo que da lugar a situaciones de incertidumbre poco favorables al principio de eficacia de la función inspectora⁴⁷⁵. Asimismo, a las dificultades generales de delimitación de espacios sujetos al deber de obtener autorización judicial, en el caso es-

⁴⁷² Ley de Castilla-La Mancha 3/1994, –art. 6–; Ley La Rioja 5/1998, –art. 15–; Ley 11/2002, C. Madrid –art. 21–; Ley 15/2006, Foral de Navarra –art. 83–; Ley 2/2007, de Cantabria –art. 88–; Ley 4/2009, de Baleares –art. 103–.

⁴⁷³ Ley La Rioja 5/1998, –art. 16–.

⁴⁷⁴ Ley 2/2007, Cantabria –art. 88–; Ley 13/2008, Galicia –art. 75.1–; Ley 7/2009, La Rioja –art. 77–; Ley 14/2010, Castilla-La Mancha –art. 53.4–.

⁴⁷⁵ Vid. Recientemente, F. López Menudo, “La intervención del juez para la defensa del domicilio, ¿y también de la propiedad?”, *Justicia Administrativa*, nº 43, 2009, pp. 5 y ss.; L. Salamero Teixidó, «La autorización judicial de entrada como requisito de las inspecciones acordadas por la comisión nacional de la competencia», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 38, 2011, pp. 335 y ss.

pecífico de centros residenciales, se añade la circunstancia adicional según la cual las habitaciones donde residen los usuarios pueden tener también la condición de domicilio respecto a ellos⁴⁷⁶.

- b) Efectuar toda clase de muestras, actividades y de comprobaciones materiales, de documentales y de análisis de la calidad, así como realizar todas las investigaciones que estime adecuadas en el cumplimiento de sus funciones, para lo cual los titulares, responsables o gestores de entidades, o de servicios sociales tienen el deber de colaborar con el personal de inspección y facilitarle el ejercicio de los cometidos que tiene asignados.
- c) Entrevistar con carácter privado a las personas usuarias, familiares y personal trabajador de los centros, servicios o programas sociales. Esta entrevista directa con los usuarios es muy importante en este sector. Así, en materia de persona mayores, la Ley de Andalucía 6/1999, dispuso que los servicios de inspección velarán por el respeto a la voluntariedad en el ingreso y permanencia en el centro, para lo cual “podrán solicitar del interesado que ratifique la voluntariedad de sus estancia, mediante entrevista personal mantenida sin la presencia de familiares ni de representantes del centro” –art. 45.4–⁴⁷⁷.
- d) Requerir, sin necesidad de visita, de las entidades titulares o gestoras de centros o que desarrollen servicios sociales la aportación de los datos necesarios, así como solicitarles la documentación precisa y, en su caso, los informes oportunos.
- e) Emplazar, en las oficinas de la Administración, a las personas responsables de las entidades, centros, servicios, programas o actividades que considere oportunas a los efectos de la investigación, haciendo constar el lugar, fecha, hora y motivo de la citación, expresando, a su vez, los efectos de no atender a la misma. La citación se practica con los requisitos establecidos en la normativa vigente sobre procedimiento administrativo común⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Se discrepa aquí de la opinión de L. Salamero Teixidó, «Los mecanismos de control como garantía de los derechos de usuarios de centros y establecimientos de servicios sociales», *op. cit.*, pp. 192-193.

⁴⁷⁷ En desarrollo de este precepto, el Decreto 23/2004, de 3 de febrero, por el que se regula la Protección Jurídica a las Personas Mayores, establece en su artículo 10 que la Inspección de Servicios Sociales velará, mediante actuaciones programadas, por el respeto de los derechos de las personas mayores que hayan ingresado en Centros residenciales, “y desarrollará una intervención directa con los mayores residentes sin la presencia de familiares ni de responsables del Centro, al objeto de comprobar la voluntariedad de su estancia, el trato dispensado por los trabajadores, así como el grado de satisfacción o de disconformidad con los servicios recibidos. Si como consecuencia de las entrevistas, se concluyese la imposibilidad de alguna persona mayor de expresar su voluntad, se le exigirá al responsable del Centro que acredite haber adoptado las medidas previstas para los supuestos de incapacitación”. Así, en el Plan General de Inspección de las Entidades, Servicios y Centros de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2005, se introdujo, como novedad, el Área de Protección Jurídica a las Personas Mayores, con la previsión de entrevistas personalizadas con las personas que voluntariamente quieran acceder a realizarlas, sin la presencia de familiares, responsables del Centro, ni de otros usuarios compañeros del Centro residencial.

⁴⁷⁸ Ley 11/2002, C. Madrid –art. 22–; Ley 13/2008, de Galicia –art. 75–.

- f) Emitir informes, proponer la iniciación de expedientes sancionadores, proponer la adopción de medidas cautelares, proponer la clausura de centros, la suspensión de sus actividades y la revocación y suspensión de las autorizaciones y acreditaciones concedidas.

En cuanto a los deberes del personal inspector, son los comunes con otras inspecciones: habrá de actuar provisto del correspondiente documento acreditativo de su condición, que deberá exhibir en el ejercicio de sus funciones⁴⁷⁹; habrá de guardar sigilo profesional respecto a los asuntos que conozca por razón de su cargo, función y actuaciones. Igualmente, habrá de respetar la confidencialidad de los datos personales que afecten a la intimidad de las personas usuarias, así como de las personas directamente relacionadas con el servicio⁴⁸⁰. Asimismo, en el ejercicio de sus funciones, el personal de inspección observará el deber de respeto y consideración debido a las personas interesadas y al público en general, ejerciendo sus funciones de manera que no se dificulte, más allá de lo que sea necesario, el buen funcionamiento de los establecimientos y los servicios inspeccionados⁴⁸¹. Finalmente, el personal inspector que tenga conocimiento de hechos que puedan constituir delito, falta o infracción administrativa de otros ámbitos competenciales, lo comunicará de inmediato al Ministerio Fiscal o al órgano administrativo competente⁴⁸².

6. Desarrollo de la función inspectora

Las normas modernas contienen una preferencia clara hacia la planificación de las actuaciones inspectoras, obligando a la Consejería competente en materia de servicios sociales a elaborar anualmente un plan de inspección de los centros y entidades de servicios sociales, sin perjuicio de poder actuar en cualquier momento por propia iniciativa o por denuncia, orden superior o petición razonada de otros órganos administrativos o a instancia de la entidad, centro o servicio⁴⁸³. En este sentido, el Decreto 396/2008, declara un principio de actividad planificada y programada –art. 20–.

Lo cierto es que la generalización de los planes anuales de inspección ha supuesto un impulso notable a esta importante labor de control⁴⁸⁴. Así, en Andalucía, durante el ejercicio

⁴⁷⁹ Ley La Rioja 5/1998, –art. 16–; Ley 13/2008, de Galicia –art. 72–; Ley 4/2009, de Baleares –art. 103–.

⁴⁸⁰ Ley La Rioja 5/1998, –art. 13–; Ley 11/2002, C. Madrid –art. 21–; Ley 13/2008, de Galicia –art. 72–.

⁴⁸¹ Ley La Rioja 5/1998, –arts. 16 y 17–; Ley 4/2009, de Baleares –art. 104–.

⁴⁸² Ley La Rioja 5/1998, –art. 17–; Ley 4/2009, de Baleares –art. 104–.

⁴⁸³ Ley 2/2007, Cantabria –art. 88–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 102.1–.

⁴⁸⁴ Con todo aún subsisten algunos problemas. Así, la Defensora del Pueblo de Navarra, Informe especial al Parlamento de Navarra “La atención a la dependencia de las personas mayores en Navarra”, marzo de 2005, p. 174, señaló que pesar del aumento de la actividad inspectora en los últimos años, “no queda garantizado en Navarra que éstas se hagan de forma sistemática y tampoco que las diferentes residencias y entidades titulares sean tratadas a este respecto por igual. Asimismo, se deriva de esta no regulación una falta de seguridad del bienestar de los usuarios”.

de 2002, y en relación con las residencias para mayores concertadas, sólo en dos provincias se visitaron, al menos, la mitad de las residencias concertadas (Córdoba y Granada), y en tres provincias se visitaron menos de la cuarta parte de las residencias concertadas: Almería, Málaga y, sobre todo, Sevilla en la que no se cursó visita alguna⁴⁸⁵. No obstante, esta situación mejoró desde el Plan General de Inspección de las Entidades, Servicios y Centros de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2005 (aprobado por acuerdo del Consejo de Gobierno, de 18 de enero de 2005), pues desde entonces se viene disponiendo que dentro del sector de las personas mayores se visitarán todos los centros residenciales. Así en el «Informe de seguimiento de las recomendaciones incluidas en el informe de fiscalización de las residencias de mayores concertadas con el IASS», la Cámara de Cuentas de Andalucía señala que desde el año 2008 las visitas de la inspección de servicios sociales abarcan el 100% de los centros que prestan el servicio de atención residencial a personas en situación de dependencia⁴⁸⁶.

A este respecto, es destacable el acertado criterio contenido en algunas normas autonómicas en virtud de las cuales, a los efectos de asegurar la protección de los derechos de los usuarios, se impone una periodicidad mínima anual a la inspección de determinados tipos de centros⁴⁸⁷. En los casos en los que la Ley ni fija una periodicidad mínima, la fijación de ésta queda remitida a lo dispuesto en los planes de inspección. Por lo demás, mientras el Decreto 141/1999, –art. 11–, disponía que el plan general de inspección debía ser aprobado por el Consejo de Gobierno, el Decreto 396/2008, –art. 22–, siguiendo el criterio de otras leyes autonómicas⁴⁸⁸, asigna esta competencia al titular de la Consejería competente en la materia, lo cual es conforme a la Ley 9/2007, de Administración de la Junta de Andalucía –art. 26.2–, al no afectar estos planes a la organización de otras Consejerías.

De otro lado, en relación con la actividad de “investigación” orientada al descubrimiento y persecución de las actividades clandestinas, es decir que se ejercen desprovistas de la debida autorización, es fundamental que los Servicios de Inspección intervengan en

⁴⁸⁵ Informe de la Cámara de Cuentas de Andalucía sobre residencias concertadas para mayores, correspondiente al ejercicio de 2002.

⁴⁸⁶ BOJA 22-11-2011.

⁴⁸⁷ La Ley de Cataluña 16/1996, de 16 de abril, de Actuaciones Inspectoras en Materia de Servicios Sociales –art. 7.2– y la Ley de la Comunidad de Madrid 11/2002, de 18 diciembre, de Ordenación de la Actividad de los Centros y Servicios –art. 22–, obligan a una inspección anual, al menos, a los centros residenciales. Por su parte, la Ley 7/2009, La Rioja, impone esta inspección anual a los centros residenciales y de atención diurna. Más aún, en el caso de centros acogimiento residencial de los menores que se hallen bajo la guarda de la Administración de la Junta de Andalucía, el Decreto 355/2003, de 16 diciembre, establece que los profesionales del Servicio especializado de protección de menores realizarán al menos dos visitas anuales a los centros, al objeto de efectuar el seguimiento del funcionamiento y organización de los mismos, supervisar la acción educativa –art. 61–.

⁴⁸⁸ Ley 2/2007, de Cantabria –art. 88–.

caso de denuncia⁴⁸⁹. Pero, además, se plantea la cuestión relativa al tratamiento de las denuncias formuladas por los propios usuarios. A este respecto, el Defensor del Pueblo de Andalucía ha detectado que en ocasiones se puede prejuzgar una denuncia sobre la base de informaciones sobre el estado de salud mental del denunciante⁴⁹⁰. Asimismo, debería considerarse la conveniencia de informar específicamente, al menos a los usuarios de los centros residenciales, de los resultados de las inspecciones, como directamente afectados por la situación del centro.

Asimismo, con las inevitables variantes, las leyes autonómicas atribuyen valor probatorio a los hechos que directamente constate el personal de inspección y que se formalicen en un acta con observancia de los requisitos legales, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados⁴⁹¹. Por su parte, el Decreto 396/2008, –art. 43.2–, declara que el acta de inspección ostenta el carácter de documento público y tiene presunción de certeza y valor probatorio respecto a los hechos reflejados en ella, que hayan sido constatados de manera fehaciente por el personal inspector y sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus derechos e intereses puedan proponer o aportar las personas interesadas⁴⁹².

Finalmente, en algunas leyes se ha dado entrada a las actas de advertencia, que siempre y cuando recaigan exclusivamente sobre meras irregularidades de carácter leve de las cuales sea presumible que no se derivarán daños o perjuicios para las personas usuarias y no exista reiteración ni se aprecie mala fe, pueden ser un buen instrumento para encauzar este tipo de irregularidades, sin necesidad de activar de inicio el aparato sancionador⁴⁹³. Sin embargo, el Decreto 396/2008, no contempla esta posibilidad, a pesar de que ya estaba prevista en el art. 12 del Decreto 141/1999.

⁴⁸⁹ En el Informe a las Cortes Generales correspondiente al año 2005 se dirá (p. 505): “La adecuada atención a los usuarios de las residencias, es una cuestión que preocupa tanto al Defensor del Pueblo, como a las propias administraciones implicadas. Por ello, entendemos que las quejas y denuncias que formulan los propios residentes o sus familiares deben ser, en todo caso, objeto de verificación por parte de los órganos administrativos que tienen encomendada la inspección para garantizar los derechos de las personas mayores, adoptando las medidas que fueran necesarias (0422348).

⁴⁹⁰ «Teniendo en consideración que la población que accede a las residencias de mayores cada vez cuenta mayor edad, las demencias y otras alteraciones psíquicas serán más frecuentes, de manera que ante las denuncias formuladas por los usuarios sobre el funcionamiento de los centros, y para la efectiva defensa de sus derechos, será preciso evitar que se prejuzgue lo realmente sucedido, y que por parte de la Inspección de Servicios Sociales se extremen las precauciones en el curso de las investigaciones, y se empleen todos los medios a su alcance para el esclarecimiento de los hechos», Defensor del Pueblo de Andalucía, *Informe al Parlamento de Andalucía, 2005*, p. 739.

⁴⁹¹ Ley de Cataluña 16/1996, de 16 de abril, de Actuaciones Inspectoras en Materia de Servicios Sociales –art. 8–; Ley 13/2008, Galicia –art. 75.2–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 105.4–; Ley 14/2010, Castilla-La Mancha –art. 54.2–; Ley 16/2010, Castilla y León –art. 69–.

⁴⁹² En nuestra opinión, atribuir valor probatorio a las actas de inspección es más correcto y acorde con el art. 137 LRJPAC, que la expresión empleada en algunas leyes de atribuir “presumir de certeza” los hechos. Véase V. Aguado i Cudulá, *La presunción de certeza en el Derecho Administrativo Sancionador*, Civitas, Madrid, 1994.

⁴⁹³ Ley 4/2009, Illes Balears –art. 106–.

XII. EL RÉGIMEN SANCIONADOR

1. Inactividad normativa y proliferación de centros clandestinos

Como las demás leyes autonómicas de primera generación en materia de servicios sociales, la LSSA fue extremadamente exigua en el tratamiento del régimen sancionador, limitándose prácticamente a tipificar infracciones de carácter formal, como la obstrucción de los servicios de inspección pública y la infracción consistente en incumplir la normativa sobre registro de entidades y centros de servicios sociales –art. 32–⁴⁹⁴.

Más aún, la Ley no determinó las autoridades encargadas de instruir el oportuno expediente ni de acordar, en su caso, las sanciones procedentes⁴⁹⁵, sirviendo este vacío normativo de pretexto a la Administración autonómica para la inaplicación durante años de su régimen sancionador⁴⁹⁶. De hecho, este deficiente tratamiento del régimen sancionador llevó a la jurisprudencia en algún caso a anular infracciones desarrolladas en normas reglamentarias por insuficiente cobertura de la Ley en materia de servicios sociales⁴⁹⁷.

En el caso específico de Andalucía, la inactividad normativa de la Administración desembocó en una autolimitación de su potestad sancionadora, hasta el punto de verse privada de la posibilidad de adoptar medidas correctivas ante flagrantes incumplimientos de la normativa que rige los centros de servicios sociales. Tal actitud generó, en lo que a residencias de mayores se refiere, una consciencia de total impunidad por parte de quienes infringían la normativa vigente, repercutiendo gravemente en el nivel asistencial recibido por los usuarios, en cuanto que el control de las condiciones sobre la prestación de los

⁴⁹⁴ La LSSA ni siquiera contiene una correcta tipificación de las infracciones muy graves y graves, pues establece un único listado de infracciones –art. 32.2–, para después indicar que se calificarán como graves las infracciones leves cometidas con reiteración o reincidencia, las que impliquen una conducta de carácter doloso, o las que constituyan incumplimientos notoriamente dañosos para los usuarios de los servicios, o de cualquier otro destinatario de la norma infringida; y se calificarán como muy graves las infracciones graves cometidas, asimismo, con reiteración o reincidencia, las especialmente dañosas para los usuarios o destinatarios de la norma, y cualesquiera otras que, por sus circunstancias concurrentes entrañen un importante perjuicio de tipo social. Este modo de proceder plantea serias dudas de lesión del principio de seguridad jurídica, pues la tipificación de las infracciones graves parte de las leves (que no se tipifican) y, peor aún, las muy graves parte de las graves, que en modo alguno se tipifican.

⁴⁹⁵ Así, la LSSA se limitó a aludir a «los órganos competentes de la Junta de Andalucía» (artículo 31).

⁴⁹⁶ Defensor del Pueblo Andaluz: “La falta de atribución específica de la potestad sancionadora a los órganos correspondientes parece haber llenado de recelo a la Administración, ante posibles actuaciones viciadas de incompetencia”. Investigación sobre las Residencias de Ancianos Ilegales”, *Informe al Parlamento de Andalucía* 1995, pp. 926.

⁴⁹⁷ Es el caso de determinadas infracciones contenidas en el Decreto 138/1990, de 9 de noviembre, de la Diputación General de Aragón. Este Decreto tipificó como infracción «transgredir cualesquiera órdenes o instrucciones o incumplir los requerimientos de las autoridades administrativas que hayan sido formulados en aplicación de la normativa sobre mínimos de calidad y participación», pero el Tribunal entendió que la Ley de Aragón 4/1987, de 25 marzo, no establecía un deber de sometimiento a órdenes o instrucciones determinadas y sólo tipifica como infracción «obstruir la acción de los servicios de inspección pública» (STS 14 de octubre de 2003, RJ2003\8879).

servicios y la calidad exigible a los mismos fue en muchos casos puramente ficticio⁴⁹⁸. Como señalara el Defensor del Pueblo Andaluz:

“Es, en definitiva, la falta de control sobre las residencias la que genera el mayor número de irregularidades en este sector”. “La pasividad de la Administración autonómica es, pues, el mejor caldo de cultivo posible para el florecimiento de toda una red paralela de residencias, cuyo afán de lucro les lleva no sólo a ignorar la normativa existente, sino a desarrollar prácticas atentatorias contra los derechos de los ancianos y contra su propia dignidad”⁴⁹⁹.

Como señalara el Defensor del Pueblo Andaluz, esta desidia de la Administración a ejercer su potestad sancionadora no sólo ignora el mandato legal, sino que, sobre todo, olvida que “la concesión de ese poder tiene una finalidad esencial, cual es la protección de los colectivos más desfavorecidos de la comunidad, que son, con carácter general, los destinatarios de los servicios sociales. De este modo, cuando se castiga una infracción no sólo se pone en marcha una actividad represiva, sino que a la vez se tutelan otros intereses dignos de protección... la dejación de competencias que se viene produciendo no es una cuestión de orden teórico, enmarcada en el ámbito de la organización administrativa y de repercusión meramente interna. En este caso, los perjudicados por esta indolencia administrativa tienen nombres y apellidos, son ancianos a los que se les vulneran sus derechos y que por su situación personal carecen de medios de defensa”⁵⁰⁰.

Ciertamente, tras este inquietante Informe del Defensor del Pueblo Andaluz, la Administración autonómica dio varios pasos en orden a corregir los aspectos normativos y organizativos defectuosos⁵⁰¹, lo que ha supuesto una mejora sensible. Asimismo, en la actualidad, las modernas leyes autonómicas de servicios sociales contienen una mucho más completa ordenación del régimen sancionador.

⁴⁹⁸ “La renuencia de la Administración Autonómica a desarrollar el régimen sancionador contenido en la Ley de Servicios Sociales, máxime cuando su pasividad, mantenida desde hace ya un lustro, ha ocasionado la derogación fáctica del Título VI de la Ley, como si de una “desuetudo” se tratase”. Defensor del Pueblo Andaluz, “Investigación sobre las Residencias de Ancianos Ilegales”, *Informe al Parlamento de Andalucía 1995*, pp. 924-925.

⁴⁹⁹ Defensor del Pueblo Andaluz, *Informe al Parlamento de Andalucía 1995*, p. 934.

⁵⁰⁰ Asimismo, la institución señalaba que “quienes padecen unas peores condiciones de trato son los ancianos de economías más débiles, que no tienen posibilidad alguna de elegir un Centro en el que se le garanticen unas condiciones mínimas de asistencia, sino que, por el contrario, se ven abocados a ingresar en establecimientos en los que el respeto a la legalidad y a los derechos de los usuarios quedan marginados por completo. Defensor del Pueblo Andaluz, “Investigación sobre las Residencias de Ancianos Ilegales”, *Informe al Parlamento de Andalucía 1995*, pp. 936-937.

⁵⁰¹ Aprobación de la Orden de 29 de febrero de 1996, de condiciones materiales y funcionales de los centros y del Decreto 141/1999, de 8 de junio, de la Inspección de Servicios Sociales (éste ya derogado), así como implantación de los planes anuales de inspección. Además, la Ley de Andalucía 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores, supuso la introducción, por fin, de un régimen sancionador completo, en el que se tipifican no sólo infracciones formales, sino también infracciones materiales, en las que la lesión o riesgo de la misma de los derechos e intereses de los usuarios es directa.

Sin embargo, el fenómeno de la proliferación de centros clandestinos presenta una causa adicional, aún no resuelta y en trance de agravarse debido a los recortes presupuestarios, y es la insuficiente cobertura del sistema público de protección social. En efecto, el Defensor del Pueblo Andaluz expresó la siguiente observación:

“La auténtica razón de fondo que da origen a unas residencias carentes de los servicios necesarios para el cuidado de los ancianos es la insuficiencia de plazas residenciales de que adolecen las estructuras administrativas de Servicios Sociales. El déficit de plazas, materializado en unas ingentes listas de espera, provoca que la demanda se desplace hacia otros sectores, en busca de una solución a corto plazo. Sin embargo, la escasez de recursos económicos de muchos ancianos y de su entorno familiar hace inviable su incorporación a plazas (legales) ofrecidas por empresarios privados (...) Antes esta situación, nunca faltan individuos sin escrúpulos que ofrecen plazas a precios mucho más asequibles, pero que, como contrapartida, no cuentan con los servicios imprescindibles para garantizar la atención de los ancianos. Así, la falta de espacio, el empleo de un personal escaso y poco formado, la existencia de barreras arquitectónicas, etc., no son sino consecuencias de un objetivo común, la reducción de gastos y el aumento de beneficios, que se alcanza a costa del bienestar de los residentes en tales centros. Cuando estas circunstancias se extreman, las residencias se convierten en auténticos aparcamientos humanos”, donde se depositan a los ancianos hasta su fallecimiento”⁵⁰².

“Ahora bien, la escasez de plazas residenciales que la Administración gestiona, bien directamente o mediante conciertos, no sólo potencia la aparición de residencias ilegales, sino que al mismo tiempo dificulta su erradicación... cuando la Administración constata graves irregularidades en una residencia, tendría que proceder a su clausura, mas qué hacer con los ancianos ocupantes de la misma, si los establecimientos de que dispone están saturados”⁵⁰³.

2. Algunas notas del régimen sancionador vigente

En materia de protección de menores existe un deber universal de comunicación, en virtud del cual toda persona o entidad, y especialmente la que por su profesión o función detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, tiene obligación de ponerla en conocimiento de los órganos competentes de la Comunidad Autónoma en materia de protección de menores, o de la autoridad más próxima, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise⁵⁰⁴, deber que tal vez debería extenderse a otros ámbitos de los servicios sociales, como sucede con las personas mayores y discapacitadas.

⁵⁰² Defensor del Pueblo Andaluz, *Informe al Parlamento de Andalucía 1995*, p. 937.

⁵⁰³ Defensor del Pueblo Andaluz, *Informe al Parlamento de Andalucía 1995*, p. 938.

⁵⁰⁴ Por ejemplo, Ley 12/2008, de 3 de julio, de Protección Integral de la Infancia y la Comunidad Valenciana –art. 156–.

El carácter preceptivo de la autorización determina que el funcionamiento de un centro o servicio desprovisto de la misma es una actuación ilegal (clandestina) constitutiva de infracción. Sin perjuicio de otros efectos, como la incoación del correspondiente procedimiento sancionador y, naturalmente, la imposibilidad de obtener la acreditación⁵⁰⁵, el primer efecto debería ser la clausura del centro o la suspensión inmediata de las actividades, previa tramitación del correspondiente procedimiento, con audiencia, en todo caso, de la persona interesada⁵⁰⁶, sin que esta medida tenga carácter sancionador, tal como ha señalado la jurisprudencia⁵⁰⁷. En este sentido, las modernas leyes de servicios sociales reconocen expresamente esta posibilidad de adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad. Sin embargo, esta medida cautelar está deficientemente ordenada en la LSSA, la cual sólo la prevé indirectamente⁵⁰⁸.

Cuestión distinta es la posibilidad de adoptar medidas provisionales con carácter previo a la incoación del procedimiento sancionador en caso de riesgo inminente o de lesión ya efectiva. Así, debe recordarse que la LRJPAC –art. 72.2–, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, exige, con carácter general, que estas medidas previas al inicio del procedimiento se encuentren expresamente previstas en una norma con rango de ley⁵⁰⁹. En este sentido, algunas normas prevén que cuando en el decurso de la actuación inspectora se aprecie, razonablemente, la existencia de una situación de riesgo inminente o perjuicio grave para las personas usuarias, se podrá proponer al órgano competente la adopción de las medidas cautelares oportunas durante el tiempo que persista el riesgo que las justificó, de conformidad con lo previsto en la LRJPAC⁵¹⁰. Más aún, en algún caso se prevé que puedan ser adoptadas por el propio personal inspector⁵¹¹. Pero, como es obvio, la LSSA omite cualquiera de estas determinaciones.

⁵⁰⁵ Decreto 87/1996, de Andalucía –art. 33.4–; Ley 13/2008, Galicia –art. 70–.

⁵⁰⁶ Ley 11/2002, de 18 diciembre, de Ordenación de la Actividad de los Centros y Servicios de Acción Social y de Mejora de la Calidad en la Prestación de los Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid –art. 10.1–; Ley 13/2008, Galicia –art. 68.3–. Por su parte, el Decreto 143/2007, de 12 de julio, sobre Régimen de Autorización y Acreditación de los Programas y de los Centros de Servicios Sociales en Galicia, prevé primero requerir a la entidad titular o a su representante legal para que, en el plazo de 10 días, proceda a solicitar la correspondiente autorización administrativa –art. 11–.

⁵⁰⁷ STSJ Madrid 194/2001, de 16 marzo, JUR\2001\221267. Como señala la posterior STSJ Madrid 814/2006, de 16 mayo, JUR\2006\195752, esta medida tiene una finalidad meramente restauradora de la legalidad conculcada por la interesada mediante el ejercicio de la actividad sin autorización, pero, aunque tenga carácter gravoso, carece de la cualidad de sanción y no es consecuencia del ejercicio de la potestad sancionadora.

⁵⁰⁸ Cuando declara que no tendrán carácter de sanción las medidas cautelares que pudieran adoptarse, por los órganos competentes de la Junta de Andalucía, de prohibición de actividades o cierre de Centros o Establecimientos, en prevención de posibles perjuicios a los usuarios –art. 33.5–.

⁵⁰⁹ Véase J. A. Tardío Pato, «Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo», *Revista Jurídica de Navarra*, nº 38, 2004, pp. 113 y ss.

⁵¹⁰ Ley de Cataluña 16/1996, de Actuaciones Inspectoras en Materia de Servicios Sociales –art. 8–; Ley 13/2008, Galicia –art. 75.3–; Ley 7/2009, La Rioja –art. 79.4 y 95–; Ley 5/2009, Aragón –art. 98–; Ley 14/2010, Castilla-La Mancha –art. 53.4–; Ley 16/2010, Castilla y León –art. 67.4–.

⁵¹¹ Ley 4/2009, Illes Balears: «el personal de inspección puede ordenar a las personas que sean titulares o responsables de establecimientos de servicios sociales que adopten las medidas provisionales que sean razo-

De otro lado, se estima un acierto la cobertura contenida en algunas leyes para el uso de multas coercitivas (cobertura exigida por el artículo 99 LRJPAC). De este modo, en todos aquellos casos en los que la infracción consista en la omisión de alguna conducta o actuación exigible legalmente, la sanción irá acompañada de un requerimiento en que se detallan tanto las actuaciones concretas que debe realizar la persona infractora para la restitución de la situación a las condiciones legalmente exigibles, como el plazo de que dispone para eso. Cuando la persona obligada no cumple dentro del plazo y en la forma procedente lo que establece el requerimiento correspondiente, el órgano competente para sancionar puede acordar la imposición de multas coercitivas⁵¹². Ni que decir tiene que, una vez más, la LSSA no contempla estas previsiones.

Entre las sanciones complementarias o accesorias, junto a las tradicionales suspensión y cierre del centro o servicio, destaca la previsión en algunas leyes autonómicas de la prohibición de la financiación pública por un período de tiempo y la inhabilitación temporal del director o directora del centro o servicio⁵¹³, medida interesante dada la tendencia de determinados sujetos a seguir con sus prácticas irregulares en otros establecimientos. Por último, puede destacarse la generalización del criterio según el cual los ingresos derivados de la imposición de las sanciones en esta materia deben destinarse a la mejora de la calidad y a la cobertura del sistema de responsabilidad pública⁵¹⁴.

XIII. FINAL: HACIA UNA NUEVA LEY DE SERVICIOS SOCIALES DE ANDALUCÍA

I

La Comunidad Autónoma de Andalucía, en el marco del Estatuto de Autonomía de 1981, se dotó de la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, que significó en su día la creación del Sistema andaluz de Servicios Sociales, de acuerdo con las pautas de las leyes autonómicas de su época. En particular, destaca la previsión de los servicios sociales comunitarios, dispensando así cobertura legal a una praxis que se venía impulsa-

blemente imprescindibles para salvaguardar la salud y la seguridad de las personas usuarias, que han de ser confirmadas o rectificadas por el órgano competente» –art. 111.2–.

⁵¹² Ley 12/2007, Cataluña –art. 102–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 131–; Ley 7/2009, La Rioja –art. 93–.

⁵¹³ Ley 12/2007, Cataluña –art. 99.2–; Ley 13/2008, Galicia –art. 86–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 132.1–; Ley 5/2009, Aragón –art. 94–.

⁵¹⁴ Por ejemplo, Ley 5/2009, Aragón –art. 100–. Menos común es el precepto de la Ley 12/2007, Cataluña, según el cual la persona sancionada, a criterio del órgano sancionador, puede destinar el importe de las sanciones de carácter económico directamente a la mejora de los servicios que presta. En este caso, debe acreditar que ha enmendado todas las infracciones objeto de sanción antes de que se dicte la resolución sancionadora –art. 105.1–. De modo similar, Ley 13/2008, Galicia –art. 85–; Ley 4/2009, Illes Balears –art. 138–.

do por las Corporaciones Locales y la Administración autonómica desde los inicios de la década de los 80.

Sin embargo, la Ley 2/1988, presentaba serias insuficiencias. Algunas eran comunes al resto de las leyes de la época, como el carácter meramente programático de los magros derechos reconocidos a los ciudadanos («Derecho de pobres, pobres derechos»), o la deficiente contemplación de la iniciativa privada, tanto social como lucrativa, o de la función inspectora. En cambio, otras deficiencias eran imputables exclusivamente al legislador andaluz, particularmente cicatero en el reconocimiento de competencias a las entidades locales (incurriendo, en nuestra opinión, en inconstitucionalidad, al no atribuir a los municipios competencias propias en la materia).

Además, elementos claves de la Ley 2/1988, como son la planificación, llamada a coordinar a las Administraciones Locales y a la iniciativa social (con un único plan regional aprobado y sin un verdadero Mapa de servicios sociales) y la participación (con un Consejo Andaluz en el limbo administrativo desde hace no pocos años), han fracasado estrepitosamente en su aplicación. Por último, el desarrollo reglamentario de la Ley en materia de ordenación y control de centros y servicios, imprescindible debido a la parquedad de las previsiones legales, ha sido incomprensiblemente tardío, lo que ha ocasionado severos reproches por parte del Defensor del Pueblo de Andalucía.

Estas deficiencias originales de la Ley 2/1988, se han visto agravadas por los importantes cambios acaecidos en la sociedad andaluza en estos cinco lustros: fenómenos como el progresivo envejecimiento de la población, la inmigración, los distintos modelos de familia y de los modos de convivencia, la bolsas de pobreza, las situaciones de dependencia, las desigualdades personales dibujan un escenario diverso que requiere de nuevas respuestas normativas.

A todo ello deben añadirse los cambios acaecidos en la propia actuación pública y profesional en la materia (nuevos recursos y prestaciones sociales, mayor desarrollo de las técnicas de intervención social...), así como el impacto en este sector de las nuevas tecnologías de la información, y de la política del Estado en esta materia, en especial a partir de la aprobación de la trascendental Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

Prueba de la necesidad de reordenar el sector es que la gran mayoría de las Comunidades Autónomas (con la salvedad de Extremadura y Canarias) ha procedido a renovar su primitiva Ley de Servicios Sociales, e incluso en algunos casos (como Galicia, Cataluña o País Vasco o La Rioja) esta renovación se ha realizado ya en dos ocasiones. Renovación que, por otra parte, no es exclusiva de este sector, sino común a la gran mayoría de las materias y ámbitos de la acción pública (educación, protección de consumidores y usuarios, archivos, bibliotecas y museos, medio ambiente, y tantos otros).

Pero, además de todas las insuficiencias de la Ley 2/1988, indicadas, la aprobación durante la década de los 90 de cuatro leyes sectoriales (en materia de menores, drogodepen-

dencias, discapacitados y mayores) ha producido un claro desplazamiento de la ordenación contenida en Ley general, prácticamente confinada a los servicios sociales comunitarios. De este modo, la Ley 2/1988 ha quedado relegada en la actualidad a poco más que un desvaído texto de referencia, pero desprovisto del tejido normativo necesario para encabezar el prolijo y complejo ordenamiento andaluz en materia de servicios sociales.

Frente a todo ello, el Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007 declara garantizar el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de «un sistema público de servicios sociales» –art. 23.2–, lo que reclama con toda evidencia una profunda renovación legislativa que haga efectivo ese derecho estatutario. Exigencia a la que se añade la atribución por parte del Estatuto de competencias propias a los municipios en materia de servicios sociales –art. 92.2–.

II

A la vista de todo lo expuesto, las principales orientaciones que han de presidir la futura Ley de Servicios Sociales de Andalucía son las siguientes:

- Una clara delimitación del doble objeto de la Ley: la ordenación del sistema público de servicios sociales, pero también de los servicios sociales de titularidad privada no integrados en dicho sistema. Y para definir los servicios sociales conviene evitar formulaciones en exceso vagas (del tipo de favorecer el bienestar social de las personas y los colectivos), y centrarse en aquello que es característico de los servicios sociales, a partir de la noción de «necesidades sociales y personales básicas». Además, la Ley debe explicitar convenientemente qué preceptos se aplican a ambos ámbitos y cuáles exclusivamente a uno de ellos (por ejemplo, en materia de derechos de usuarios o de calidad de los servicios sociales).
- La relación de principios generales es una cuestión marcadamente convencional. Los principios enunciados en la Ley 2/1988 siguen estando vigentes, si bien se puedan añadir otros principios contenidos en la leyes más modernas (como la atención personalizada, la autonomía personal o la calidad). En todo caso, lo importante es la coherencia interna de la Ley, de modo que no suceda como la Ley 2/1988, que tras declarar el principio de descentralización estableció un reparto competencial poco acorde con dicho principio.
- La Ley debe situar al ciudadano en el centro del sistema público, lo que requiere avanzar en el reconocimiento de verdaderos derechos subjetivos en el acceso a las prestaciones del sistema público. Para ello deberán diferenciarse, mediante el catálogo (contenido en la propia Ley) y la cartera (a aprobar por el Gobierno andaluz), entre prestaciones garantizadas, reclamables en vía administrativa y jurisdiccional, y aquellas otras condicionadas a la efectiva disponibilidad de recursos. Y todo ello con la amplitud en la titularidad de derechos ordenada en Estatuto de Autonomía. Asimismo, la Ley deberá contener un catálogo general de derechos de los usuarios de los servicios so-

ciales, sin perjuicio del reconocimiento en otros textos legales de derechos específicos para determinados tipos de usuarios (como los de los centros residenciales) o colectivos (como los menores).

- En relación con la estructura del sistema público, la principal aportación de la Ley 2/1988, esto es los servicios sociales comunitarios, precisan urgentemente de un claro reforzamiento, a la vista de la primacía que debe concederse al enfoque comunitario en las políticas de servicios sociales. Asimismo, en este plano comunitario es imprescindible que la Ley impulse una más estrecha colaboración entre los servicios sociales y los servicios de salud. Y para racionalizar la estructura territorial y garantizar la equidad la distribución territorial de los recursos sociales, es ya inaplazable la aprobación de un verdadero Mapa de servicios sociales.
- Además, y sin perjuicio de la necesaria colaboración de la iniciativa privada en la gestión de las prestaciones de servicios del sistema público, la Ley debería definir aquellas actuaciones que obligatoriamente deben ser de gestión directa por las Administraciones Públicas (en particular, los servicios técnicos de valoración de la situación de necesidad social o personal, la prescripción de los servicios y prestaciones correspondientes y la gestión de las prestaciones económicas).
- Respecto a las competencias de las Administraciones, la Ley deberá dar contenido a las competencias reconocidas como propias a los municipios en el Estatuto de Autonomía y en la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía. Asimismo, la Ley deberá definir de una vez el papel de las diputaciones provinciales en orden a garantizar los servicios sociales en los pequeños municipios.
- En relación con la organización administrativa del sistema de servicios sociales, junto a unas previsiones sumamente flexibles referentes a las estructuras de gestión autonómica, que no condicionen las distintas opciones a disposición del Gobierno andaluz, se propugna un reforzamiento de la coordinación del sistema de servicios sociales con el resto de los sistemas de protección social (en particular, salud, educación y empleo), y de la coordinación entre la Administración autonómica y las entidades locales (Consejo Interadministrativo de Servicios Sociales).
- En referencia a la planificación, la Ley deberá definir con la suficiente precisión el Plan Estratégico de servicios sociales, el cual está llamado a cumplir un papel fundamental en el desarrollo del sistema público, y todo ello sin perjuicio de la previsión de otros planes sectoriales o específicos, así como de planes territoriales.
- Respecto a la financiación de los servicios sociales, entre otros aspectos, la Ley deberá consagrar el criterio de financiación compartida de los servicios sociales comunitarios por parte de la Administración autonómica y de las entidades locales, así como deberá definir los criterios para determinar de forma equitativa la aportación de los usuarios destinada a financiar los servicios sociales recibidos, y las condiciones para hacerla efectiva.

- En relación con la participación, además de revitalizar el Consejo Andaluz de Servicios Sociales, garantizando para ello una participación más equilibrada de la sociedad civil, es necesario ir más allá de los cauces orgánicos e incorporar a la política de servicios sociales la articulación de verdaderos procesos participativos.
- La ordenación de la iniciativa privada, por imperativo insoslayable de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, debe diferenciar claramente entre servicios integrados en el sistema público (que quedarían fuera del ámbito de dicha Ley) y los servicios sociales de iniciativa privada no integrados en el sistema. En relación con éstos, superando reservas ya trasnochadas, la Ley debería explicitar la libertad de prestación de servicios sociales, sin perjuicio de mantener el régimen de autorización administrativa «por razón imperiosa de interés general», pues la comunicación previa no garantiza adecuadamente la protección de los colectivos destinatarios de los servicios sociales. Ahora bien, en nuestra opinión, el interés general queda satisfecho con el deber legal de solicitar la autorización previa, pero no es ya justificable imponer, además, un silencio desestimatorio.
- Por su parte, respecto a los servicios sociales integrados en el sistema, la Ley deberá contener las pautas básicas del sistema de acreditación, hoy en día deslegalizado. A este respecto, somos partidarios de mantener el criterio más extendido según el cual la previa acreditación constituye un requisito preceptivo para que una entidad privada pueda concertar o contratar la provisión de servicios sociales con una Administración pública, pero sin que la obtención de la acreditación otorgue derecho alguno a exigir ni la concertación ni la contratación de sus servicio.
- También deberá la Ley contener las determinaciones imprescindibles para garantizar la calidad de los servicios sociales, al menos, de todos los centros y servicios que integran el sistema público de servicios sociales, con independencia de su titularidad pública o privada, y sin perjuicio de su extensión a determinados servicios sociales no integrados, en razón a la más intensa potencial afectación de los derechos de los usuarios (como son los centros residenciales).
- Finalmente la Ley deberá contener un tratamiento mínimo en relación con la función inspectora, ignorada por la Ley 2/1988. En efecto, es innegable la importancia que la función inspectora ha adquirido como garantía del cumplimiento de la legislación de servicios sociales (y con ella de los derechos de los usuarios), en un ámbito caracterizado justamente por la posición de desventaja social, cuando no de indefensión material, de algunos grupos de usuarios de los servicios sociales (menores, discapacitados...). Pero a estas razones materiales se añade la circunstancia de que ciertas determinaciones referentes a la función inspectora deben estar contenidas precisamente en una norma con rango de ley, en cumplimiento de específicas reservas formales de ley contenidas en el ordenamiento estatal.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO i CUDULÀ, V. (coord.): *Servicios sociales, dependencia y derechos de ciudadanía*, Atelier, Barcelona, 2009.

- *El sistema de serveis socials a Catalunya, garantir drets prestar serveis*, Ed. Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2008, consultable en la siguiente dirección electrónica: <http://www10.gencat.cat/pls/DREP_GPRI/p30.fitxa_publ_port?codi_pub=458&capcal=S>.
- El régimen jurídico de las prestaciones de servicios sociales, en *El marco jurídico de los servicios sociales en España, Realidad actual y perspectivas de futuro*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 47 y ss.
- “La Ley catalana de Servicios Sociales: ¿nuevos derechos de ciudadanía en el estado autonómico?”, en *Revista d'Estudis Federals i Autònoms* 7/2008, pp. 197 y ss.

ALEMÁN BRACHO, C. y ALONSO SECO, J. M^a: “Los sistema de servicios sociales en la leyes autonómicas de servicios sociales”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n^o 27, 2011.

ALONSO SECO, J. M.: “El ‘status’ jurídico-administrativo del interno en centros de la red pública asistencial: derechos y obligaciones”, *Documentación Administrativa*, n^o 271, 2005, pp. 413-440.

ALONSO SECO, J. M. y FERNÁNDEZ SANTIAGO, P.: “El sistema público de servicios sociales”, en ALEMÁN BRACHO, C. (coord.): *Fundamentos de Servicios Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ALONSO SECO, J. M^a. Y GONZALO GONZÁLEZ, B.: *La asistencia social y los servicios sociales en España*, BOE, Madrid, 2000.

ARYMANY LAMOGLIA, E.: “Público y privado en la Ley catalana de Servicios Sociales”, *Cuadernos de Derecho Local*, n^o 21, 2009, pp. 156-180.

BAYARRI i CATALÁN, V. y FILLAT DELGADO, Y.: *Derecho y servicios sociales*, CERMI, Madrid, 2011.

- BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “La articulación de las Administraciones social y sanitaria en la atención integral a los dependientes: realidad actual y necesidades de futuro”, en *Organización y procedimientos administrativos*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 337 y ss.
- “Los servicios sociales”, *RVAP* n^o 57, mayo-agosto 2000, pp. 124 y ss.
 - *El régimen jurídico de la acción social pública*, IVAP, Oñati, 1992.

BERNAL BLAY, M. A.: “La incidencia de la contratación pública en la gestión de los servicios sociales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n^o 29, 2006, pp. 205-236.

CASADO, D.: “Notas sobre el futuro de los servicios sociales: nuevas necesidades, actividades y garantías”, *Documentación Administrativa*, nº 271-272, 2005, pp. 189 y ss.

CASTILLO BLANCO, F. y BARRANCO VELA, R.: *Competencias locales en materia de servicios sociales*, Cemci, Granada, 1994.

CIERCO SEIRA, C.: “Los establecimientos de servicios sociales y la responsabilidad patrimonial de la Administración”, en *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 209 y ss.

EZQUERRA HUERVA, A. (coord.): *El marco jurídico de los servicios sociales en España, Realidad actual y perspectivas de futuro*, Atelier, Barcelona, 2012.

– “El estatuto jurídico de los usuarios de centros y establecimientos de servicios sociales”, *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 126 y ss.

FANTOVA AZCOAGA, F.: *Sistemas públicos de servicios: nuevos derechos, nuevas respuestas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2008.

FERNÁNDEZ RAMOS, S.: “La disciplina en materia de servicios sociales. Mecanismos de control y régimen sancionador”, en *El marco jurídico de los servicios sociales en España, Realidad actual y perspectivas de futuro*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 145 y ss.

– “Los centros residenciales para personas mayores, especial referencia a Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 67, 2007, pp. 11-85.

GARCÉS SANAGUSTÍN, A.: “La participación en los servicios sociales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2011.

– *Prestaciones sociales, función administrativa y derechos de los ciudadanos*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

– *Las prestaciones económicas en el ámbito de la protección asistencial*, Cedecs, Barcelona, 1996 (2).

– *La acción social. Delimitación conceptual y régimen jurídico*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1988.

GARCÍA MAESTRO, M^a. J.: “El control por la Administración Pública de la prestación del servicio a domicilio por entidades privadas a las personas de edad”, en *El nuevo Derecho Administrativo, Liber Amicorum Enrique Rivero Ysern*, Universidad de Salamanca, Ratio Legis, 2011, pp. 591 y ss.

GARCÍA VILLALUENGA (coord.): *El Derecho y los servicios sociales*, Comares, Granada, 1997.

GONZÁLEZ JAIME, E.: *Competencias de las entidades locales de Andalucía sobre servicios sociales*, Iustel 2009.

LÓPEZ MENUDO, F.: “La situación de los servicios sociales en el actual escenario de la crisis económica”, en *El marco jurídico de los servicios sociales en España, Realidad actual y perspectivas de futuro*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 29 y ss.

MAESTRO BUELGA, G. y GARCÍA HERRERA, M. A.: *Marginación, Estado Social y prestaciones autonómicas*, Cedecs, Barcelona, 1999.

MÍGUEZ MACHO, L.: “La transformación del régimen jurídico de los servicios sociales”, *REDA* nº 153, 2012, pp. 33-62.

MORENO REBATO, M.: *Régimen jurídico de la asistencia social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002.

ORTEGA ÁLVAREZ, L.: “Servicios públicos y usuarios de servicios”, *Documentación Administrativa*, nº 271, 2005, pp. 153-174.

PEMÁN GAVÍN, J. M.: “La asistencia social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general”, *Documentación Administrativa*, nº 271-272, 2005, pp. 39-80.

- “El marco jurídico de la asistencia social: competencias, modalidades y principios de la acción administrativa”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 23, 2003, pp. 41 y ss.
- “Los centros y establecimientos de servicios sociales en España. Una introducción”, en *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, lustel, Madrid, 2011, pp. 19 y ss.

SALAMERO TEIXIDÓ, L.: “Los mecanismos de control como garantía de los derechos de usuarios de centros y establecimientos de servicios sociales”, *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, lustel, Madrid, 2011, pp. 150 y ss.

SEOANE, C. y LUMBIERRES, C.: “Iniciativas privadas en la gestión de la acción social en Aragón”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 21, 2002, pp. 495 y ss.

TORNOS MAS, J.: “Efectividad de los derechos y exigibilidad de los servicios sociales”, *Documentación Administrativa*, nº 271, 2005, pp. 371-388.

- “La configuración de las prestaciones sociales como derechos subjetivos”, en *El sistema de serveis socials a Catalunya, garantir drets prestar serveis*, Ed. Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 2008, pp. 81 y ss.

TORNOS MAS, J. y GALÁN GALÁN, A.: *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, p. 59.

VAQUER CABALLERÍA, M.: “Las relaciones entre la protección social y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas”, *Documentación Administrativa*, nº 271, 2005, pp. 573 y ss.

- «De nuevo sobre la doctrina europea de los servicios de interés general: los problemas para definir la familia de los “servicios sociales” y su aplicación en materia de vivienda», *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 25, 2010.
- *La acción social* (Un estudio sobre el Estado social de Derecho), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

VILÀ Y MANCEBO, A.: *Tendencias de la nueva legislación de los servicios sociales*, EAPN, Madrid, 2009.

VILLAR ROJAS, F. J.: “Iniciativa privada y formas de prestación de los servicios sociales. Las redes o sistemas públicos de servicios sociales”, en *El marco jurídico de los servicios sociales en España, Realidad actual y perspectivas de futuro*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 87 y ss.

- “Formas de gestión de los servicios sociales: en particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios”, *Documentación Administrativa*, nº 271-272, 2005, pp. 389-412.
- “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, *Revista de Administración Pública*, nº 172, 2007, pp. 141-188.

VV.AA.: *El derecho público de la acción social*, *Documentación Administrativa*, nº 271-272, 2005.

Capítulo III. RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN E INCLUSIÓN SOCIAL EN LA COMUNIDAD ANDALUZA

Lorenzo Mellado Ruiz

I. CRISIS ECONÓMICA Y EXCLUSIÓN SOCIAL: LA DOBLE FUNCIONALIDAD DE LA «RENDA MÍNIMA DE INSERCIÓN» COMO MECANISMO DE SOLIDARIDAD

El agravamiento y la dilatación exponencial de la actual crisis económico-financiera están incrementando lógicamente los problemas de exclusión social, empobrecimiento y desempleo crónico de la sociedad española del siglo XXI. Según informaciones periódicas de los primeros meses del año 2012, existen más de 11,5 millones de personas ya en riesgo de pobreza o exclusión social, concepto más amplio y no limitado exclusivamente a la carestía de recursos económicos. España es, hoy en día, el noveno país de Europa con la peor tasa (25,5%) de población en riesgo de pobreza. Y Comunidades Autónomas como Andalucía, Murcia o Canarias superan el 35%¹. No se trata ya tanto de debatir, como se viene

¹ Mayor tasa de riesgo de exclusión social que países enteros como Lituania (33,4%), Hungría (29,9%) o Polonia (27,8%). Por ello se dice que España es el país de la UE donde más han aumentado las diferencias entre ricos y pobres en los últimos años, coincidiendo con la crisis económico-financiera global. Según Cáritas, *“la pobreza en España es más extensa, más intensa y más crónica que nunca”*, *Diario El Confidencial*, 22 de julio de 2012. Pero también la desigualdad es intensa a nivel interno. Mientras que Andalucía registra actualmente más del 36% de su población en riesgo de pobreza o exclusión social, la Comunidad Foral de Navarra sólo tendría en esta situación a un 9,7% de su población, *Diario ABC Andalucía*, 18 de julio de 2012, recogiendo datos del Informe elaborado por el Instituto de Estudios Económicos a partir de informaciones de la Oficina Estadística Comunitaria (Eurostat).

haciendo en los últimos años, sobre el agotamiento, la crisis o la misma autodestrucción del Estado del Bienestar, sino de plantear su superación o renovación estructural². Frente al enquistamiento político y social de la discusión sobre la capacidad pública de mantenimiento del nivel actual de servicios y prestaciones sociales, en torno al modelo tradicional intervencionista-regulador, parece necesario, y casi inevitable, plantearse nuevos escenarios de cambio profundo del modelo de producción y consumo, y de las relaciones entre el entorno económico y la situación del ciudadano en la nueva sociedad globalizada. Es necesario replantear, en el fondo, aún sin renunciar a ellos, los propios elementos estructurales básicos de la denominada Constitución (material) social³. Por eso, se ha podido hablar, más que de crisis del Estado social, de crisis del “*principio de solidaridad*”⁴. Ni siquiera puede defenderse seriamente que en los años de bonanza económica, dicho crecimiento económico haya implicado, automática y directamente, mayor progreso. Evidentemente, no todo progreso o desarrollo es, sin más, avance. Sólo lo puede ser, realmente, el desarrollo económico sostenible, pleno y compatible con la cohesión, la participación y la justicia sociales, desde la ineluctable caracterización “teleológica” del Estado social⁵. Más sencillamente, el bienestar de la población, o el mantenimiento de un determinado nivel de calidad de vida, no depende sólo de los recursos y del conocimiento, sino, como se sabe, de la “equitativa” y razonable distribución de la riqueza⁶. Cada vez adquieren más importancia, así, los denominados “*derechos humanos emergentes*”⁷. Los intentos legislativos, las grandes

² En un reciente y trabajado estudio ha puesto de manifiesto el profesor Rodríguez-Arana precisamente la íntima conexión entre la superación de la concepción actual del Estado de Bienestar y la garantía ineludible de un mínimo de bienestar social de los ciudadanos, equilibrio que, en tiempos de recortes y supresión de derechos sociales, se ve ciertamente lejano de conseguir. Como bien dice el autor, “*la crisis en la que nos encontramos es consecuencia del entendimiento estático, clientelar y cerrado del Estado del Bienestar que han seguido diferentes gobiernos europeos de diferentes colores políticos. [...] Pero bien común, interés general, subsidiariedad y bienestar son conceptos que están más unidos de lo que parece. Por eso, en el estudio sobre el llamado Estado del Bienestar y su crisis deben desarrollarse convenientemente estos conceptos. El bien común, trasunto filosófico del concepto jurídico-administrativo del interés general, es la clave porque implica ayuda para que los individuos puedan conseguir los fines esenciales de la vida*”, J. Rodríguez-Arana, *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 99 y 102. Más en concreto, también ha insistido en la virtualidad de los sistemas de ingresos mínimos de inserción como mecanismo de renovación del Estado de Bienestar, y su transformación en una “*verdadera comunidad de calidad de vida*”, R. Pinilla Pallejá, *Más allá del Bienestar. La renta básica de la ciudadanía como innovación social basada en la evidencia*, Icaria, Barcelona, 2006, p. 116. Y es que, como dice el autor, la renta básica no es un instrumento más de la política social: “*Es una garantía fundamental a partir de la cual conviene revisar todo el sistema institucional. [...] Porque tiene la virtud de facilitar una revisión integral y coherente del sistema fiscal y de protección social*”.

³ Véase J. M^a. Rodríguez de Santiago, *La Administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 37 y ss.

⁴ P. Rosanvallon, *La crisis del Estado providencia*, Civitas, Madrid, 1995.

⁵ En este sentido, puede consultarse el magnífico estudio de J. M^a. Rodríguez de Santiago, *La Administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 18 y ss.

⁶ Véase J. Iglesias Fernández, *El derecho ciudadano a la renta básica. Economía crítica del bienestar social*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 1998, p. 133.

⁷ La Carta de Derechos Humanos Emergentes (Barcelona, 2004) recoge el “derecho a la renta básica” en su art. 1.3, definiendo los derechos humanos emergentes como aquellos surgidos de la necesidad de adaptar las instituciones sociales y jurídicas a los cambios económicos, culturales, científicos y técnicos que acompañan a los procesos de

declaraciones y actuaciones programáticas, tanto a nivel estatal como internacional, y el mismo debate social sobre el tránsito hacia una nueva economía sostenible y hacia nuevas fórmulas de equilibrio y racionalidad presupuestaria en el ámbito de las Administraciones Públicas, ponen de manifiesto la necesidad, extrema en algunos casos, de superar el modelo clásico prestacional, interventor y casi asistencial de los poderes públicos frente a las necesidades sociales de los ciudadanos. La lucha contra la pobreza y la exclusión social, en sus múltiples manifestaciones, exige hoy nuevos mecanismos e instrumentos no sólo de ordenación jurídico-pública sino de intervención y corresponsabilización de los ciudadanos, pero siempre garantizando un nivel mínimo e irreductible de asistencia y servicios sociales para atender las necesidades sociales básicas de los ciudadanos⁸.

Se impone quizás, como se ha señalado, la modelación de un “nuevo sistema de servicios sociales”⁹, superándose, de un lado, la visión tradicional meramente asistencialista o benefactora de la acción pública social, y adaptándose, de otro, a los nuevos requerimientos y demandas de una sociedad cambiante y globalizada, con prevalencia de las acciones preventivas, integradoras y personalizadas y generación de políticas multinivel con combinación de medidas de protección social, de garantía de ingresos mínimos y de instrumentos y servicios públicos eficaces de favorecimiento activo de la inclusión social. Realmente los retos no son nuevos, ni desconocidos, pero sí difíciles de afrontar, sobre todo en la actual situación de crisis: diversificación y cronificación de las causas y las situaciones de pobreza y exclusión social, precarización del trabajo y disminución de las ayudas sociales, cambios demográficos y poblacionales consecuencia de las libertades de circulación a nivel comunitario, persistencia en determinados ámbitos de desigualdades de género y “feminización” de la pobreza, etc. Puede decirse, quizás, que la intervención pública social se proyecta hoy sobre tres grandes objetivos o líneas de acción, en el fondo interconectadas

globalización, véase B. Barragué, *Derechos humanos, teorías de la justicia y modelos de renta básica: la propuesta erótica del radical-republicanismo*, en M. E. Rodríguez Palop; I. Campoy Cervera y J. L. Rey Pérez (eds.), *Desafíos actuales a los derechos humanos: la renta básica y el futuro del Estado social*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 57.

⁸ De hecho, como se sabe, la lucha contra la pobreza (en el sentido económico del término) constituyó el germen de la típica actuación administrativa social de beneficencia. Hoy, los sistemas de servicios sociales, y la actividad global de la Administración de “acción social” trasciende, lógicamente, dicha perspectiva, en tanto que sus destinatarios son todos los ciudadanos con algún tipo de necesidad. El Estado social no es un Estado meramente asistencial o benefactor, limitado a la procura económica existencial de los ciudadanos. Es un Estado conformador de la realidad social, donde la clave no reside ya en la pobreza, en tanto estado personal de carácter individual medida en términos de carencia de recursos económicos, sino en el riesgo de exclusión y marginación social, como factor multidimensional y de naturaleza colectiva. Por eso, se ha dicho, “la lucha contra la exclusión social debe tener como objetivo la dotación de oportunidades y capacidades para las personas”, con tres componentes básicos: “protección social para el mantenimiento de rentas, acciones para la participación en el mercado de trabajo y servicios sociales de calidad que acompañen el proceso de integración y creación de redes sociales e institucionales”, C. Alemán Bracho; J. M^a. Alonso Seco y M. García Serrano, *Servicios sociales públicos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 306.

⁹ Véase, así, V. Aguado i Cudolá, *Estudio preliminar: servicios sociales, dependencia y derechos de la ciudadanía en Cataluña*, en V. Aguado i Cudolá (coord.), *Servicios sociales, dependencia y derechos de ciudadanía*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 20.

y entrelazadas con la propia dinámica social de fragmentación e individualismo colectivo: precariedad, exclusión y marginación¹⁰.

Así lo viene entendiendo la Unión Europea desde hace algunos años (desde la formalización de las primeras experiencias de garantía de un “*mínimo social*” en Dinamarca), desde el objetivo nuclear de modernización del “*modelo social europeo*” a través de un nuevo “*Estado de Bienestar activo*”. Aun partiendo del carácter ancilar de los fines de inclusión social y lucha contra la pobreza, en tanto parte integrante de los objetivos comunitarios en materia de crecimiento y empleo¹¹ y dentro del conocido como “*método abierto de coordinación*”, es claramente perceptible en el escenario europeo un cambio de tendencias en la configuración y desarrollo de las políticas sociales, tanto transversales como sectoriales. Se ha podido apuntar, así, que la inclusión social se ha convertido en un elemento de cohesión social a nivel europeo a través de la combinación de distintos planes de acción territoriales¹². Así por ejemplo, y recogiendo el testigo de los primeros pronunciamientos sobre esta materia, como la Resolución del Parlamento Europeo de 16 de septiembre de 1988, contra la pobreza¹³, la Recomendación de la Comisión 2008/867/CE, de 3 de octubre, sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral, aboga por el establecimiento de estrategias nacionales de carácter integrado y global de inclusión o retorno activos al mercado laboral, combinando tres aspectos clave: un apoyo a la renta adecuado, unos mercados de trabajo inclusivos y la garantía de acceso a unos servicios de calidad¹⁴.

En este contexto, apretadamente expuesto, el “derecho a una renta mínima de inserción” por parte de los ciudadanos cobra una especial relevancia, tanto desde el punto de vista, lógicamente preponderante en los tiempos actuales, de su naturaleza asistencial-promocional (como “*última línea roja*” o “*red de protección*”, se ha dicho, del nivel de subsistencia personal y familiar¹⁵), como desde la óptica de interdicción activa del fenómeno

¹⁰ Véase R. Susín Betrán, *La regulación de la pobreza. El tratamiento jurídico-político de la pobreza: los ingresos mínimos de inserción*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, Logroño, 2000, p. 245.

¹¹ Por ello se ha criticado la deriva progresiva de la construcción original del mismo hacia nuevos esquemas de legitimación del proceso de integración neoliberal en el ámbito europeo, véase I. H. Christoph Hermann, “El modelo social europeo entre la modernización competitiva y la resistencia frente al neoliberalismo”, *Revista de Economía Crítica*, 6, (2008), pp. 15 y ss.

¹² Véase J. L. Monereo Pérez y J. A. Fernández Avilés, *El ingreso mínimo de solidaridad*, en J. L. Monereo Pérez y C. Serrano Falcón (dirs.), *Derecho social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Comares, Granada, 2009, p. 467.

¹³ En esta Resolución se instaba ya a los poderes públicos a instaurar una renta mínima garantizada para favorecer la inserción de los ciudadanos más pobres de la sociedad.

¹⁴ Sobre la evolución y características de los diferentes sistemas de renta mínima o de subsistencia a nivel europeo, puede verse M. Jiménez Laceras; C. Navarro Fernández; M. Negro López y J. L. Ruiz Álvarez, *La renta mínima garantizada en el marco de la lucha contra la pobreza*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1990, especialmente pp. 26 y ss.

¹⁵ Véase, en este sentido, S. Quesada Polo, “Planteamiento y Recomendaciones del Consejo de Europa sobre seguridad social y renta mínima”, *Documentación Social*, número especial dedicado a “Renta mínima y salario ciudadano”, 78, (1990), p. 34.

de exclusión social de determinadas personas, grupos o colectivos. Quizás no haya que seguir prestando todos y cada uno de los servicios y prestaciones sociales que hemos ido acumulando (desde, a mi juicio, un desproporcionado “derecho a la exigencia”) confiando en la ilimitada capacidad financiera, estratégica y organizativa de los poderes públicos (lo que se ha demostrado, evidentemente, incierto), sin que ello comporte una pérdida o minoración del Estado del bienestar, pero, por el contrario, sí parece evidente que es necesario mantener y garantizar, aún desde nuevas pautas de flexibilidad y diversificación regulatoria, aquellos instrumentos de intervención social especialmente dirigidos, como última tabla de salvación –en sentido estricto– de personas, colectivos, zonas geográficas o grupos sociales especialmente marginados, desprotegidos o vulnerables¹⁶. Se impone, pues, seguramente, una nueva redefinición del Estado social. Aún desde las estructuras del denominado “Estado material de Derecho”, la nueva “legitimidad” de la acción social debe buscarse en la versatilidad y adaptabilidad de los procedimientos y pautas de actuación de los poderes públicos, en lo que se ha denominado “aplicación del derecho útil o regulativo”¹⁷. Porque lo importante no es –aunque también– erradicar los procesos de pobreza extrema, desde una visión simplista y estática de la exclusión social, sino restituir al ciudadano en la “justicia e igualdad material”, de tal forma que la renta básica universal podría entenderse como un instrumento no sólo de inclusión social (asistencia económica y programas de inserción), sino de “legitimidad política”¹⁸. Hilvanando las notas de marginalidad, insatisfacción personal y comunitaria y desarraigo y estigmatización del grupo social, se ha entendido que, en el fondo, la “exclusión social” implica la falta (crónica o coyuntural) de acceso a una gran cantidad de bienes y servicios materiales, a los servicios sociales, educativos, sanitarios, a la protección social y a una participación activa en la toma pública de decisiones¹⁹. Es evidente, pues, que la “exclusión social” es algo más amplio²⁰, y más

¹⁶ Sobre la viabilidad financiera de los mecanismos de renta básica se ha manifestado, por ejemplo, J. Iglesias Fernández, *El derecho ciudadano...*, op. cit., p. 155.

¹⁷ R. Susín Betrán, *La regulación de la pobreza...*, op. cit., pp. 262-263.

¹⁸ H. O. Seleme, *Renta básica: ¿una herramienta para satisfacer deberes humanitarios, de justicia o de legitimidad?*, en M. E. Rodríguez Palop; I. Campoy Cervera y J. L. Rey Pérez (eds.), *Desafíos actuales...*, op. cit., pp. 110 y ss. “La solución es la legitimidad, esto es, la posibilidad efectiva de participación política. Garantizar que todos los ciudadanos cuenten con los medios necesarios para ese fin –y no meramente que no sean pobres o no tengan hambre– debe ser el objetivo de la renta básica. En dichas circunstancias, la renta básica debe tener por objeto garantizar los intereses de «autoría», no sólo los intereses humanitarios” (p. 116).

¹⁹ Véase J. Estivill, *Panorama de la lucha contra la exclusión social. Conceptos y estrategias*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003, p. 15.

²⁰ Sobre el concepto de “exclusión social” y su interrelación con los fenómenos de la pobreza y la desigualdad, puede verse J. A. Gimeno Ullastres, *Exclusión social y Estado de Bienestar*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004. A pesar de su generalización se trata, realmente, de un concepto en construcción, que parece abarcar no obstante tres órdenes o planos de sustantivización: la exclusión como fenómeno de “desigualdad y estratificación”, como concepto equivalente al de “marginación” o como dinámica socioeconómica enmarcada en los “procesos postindustriales”, E. Raya Díez, “Exclusión social: indicadores para su estudio y aplicación para el trabajo social”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 70, (2007), p. 158.

grave, que la estricta pobreza económica²¹. Hoy, la acción social impone la consideración global de cualesquiera *situaciones de necesidad* de la persona²², desde un enfoque de efectiva intervención social de corte pluridimensional y relativo²³. Como se ha dicho, “*el concepto de pobreza actualmente supera las tradicionales visiones exclusivamente economicistas y ya no comprende simplemente una carencia de bienes materiales, [...] sino una carencia de bienes materiales, humanos y sociales que determina la falta de autonomía en la persona y su incapacidad para el ejercicio de su condición de ciudadano*”²⁴. La renta mínima es un mecanismo de solidaridad que no implica una mera ayuda económica para las situaciones más desfavorecidas, desde la perspectiva clásica de la asistencia social, sino, paralela y complementariamente, de estímulo y promoción para la “dignificación” real del ciudadano, a través de la consecución o recuperación del empleo y, en el fondo, de su papel activo en la propia sociedad. Los ingresos mínimos de inserción responden, así, a las ideas de renovación estructural del Estado del bienestar, sustituyendo la acción pública meramente interventora o represiva, de carácter básicamente sectorial, por nuevos objetivos mediales y complementarios entre sí de reestructuración o modulación, a través de la promoción integral de la persona, del tejido social y de integración social. En momentos de acentuación de las desigualdades y de *ascensión de la vulnerabilidad o riesgo social*, obedecería a una responsabilidad pública en el mantenimiento de un nivel de vida mínimo de los ciudadanos, como uno de los derechos sociales básicos²⁵, entendiéndolos, como se ha hecho, como “*elemento vertebrador y esencial del propio Estado*”²⁶.

La renta básica, entendida como un ingreso incondicionado y universal sufragado por la comunidad política a todos sus miembros, cobraría, pues, un papel fundamental en la “*reformulación*” del Estado del Bienestar²⁷.

²¹ Aunque es evidente, como se ha destacado, que la pobreza es el eje gravitatorio de los procesos excluyentes, M^o. B. Cardona Bubern y F. López i Mora, *A modo de prólogo: reflexiones sobre la exclusión social*, en M^o. B. Cardona Rubert, *Empleo y exclusión social: rentas mínimas y otros mecanismos de inserción sociolaboral*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008, p. 14.

²² M. Vaquer Caballería, *La acción social*, op. cit., p. 177.

²³ Sobre las transformaciones de la acción social pública en nuestro país puede verse J. M. Pemán Gavín, *Los centros y establecimientos de servicios sociales en España. Una introducción*, en A. Ezquerro Huerva (coord.), *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 20 y ss., y una acertada sistematización de los principios rectores de la intervención administrativa en esta materia, puede consultarse con provecho en J. C. Alli Turrillas, *La intervención administrativa en el ámbito de la acción social y la inmigración*, en E. Linde Paniagua (coord.), *Parte Especial del Derecho Administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*, 2^a ed., Colex, Madrid, 2012, pp. 686 y ss.

²⁴ R. Susín Betrán, *La regulación de la pobreza. El tratamiento jurídico-político de la pobreza: los ingresos mínimos de inserción*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, Logroño, 2000, p. 234.

²⁵ Á. Martín Giner, “La Renta Mínima de Inserción: contradicciones e incertidumbres”, *Cuadernos de Trabajo Social*, 20, (2007), p. 299.

²⁶ J. Tajadura Tejada, *La crisis de los derechos sociales en el contexto de la mundialización*, en *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, 2, (2006), p. 122.

²⁷ Véase, en general, el conjunto de estudios incluidos en la obra M. E. Rodríguez Palop; I. Campoy Cervera y J. L. Rey Pérez (eds.), *Desafíos actuales a los derechos humanos: la renta básica y el futuro del Estado social*, Dykinson, Madrid, 2012.

Conviene resaltar, desde el principio de este estudio, esta doble dimensión del instrumento o figura que analizamos, sobre todo en momentos cruciales de replanteamiento de la propia funcionalidad de la Administración social²⁸, de la capacidad (y los límites) de la acción asistencial de los poderes públicos, del patente agravamiento de la fractura social entre ricos y pobres y de la propia transversalidad, fáctica y jurídica, de la intervención jurídico-pública en la esfera personal, familiar y colectiva de los ciudadanos. El índice de desempleo alcanzado en España en los últimos años, el incremento del riesgo de vulnerabilidad social de determinados colectivos, como los inmigrantes o la misma población joven, los problemas de integración y exclusión social de una sociedad, a la vez individualista pero globalizada²⁹, la propia desintegración del papel de la soberanía nacional (y de la capacidad real de toma de decisiones, entre otros extremos, en materia de política social) y su dilución en nuevas estructuras supranacionales de naturaleza nodular e interconectada, pero de lógica economicista, etc., exigen prestar atención, y desarrollar normativamente, todos aquellos instrumentos y fórmulas de reinserción activa sociolaboral, pero garantizando a la vez un sistema de protección mínima para las situaciones de carencia extrema de ingresos e imposibilidad de acceso al mercado de trabajo.

La figura de las rentas mínimas obedece, por tanto, a una visión amplia e integradora de la denominada ahora “acción social”, en tanto sector público (y privado) de actividad encauzado a la efectiva materialización del mandato constitucional de solidaridad y expresión más acabada de la cláusula del Estado social. Se trataría de un instrumento o mecanismo integrado ahora en los denominados “sistemas de protección social públicos”³⁰, como estructuras integradas y complejas de garantía tanto de prestaciones económicas, contributivas o no, como de servicios sociales de prestación material. La naturaleza bifronte de este mecanismo conecta, así, con una clara evolución, tanto terminológica como sustantiva, de densificación o racionalización jurídica desde las iniciales ideas de “caridad” y “beneficencia”, pasando por el concepto más restrictivo de “asistencia social”, hasta llegar, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, a la generalización, sobre todo por la acción legislativa de las Comunidades Autónomas, de la expresión “acción social”, como deber jurídico de los poderes públicos y, a la vez, derecho de los ciudadanos³¹. La

²⁸ Se ha llamado la atención, así, a la necesidad de “reordenar la protección social en base a la existencia de un mínimo social garantizado, que tienda a la protección de la necesidad y no sólo del trabajador”, pero vinculado a un “serio y adecuado proceso de formación y reinserción”, E. Rojo Torrecilla, “La renta mínima garantizada: aproximación jurídico-social a las primeras experiencias”, *Temas Laborales*, 17, (1991), p. 58.

²⁹ Precisamente la “lógica economicista” e impersonal, propia e inherente al fenómeno presente de la mundialización o globalización, ha sido destacada como la “mayor amenaza para el Estado Social y los derechos sociales”, J. Tajadura Tejada, *La crisis de los derechos sociales...*, op. cit., pp. 123 y ss. El reto es, pues, dice el autor más adelante, conseguir la “desmercantilización de la sociedad” (p. 128).

³⁰ C. Alemán Bracho; J. M^a. Alonso Seco y M. García Serrano, *Servicios sociales públicos*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 26-27, destacando, así, el carácter sistémico y diversificado de los modelos actuales de protección social.

³¹ Véase, en profundidad, M. Vaquer Caballería, *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 47-48 y 64. Entiende el autor por “acción social” el “conjunto de

acción social es hoy una política plural y diversificada tendente al bienestar social de la población. Al clásico enfoque preventivo y asistencial (benefactor) se unen ahora, de forma explícita, los objetivos de promoción personal y colectiva y de reintegración de la persona en la sociedad, complementando las prestaciones económicas con nuevos servicios y acciones de naturaleza integrada y material.

II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA FIGURA DE LAS “RENTAS MÍNIMAS DE INSERCIÓN”

1. El problema de la distinción entre “renta mínima o activa de inserción” y “renta básica”

Como se ha señalado, ambas figuras consisten en una prestación o ingreso que trata de subvenir situaciones de necesidad de los ciudadanos, pero mientras que las denominadas “rentas mínimas” o “rentas de inserción” son técnicas e instrumentos de protección y asistencia con un enfoque proactivo y dual del mercado de trabajo, como técnica intermedia entre los instrumentos de asistencia y protección pasiva (sistemas de protección) y las propias políticas activas de empleo, las “rentas básicas” o “salarios universales” (*citizenship income*) se configuran más bien como instrumentos alternativos y complementarios de lucha contra la exclusión social y la pobreza, consistentes sólo en una cantidad o ingreso mínimo, de carácter universal e ilimitado, aunque suficiente, y exigible a título individual por cualquier ciudadano³². Los ingresos mínimos de inserción, y, en general, la generalidad de las prestaciones económicas de la configuración actual de la acción social, se rodean de determinados requisitos y condicionantes (temporales, subjetivos, finalistas, etc.), mientras que las denominadas rentas básicas, rentas de ciudadanía o subsidios universales suelen conceptuarse como prestaciones incondicionadas que no buscan la reinserción o reincorporación de los beneficiarios a la sociedad o al mundo laboral, sino simplemente garantizar la subsistencia mínima de recursos de los destinatarios.

Aunque desde el punto de vista estrictamente normativo-competencial, y desde su propia calificación jurídica (derecho de los ciudadanos o instrumento jurídico-público de interven-

prestaciones públicas gratuitas, o no contributivas, ofrecidas a la persona bien sea para atender su especial intensidad de necesidades comunes, no cubierta por los servicios públicos tradicionales (como la educación, la sanidad, la seguridad social o la cultura), bien sea en razón de una situación de necesidad particular o diferencial” (p. 168).

³² M^a. L. de la Flor Fernández, “El programa de solidaridad de los andaluces. El ingreso mínimo de solidaridad”, *Temas Laborales*, vol. II, 100, (2009), p. 489. Las denominadas “rentas universales”, de naturaleza por tanto pasiva y unidimensional, se presentan realmente como “*mecanismos de redistribución de la renta*”, que, a partir del concepto de ciudadanía, pretenden mejorar la situación de los estratos más débiles de la población, desde las notas de individualidad, universalidad e incondicionalidad. Como ha destacado, por ejemplo, A. Ginés i Fabrellas, *La renta básica en Cataluña. Reflexiones en torno a su viabilidad competencial*, XXI Congreso Nacional de la AEDTSS, la renta básica se caracterizaría por tres notas básicas: individualidad, universalidad e incondicionalidad.

ción, fórmula de asistencia social o mecanismo de promoción sociolaboral, elemento de políticas pasivas o activas de empleo, etc.), la técnica de las rentas mínimas de inserción siga planteando, como se estudiará más adelante, algunos problemas dogmáticos³³, lo cierto es que se trata de un instrumento bidimensional con una funcionalidad y una orientación claramente identificables, en tanto específico “*derecho social de prestación*”³⁴, desde la íntima conexión entre la integración e inclusión social y el desempeño de un puesto de trabajo digno. A pesar de ello, su progresiva configuración actual no deja de plantear dudas sobre la estricta funcionalidad de sus objetivos, como mecanismo de acentuación de las políticas intervencionistas o represoras (es decir, como un retocado proceso de «*asistencialización*» público-institucional con mayor control sobre los beneficiarios y redefinición del propio espacio público), al anudar la percepción económica a una necesaria actividad privada de reinserción, o como instrumento de efectiva democratización y dignificación social de la persona.

La distinción apuntada encuentra su reflejo, en el caso andaluz, en la propia Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, que aunque no se refiere expresamente al primero de los mecanismos reseñados, sí reconoce en el art. 23.2 el derecho universal “*a una renta básica que garantice unas condiciones de vida digna y a recibirla, en caso de necesidad, de los poderes públicos con arreglo a lo dispuesto en la ley*”. El Estatuto entroniza, además, la propia “*cohesión social*” como objetivo básico de la Comunidad Autónoma (art. 10.3.14º), mediante un sistema eficaz de bienestar público, con especial atención a los colectivos y zonas más desfavorecidas social y económicamente, a fin de facilitar su integración plena en la sociedad andaluza³⁵. El problema es que, y a modo introductorio de lo que se desarrollará más adelante, la normativa de desarrollo, todavía en proceso de elaboración, no ha acogido con tanta claridad la diferenciación entre ambos instrumentos de inclusión y asistencia social³⁶. El Proyecto de Ley de Inclusión Social de Andalucía (en adelante PLISA), que a pesar de su

³³ Ha resaltado los problemas de distinción entre ambas figuras, por ejemplo, R. Barranco Vela, *Derechos, principios y objetivos relacionados con el acceso a las prestaciones sociales, la cohesión social y la lucha contra la marginación y la exclusión* en F. Balaguer Callejón (dir.), *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, IAAP, Sevilla, 2008, p. 228.

³⁴ E. Carmona Cuenca, *Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital*, en *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, 2, (2006), p. 176.

³⁵ Además, el art. 37.1.7º EA recoge como uno de los principios rectores de las políticas públicas la atención social a personas que sufran marginación, pobreza o exclusión y discriminación social.

³⁶ Se trata, de hecho, de un problema generalizado. La intercambiabilidad de ambas figuras es recurrente, tanto a nivel interno como supraestatal, desde su incorporación a la discusión académica en los años 80. La doctrina utiliza así indistintamente ambas figuras, aunque aparejando en cada caso características y especificaciones peculiares. En la propia Unión Europea, y desde la generalización de los sistemas de garantía de renta mínima, existe una amplia diversidad de regímenes, variando el cálculo de las dotaciones, los requisitos para su obtención, los presupuestos subjetivos para el acceso a la ayuda, los modelos de financiación, e, incluso, la propia naturaleza jurídica de la prestación. Incluso, según los países, varía también el propio procedimiento de garantía y prestación de la renta básica, instrumentado en ocasiones mediante pagos o ingresos directos, pero configurado en otros casos como un procedimiento de repercusión fiscal indirecta de los ingresos por renta.

carácter provisional manejaremos aquí como elemento normativo basilar de referencia, reconoce claramente el derecho a una renta básica (art. 3.a), como prestación pública plena y directamente exigible, pero lo define como “una prestación económica de carácter periódico que tiene por objeto garantizar los medios necesarios para la subsistencia en el proceso de integración social” (art. 5). Más allá de la propia indeterminación de alguno de sus componentes, casi inevitable en las actuales construcciones conceptuales positivas, lo cierto es que la definición parece acercar más esta figura a la reseñada noción de renta universal o mínima, aunque tal sensación se difumine luego con la incorporación a su régimen jurídico del procedimiento para su obtención y del necesario y complementario Plan de Inserción de los beneficiarios.

Lo cierto es que no existe, ni a nivel dogmático ni a nivel normativo, uniformidad en la calificación jurídica de este instrumento de ayuda e inclusión social³⁷. Parece más adecuado atender por tanto, sobre todo a la luz de la diversidad regulatoria tanto a nivel comunitario como autonómico, a las características o notas funcionales del mismo, desde una aproximación conceptual de corte material o sustantivo³⁸.

³⁷ Así por ejemplo, se ha podido denominar como “derecho a un mínimo vital”, siguiendo los precedentes normativos y convencionales supraestatales, a lo que nosotros entendemos por “renta básica” o “universal”, en tanto cantidad mínima concedida a una comunidad para hacer frente a las necesidades más básicas o perentorias de la misma y de los individuos que la conforman, véase E. Carmona Cuenca, *Los derechos sociales de prestación...*, op. cit., p. 184.

³⁸ Un rápido repaso a la diversidad normativa de las distintas Comunidades Autónomas que se han ocupado de esta materia pone de relieve lo apuntado en el texto. En muchas de ellas, este ingreso mínimo de subsistencia se califica como “renta básica”, pero sin embargo no se limita a una prestación económica asistencial, sino que suele acompañarse, atendiendo a esa doble naturaleza de derecho prestacional y de derecho de coparticipación comunitaria, de un programa complementario de “incorporación social o sociolaboral” (por ejemplo, Ley Foral 13/2008, de 2 de julio, de modificación de la Ley Foral 9/1999, de 6 de abril, para una Carta de Derechos Sociales; Ley del Principado de Asturias 4/2005, de 28 de octubre, de Salario Social Básico, desarrollada por el Decreto 29/2011, de 13 de abril, o Ley 3/2007, de 16 de marzo, de Renta Básica de Inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia). Por el contrario, en otras ocasiones, y respondiendo a esta misma naturaleza dual, si se habla expresamente de “renta mínima de inserción”, como en la Ley catalana 10/1997, de 3 de julio, de la Renta Mínima de Inserción, desarrollada por el Decreto 384/2011, de 30 de agosto, y modificada recientemente a través del Decreto-Ley 1/2010, de 12 de enero, que conceptúa, incluso, la Renta Mínima de Inserción, más que como instrumento o figura singular, como “un conjunto de acciones que, bajo el principio de solidaridad y subsidiariedad, tiene como finalidad prestar el apoyo adecuado a todas las personas a quienes les haga falta para atender las necesidades básicas para vivir en sociedad, con los recursos convenientes para mantenerse y para favorecer la inserción o reinserción social y laboral”. En otras, para acentuar el carácter integrador de la figura, se califica como “prestación de inserción”, incidiendo en su doble dimensión o funcionalidad, incluso desde la perspectiva de su misma desvinculación causal: como ayuda económica básica, y como conjunto de actividades de inserción (por ejemplo, Ley 1/2007, de 17 de enero, por la que se regula la Prestación Canaria de Inserción), o como, de forma más depurada y completa, “Sistema de Garantía de Ingresos e Inclusión Social”, con dos componentes esenciales, las prestaciones económicas y los instrumentos orientados a la inclusión social y laboral, incluyéndose dentro de las primeras, a su vez, dos categorías claramente diferenciadas: las prestaciones económicas de derecho –Renta de Garantía de Ingresos y Prestación Complementaria de Vivienda– y las ayudas económicas subvencionales –Ayudas de Emergencia Social– (Ley 18/2008, de 23 de diciembre, del País Vasco, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social, y Decreto complementario 147/2010, de 25 de mayo). Finalmente, otras normas autonómicas optan por poner el acento en la finalidad tuitiva de estas medidas de asistencia social, aunque sin alterar realmente los requisitos o elementos materiales de las mismas. Así por ejemplo, la Ley 9/2007, de 12 de marzo, de la Generalitat Valenciana, de Renta Garantizada de Ciudadanía.

2. Una propuesta convencional de sistematización nominativa

En este sentido, quizás podría hablarse, para clarificar la distinción entre una y otra figura, de *salarios universales mínimos* frente a *rentas activas de inserción*, o de *rentas mínimas de subsistencia* frente a *rentas mínimas de inserción*, o, de *rentas básicas mínimas* frente a *prestaciones activas de integración*. En el fondo, la diversidad regulatoria (al tratarse de competencias autonómicas) y la misma relatividad del discurso político-formal (en un escenario más proclive a la acción material como es el de los servicios y la asistencia social) desplazan el debate terminológico a un segundo plano. Lo que sí parece claro es que en el primer caso nos encontraríamos ante meras ayudas asistenciales no contributivas ni condicionadas de carácter universal o genérico. Se trataría de rentas mínimas garantizadas, de duración ilimitada y destinadas preferentemente a satisfacer necesidades básicas o fundamentales de los ciudadanos, como última línea de protección frente al riesgo de pobreza extrema o, en general, de exclusión social, y en principio de concesión automática, previa solicitud de los interesados. Frente a ello, la política social de rentas de inserción o ingresos mínimos de inserción parece integrar dos dimensiones complementarias: de un lado, el similar carácter asistencial de la ayuda económica a personas o colectivos sin derecho a ningún otro tipo de prestaciones sociales, pero, de otro, el componente de *“reinserción activa”* tanto a la sociedad como, más en concreto, al mundo laboral. La combinación de ambos elementos, como respuesta, además, a la propia noción plural y compleja de exclusión social³⁹, permite configurar a esta fórmula como el mecanismo adecuado no sólo de *provisión* de recursos mínimos para la subsistencia sino de *promoción* para la reincorporación social de la persona, y, en el fondo, para la recuperación del mínimo de dignidad (personal y familiar) y calidad de vida propio del estatuto de ciudadanía⁴⁰. Se trataría de garantizar, como punto de partida y mínimo indisponible de seguridad económica (*“mínimo existencial”*), lo que Ortega llamó las *“posibilidades permanentes del hombre”*⁴¹.

³⁹ También en el plano normativo se ha puesto de manifiesto la distinción entre los conceptos de pobreza (económica) y exclusión social. Como dice por ejemplo la Ley canaria 1/2007, de 17 de enero, por la que se regula la Prestación Canaria de Inserción, *“la pobreza es un fenómeno estructural y multidimensional, estimándose que los procesos que llevan a esta condición obedecen a una multitud de factores relacionados entre sí. El enfoque de la pobreza se vincula de esta manera al concepto de exclusión social, que tiene unas connotaciones más amplias que el de la mera referencia a escasez de recursos económicos y considera componentes laborales, económicos, sociales, educativos y culturales, para entender que existen procesos que impiden a determinados individuos o grupos alcanzar una posición de autonomía que les permita acceder de forma efectiva a sus derechos primordiales: a la educación, vivienda, trabajo, cultura, etc.”*.

⁴⁰ Con otra terminología, pero desde un enfoque cercano, se ha distinguido entre *“rentas mínimas garantizadas”*, es decir rentas o subsidios de acceso a unos mínimos aceptables de nivel de vida, de carácter generalizado e independiente, y a los que todo ciudadano tendría derecho, sin condiciones o exigencias de contrapartida, y *“rentas mínimas de inserción”*, como prestaciones económicas orientadas igualmente a satisfacer las necesidades más esenciales de la vida, pero vinculadas estrechamente a la integración laboral o social de las personas subsidiadas, C. Alemán Bracho; J. M^a Alonso Seco y M. García Serrano, *Servicios sociales públicos*, op. cit., p. 333.

⁴¹ J. Ortega y Gasset, *Origen y epílogo de la filosofía*, Espasa-Calpe, Madrid, 1980, pp. 85 y ss. Es evidente, pues, que las rentas mínimas de inserción son un claro ejemplo de la resaltada tensión estructural entre el Estado de Derecho y el Estado social. La cláusula del Estado social impone una actividad interventora, prestacional, material, de incidencia en las

En este sentido, se ha resaltado la íntima conexión entre la actual noción de ciudadanía, tanto en el plano interno como comunitario (y su inmediata conexión con los derechos de libre circulación de personas y residencia en el espacio europeo), y la necesaria ordenación integral de los sistemas de atención e inclusión social. Más en concreto, y tal y como se ha encargado de recordar en diferentes ocasiones el TJUE, es necesario destacar que el estatus de ciudadanía permite el acceso a los beneficios de la asistencia social sin discriminación basada en motivos de nacionalidad en otro Estado miembro cuando la persona tiene residencia legal⁴².

3. Elementos basilares del concepto

A) *Elemento objetivo: las rentas mínimas como “prestaciones económicas”*

a) *Prestaciones sociales «económicas o dinerarias» y prestaciones sociales «técnicas o de servicios»*

El ámbito de la protección social se caracteriza, por su heterogeneidad, progresiva decantación histórico-institucional y generalización actual y por la amplitud y diversidad de las fórmulas e instrumentos de articulación. La distinción básica y nuclear alude, sin embargo, a dos tipos genéricos de prestaciones: las prestaciones de carácter económico y las prestaciones materiales, también denominadas servicios. La doctrina española se ha venido centrando, fundamentalmente, en el examen de las de carácter material, puesto que son las tradicionalmente comprendidas dentro del radio de acción de los denominados servicios públicos sociales. Sin embargo, y como se adelantaba, la “acción pública social” es hoy un concepto más amplio y versátil, plural y diversificado en cuanto a sus fórmulas de manifestación, y es la propia idea de “dignificación personal”, en conexión con los prin-

posiciones jurídicas (especialmente en las de carácter patrimonial) de los fácticamente más desfavorecidos, pero con el objetivo de posibilitar, de un lado, el fin estatal e irrenunciable de conseguir más igualdad y más justicia social (desde el enfoque de universalización de los derechos fundamentales del Estado de Derecho), y, de otro, la propia realización en sociedad de los mismos, véase J. M^o. Rodríguez de Santiago, *La Administración...*, op. cit., p. 19. Más en concreto, sobre la propia evolución de instrumentos de intervención como la renta básica, desde su inicial finalidad de asistencia social económica para la promoción o facilitación de la vuelta al empleo, se ha insistido en su virtualidad, más ambiciosa y plural, como mecanismo de profundización en el ideal normativo que sostiene el Estado social y en el conjunto de los derechos sociales. Se trataría, así, no sólo de reinsertar o incluir al ciudadano en el mercado de trabajo, en tanto que, lógicamente, la renta es uno, sino el que más, de los factores decisivos en la efectiva inclusión social, sino, más ampliamente, de restituir al mismo en la plenitud de derechos democráticos y de participación, véase el conjunto de estudios incluidos en M. E. Rodríguez Palop; I. Campoy Cervera y J. L. Rey Pérez (eds.), *Desafíos actuales a los derechos humanos: la renta básica y el futuro del Estado social*, Dykinson, Madrid, 2012. Como se dice en uno de ellos, la renta básica, bajo la justificación de la “libertad real”, persigue, precisamente, garantizar la maximización de la libertad material de los individuos a la hora de elegir sus planes de vida, y, por tanto, entre otras cosas, a la hora de decidir la mayor o menor centralidad que el empleo y el trabajo deban jugar en tales planes. En este sentido, “sólo desde la perspectiva de la libertad real cabe garantizar una renta básica como cuestión de derecho ciudadano robusto, no sujeto a las contingencias del empleo y del ciclo económico”, J. A. Noguera, *La renta básica y la crisis del empleo: cuatro tesis a contracorriente* (p. 139).

⁴² Véase, V. Aguado i Cudolá, *El sistema para la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia: los nuevos derechos de ciudadanía*, en V. Aguado i Cudolá (coord.), *Servicios sociales...*, op. cit., p. 76.

cipios de solidaridad y equidad comunitarias, la que informa el sentido de las complementarias “prestaciones económicas”, entre ellas la denominada “renta mínima de inserción”⁴³.

En ambos casos nos encontramos, sin embargo, ante auténticos derechos subjetivos, aunque en algunos casos de naturaleza imperfecta o condicionada, en cuanto exigibles por los ciudadanos en quienes concurren los requisitos establecidos por la normativa legal de cobertura⁴⁴. Esta dimensión subjetiva de exigibilidad o de “derecho”, y no de mero instrumento objetivo de “asistencia (pública) social” se pone claramente de manifiesto en el caso de las rentas o ingresos mínimos de inserción, donde ha de primar la motivación personal y familiar por la reincorporación al mundo laboral, por la inclusión social, a través de un conjunto de medidas activas, de promoción y de atención personalizada, articuladas a través de un programa de inserción, sobre la mera acción benefactora o asistencial de los poderes públicos⁴⁵, aún desde la motivación teleológica, y por tanto ineluctable, de interdicción de situaciones excepcionales de exclusión o pobreza. Las prestaciones económicas mínimas o no contributivas responden, obviamente, a los postulados y exigencias del Estado social y a los mandatos constitucionales de solidaridad, efectividad del ejercicio participativo de los derechos de libertad e igualdad (art. 9.2 CE) y garantía social del progreso económico (art. 40.1 CE), pero también, y ante todo, a la propia idea nuclear y valor axiológico superior del ordenamiento, de promoción de la dignidad humana y realización en sociedad de sus fines, personales y familiares, intentando alcanzar lo que Giddens ha denominado “estado de bienestar positivo”.

b) El contenido económico de los ingresos mínimos de inserción

En primera instancia, y a pesar de las diferencias conceptuales a nivel autonómico ya apuntadas, y de la propia configuración oscilante de este instrumento de lucha contra la exclusión social a nivel comunitario y en los diferentes sistemas internos⁴⁶, es evidente que nos encontramos ante un tipo de ayuda de carácter económico, de contenido primariamente

⁴³ Como apunta M. Vaquer Caballería, *La acción social...*, op. cit., pp. 171-172, “los poderes públicos están acudiendo en los últimos años, dentro de la acción social, a una forma de prestación que, por lo demás, siempre ha sido común en el sistema de la seguridad social, no consistente ya en proveer al necesitado de los bienes y servicios necesarios para su subsistencia o para su integración social, sino de los recursos financieros para que pueda procurárselos libremente por sí mismo. Su ejemplo más paradigmático, [...] es el del ingreso mínimo de inserción, consistente en una renta de prestación pública y de carácter periódico y temporal, cuyo beneficio se limita a quien supere la prueba de su necesidad, entre otros requisitos, y cuyo devengo se condiciona (u obliga) al sometimiento del beneficiario a medidas de inserción social”.

⁴⁴ Véase, en este sentido, las consideraciones introductorias de la obra de B. Alonso-Olea García y S. Medina González, *Derecho de los servicios públicos sociales*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 30.

⁴⁵ Frente al concepto de “salario universal”, la figura de las rentas mínimas de inserción intenta “superar el simple asistencialismo para transformarse en un instrumento de política social con un doble objetivo a corto plazo: que puedan ser satisfechas de un modo digno las necesidades básicas de tipo físico y cultural, por un lado, y por otro garantizar una serie de instrumentos que faciliten la inserción laboral y social, tanto personal como familiar”, J. N. García-Nieto, “Concepto y alcance de la Renta Mínima y del Salario Ciudadano”, *Documentación Social*, 78, (1990), p. 59.

⁴⁶ Véase S. Milano, “Le reveu minimum garanti dans les pays de la CEE”, *Droit Social*, 8, (1988).

asistencial o prestacional, ámbito generalizado y contenido mínimo de subsistencia. Como dice el art. 5 PLISA, la “renta básica es una prestación económica de carácter periódico, que tiene por objeto garantizar los medios necesarios para la subsistencia en el proceso de integración social”. Se trata, pues, de una prestación social económica condicionada o modulada, como mecanismo de aseguramiento de una renta mínima que permita la satisfacción de las necesidades más inmediatas. En concreto, en el caso andaluz, como se desarrollará más adelante, consiste, con carácter general e indiciario, en una “prestación económica mensual del 75% del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) vigente en el momento de la resolución de concesión”.

B) Elemento teleológico: renta mínima y inserción socio-laboral

Pero las rentas mínimas de inserción no son meros programas públicos de ayudas económicas para situaciones de necesidad o pobreza extrema, y como último recurso ante la carencia de ingresos o el agotamiento de otro tipo de prestaciones (contributivas o no). Lo característico de las mismas, en su configuración actual, es el anudamiento al elemento puramente asistencial (ingreso mínimo mensual garantizado) de un conjunto de acciones y medidas para promover y facilitar el reingreso de los beneficiarios (personas y unidades familiares) al entorno sociolaboral. Son ingresos económicos mínimos pero condicionados a la corresponsabilización –pública y privada– en la inclusión social de las personas. Se ha entendido así que nos encontramos ante los llamados “*ingresos mínimos de segunda generación*”⁴⁷. De ahí el carácter activo (articulación de planes y programas de intervención social), compensatorio (fomentando el reingreso al mercado laboral de los ciudadanos y, en el fondo, la cronificación de situaciones de dependencia voluntaria de las prestaciones económicas de carácter público), progresivo (propio de la naturaleza dinámica o evolutiva de las prestaciones sociales) y multidimensional de este mecanismo de intervención social. Y de ahí, también, el necesario desdoble jurídico-institucional propio de la Administración social: junto a la Administración típicamente «*ejecutiva-aplicativa*», como modelo ideal del tipo de Administración interventora y limitada al desarrollo de programas materiales de acción y al otorgamiento básico de ayudas económicas, cada vez cobra más importancia la Administración «*conformadora o directiva*», encargada de la fijación eficiente del marco organizativo y procedimental necesario para la prestación de servicios y materiales, o para, en nuestro caso, la optimización de las actividades de inserción y autorrealización de los beneficiarios de los ingresos mínimos⁴⁸. La Administración ejecutiva de las prestaciones económicas se limita a aplicar programas materiales regulados con detalle por las normas aplicables, a través de la emanación de típicos actos administrativos de reconocimiento.

⁴⁷ Los ingresos mínimos e iniciales de primera generación sería aquellos limitados a la concesión de una renta o ayuda, sin ningún tipo de contraprestación u obligación por parte de los beneficiarios. Enlazaría esta categoría con lo que aquí se han denominado ingresos o rentas universales o básicas, véase, con más detalle, R. Susin Betrán, *La regulación de la pobreza...*, op. cit., pp. 278 y ss.

⁴⁸ Véase J. M^o. Rodríguez de Santiago, *La Administración...*, op. cit., p. 58.

Pero las estructuras administrativas y los sujetos intervinientes (públicos y privados) en la configuración, otorgamiento y control de los ingresos mínimos de inserción no se limitan a esta mera actividad jurídico-aplicativa. El proceso complementario de reinserción exige una “*Administración de las prestaciones a la medida de la persona*”, la constitución de una relación jurídica *interactiva* (una relación jurídico-social de prestación) donde el procedimiento y la misma actividad material de prestación de servicios personales y materiales (formación, cualificación profesional, etc.) adquieren una gran relevancia constitutiva⁴⁹. La inclusión obligatoria en los programas de reinserción social difícilmente puede considerarse como un verdadero “contrato”, desde el que pueda hablarse, con propiedad, de la “obligación” ciudadana de “inclusión personal”, pero sí que puede defenderse a mi juicio –al menos en un plano teórico– la doble naturaleza “social” de esta figura, en tanto derecho y deber.

A partir de la propia diversidad regulatoria entre las instancias territoriales y la relativa flexibilidad e indefinición de la funcionalidad (y los propios elementos conceptuales del término, como el fin de “*inclusión social*”) de los ingresos mínimos de inserción, se ha planteado, en sede teórica, la auténtica naturaleza jurídica de estas figuras bifrontes en el marco de nuestro sistema de acción y asistencia social. Es evidente que los programas obligatorios de reinserción sociolaboral complementan la mera visión economicista o asistencial de la medida, otorgando un plus de legitimidad y complejidad a los ingresos de inserción. Pero el problema es discernir el vínculo entre ambos elementos. ¿Son ayudas económicas condicionadas o programas de inserción complementados con una ayuda pecuniaria mínima de partida? ¿Son medidas de política asistencial o instrumentos de fomento activo de la reincorporación al mundo laboral? ¿Realmente nos encontramos ante nuevas y depuradas construcciones normativas de “promoción integrada y global” de los ciudadanos, de recuperación de su autonomía o ante la mera yuxtaposición formal de acciones de intervención social? La indefinición regulatoria impide aseverar respuestas contundentes, lo que repercute negativamente en la valoración de la funcionalidad real de estos instrumentos, pero sí parece claro que la bilateralidad de las obligaciones que surgen del inicial acto administrativo de concesión de las ayudas, a través de lo que en la legislación de Seguridad Social se denomina genéricamente como “*compromiso de actividad*”, conecta con una visión *convencional*, y por tanto más flexible y adaptable a cada circunstancia, de la relación jurídica entablada en cada caso.

En este sentido se ha sostenido que, pese a que las rentas mínimas de inserción constituyan, *ab initio*, prestaciones dinerarias consistentes en el abono de una cantidad a tanto alzado o de forma periódica a un particular cuyo otorgamiento obliga en ocasiones al beneficiario a realizar determinadas actividades (dentro de los denominados programas o planes de reinserción o inclusión social), lo cierto es que, desde la aparente prevalencia del primer elemento (o al menos desde su consideración primaria como factor último de solidaridad social), más que de una forma de fomento administrativo, orientada a la satisfacción indirecta de los intereses generales, seguiríamos encontrándonos, aún con matizaciones,

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 105-109.

dentro del campo de la actividad prestacional o de servicio público de la Administración (responsable y titular de las prestaciones singulares orientadas a subvenir las necesidades extremas de los solicitantes). Como dice el profesor Vaquer Caballería, la obligación del beneficiario de las atribuciones patrimoniales no siempre existe y, aunque es verdad que, en la práctica se prevé en la casi totalidad de las normas autonómicas sectoriales (con lo que podría discutirse, a mi juicio, su carácter necesario o eventual), sí parece claro que *“allí donde existe puede entenderse que no constituye verdadera causa del negocio jurídico, sino todo lo más una condición de su eficacia”*. Aunque exista un interés general de fondo –de equidad, cohesión o solidaridad social– lo cierto es que no nos encontramos ante auténticos “actos subvencionales”⁵⁰, porque el fin no es motivar al beneficiario a la consecución, mediante afectación específica, de un interés general (directo o inmediato), sino proveerlo de un mínimo económico vital al que anudar, eso sí, la acción cooperativa y comprometida del mismo –pero aún en la esfera de sus propios intereses individuales derivados del valor de la dignidad⁵¹– para la progresiva reinserción sociolaboral. En la doctrina italiana se habla así de normas de *“mero conferimento”*, frente a las llamadas “Ley incentivo”⁵². Parecería seguir primando, pues, el elemento primario o configurador de este tipo de ayudas, en tanto derecho a la obtención de una prestación dineraria con el cumplimiento de determinados requisitos. A lo más, podríamos encontrarnos ante lo que se ha denominado *“una especie de derecho-función, es decir un derecho ordenado en función de la inserción”*⁵³.

El carácter complejo, dual o integrado de las rentas o ingresos mínimos de inserción no es incompatible con su consideración como ayuda en principio reglada o incondicionada (en

⁵⁰ En este sentido, A. Garcés Sanagustín, *Las prestaciones económicas en el ámbito de la protección asistencial*, Cedecs, Barcelona, 1996, pp. 123-125.

⁵¹ Como ya se ha apuntado, el art. 5 PLISA define, ante todo, la renta básica como una “prestación económica” de carácter periódico, cuyo objetivo inmediato es garantizar los medios necesarios para la subsistencia de los beneficiarios. Se trata, pues, de un instrumento de acción unilateral prestacional. Es, pues, una actividad o servicio público, aunque no de contenido técnico y de actividad, fundado en la garantía pública límite del nivel mínimo de subsistencia de los ciudadanos o residentes. Y es cierto, finalmente, que la definición se completa con la alusión al “proceso de integración social”, pero de forma aparentemente externa o complementaria. El compromiso de reinserción no se configura como una auténtica obligación personal, asegurada normativamente y fiscalizable por los poderes públicos –hasta las últimas consecuencias sancionadoras–, sino como un “elemento” o factor propio de la configuración actual de las rentas mínimas. A partir del aseguramiento de la “subsistencia económica”, se permite que los beneficiarios continúen o progresen en “su” proceso de integración social. Y aunque es verdad que más adelante se alude a la “obligatoriedad” del cumplimiento del plan de inserción (art. 13.1 PLISA), su carácter abierto y progresivo, y su misma ubicación sistemática legal, parecen dar a entender que no se trata de un elemento “constitutivo” del derecho a percibir una renta o ingreso mínimo, sino una condición de eficacia o complemento “activo” de la acción prestacional pública previa. De hecho, es evidente que el goce de una renta mínima no garantiza en sí misma la plena integración social de sus beneficiarios. Si se subordinase su concesión efectiva a la misma, difícilmente podría sostenerse la operatividad o eficiencia de la medida. El compromiso se reduce a la “incorporación o seguimiento” de los “procesos” de integración o inclusión.

⁵² Véase M. Vaquer Caballería, *La acción social*, op. cit., pp. 173-174.

⁵³ R. Susín Betrán, *La regulación de la pobreza...*, op. cit., p. 297.

tanto derecho subjetivo), por quienes cumplan los requisitos normativamente exigidos⁵⁴, ni con su compatibilidad con otro tipo de retribuciones o ingresos, pero sí que complementa en positivo la acción asistencial última del Estado, evitando el acomodamiento en el desempleo y la denominada “*cultura del subsidio*”. Precisamente se ha señalado que la implantación de un efectivo sistema de renta mínima garantizada contribuiría a mejorar la eficiencia del mercado de trabajo y la reducción del desempleo involuntario, aunque lógicamente desde una necesaria reformulación estructural de la actividad prestacional pública, en este caso no de servicios, sino de dinero, porque, lo que parece clave hoy en día, en las prestaciones dinerarias –aun acompañadas de un cierto compromiso de actividad o implicación de los destinatarios, como es el caso de las rentas mínimas de inserción⁵⁵–, y frente a lo positivo en el ahorro de costes y gestión de la despersonalización de la ayuda, “*se produce una pérdida de control del destino que el beneficiario da a los fondos públicos, y por ello el riesgo de una menor eficacia en la consecución de los fines de solidaridad perseguidos*”⁵⁶.

A mi juicio, se impone pues una intensificación de la dimensión activa de reinserción de este instrumento de acción social. No puede tratarse de un mero complemento o añadido a la propia prestación económica, ni configurarse, en sentido estricto, como un servicio social. Sin desprenderse de su halo de última red de protección o seguridad ante situaciones de riesgo vital, habría que sostener, en el fondo, la doble naturaleza de “derecho”: derecho a la asistencia pública ante situaciones extremas de necesidad y derecho a la inserción social y laboral de los ciudadanos⁵⁷. Ambos derechos, que descansan en lógicas contradictorias (reparadoras y pro-activa) se pueden conjugar, sin embargo, como manifestación del “*derecho social de ciudadanía a la inserción*”⁵⁸. Porque junto al contenido unilateral propio de la prestación económica, se añade una acción cooperativa-funcional de garantía de un mínimo de subsistencia para la reinserción o inclusión personal de los beneficiarios. Esta segunda actividad no es una mera actividad social de asistencia material

⁵⁴ Existen también, no obstante, propuestas teóricas de matización o modulación del carácter universal e incondicionado de los sistemas de renta mínima garantizada. Se ha hablado, así, de la posibilidad de garantizar “*rentas de participación*”, es decir, rentas básicas devengadas por aquellas personas que participen en alguna actividad considerada de utilidad social o interés público.

⁵⁵ En este sentido se ha apuntado la posible contradicción entre el propio reconocimiento de unos ingresos mínimos de subsistencia y la posible adición de obligaciones específicas de los beneficiarios, que podrían desvirtuar, según lógicamente su caracterización legal, el carácter de derecho o prestación social de la ayuda, A. Martín Giner, “La Renta Mínima de Inserción...”, *op. cit.*, p. 302.

⁵⁶ M. Vaquer Caballería, *La acción social*, *op. cit.*, pp. 174-175.

⁵⁷ Así, R. Susín Betrán, *La regulación de la pobreza...*, *op. cit.*, p. 297. Cercana a estas consideraciones se presenta, por ejemplo, la Ley 3/2007, de 16 de marzo, de Renta Básica de Inserción de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que reconoce a sus ciudadanos un doble derecho social: el derecho a una prestación económica para hacer frente a las necesidades básicas de la vida, cuando no se pueda obtener a través de otros regímenes de protección social o del empleo, y el derecho a percibir apoyos personalizados para su inserción laboral y social.

⁵⁸ J. L. Monereo Pérez y J. A. Fernández Avilés, *El ingreso mínimo...*, *op. cit.*, p. 469.

(servicios sociales) sino una actividad “regulativa” y “aplicativa” de corte conformador o finalista por parte de los poderes públicos. Estaríamos quizás ante una realidad intermedia entre un derecho pleno a la inclusión social (casi imposible de garantizar públicamente, y difícil de articular como exigencia subjetiva) y una mera actividad normativo-material de la Administración. Un nuevo o intermedio estadio dentro de lo que se ha llamado, con la máxima flexibilidad por lo demás, escala de la “responsabilidad social estatal”⁵⁹.

Más allá de la denominación, y de las lógicas especialidades respecto de su régimen jurídico singular, todos los sistemas autonómicos de renta mínima enlazan su percepción al compromiso activo de los beneficiarios, más o menos rígido y desarrollado, para la reincorporación o incorporación inicial al mundo laboral y su inclusión efectiva en la sociedad. Junto al carácter asistencial se destaca, pues, la dimensión “terapéutica” de estos instrumentos⁶⁰, así como la pluralidad y diversidad de contenidos, acciones o elementos de los programas de inserción. Pero se trata de prestaciones asistenciales dinerarias, configuradas o –al menos nominadas– en algunos casos como auténticos derechos subjetivos públicos, o como derechos subjetivos imperfectos, parciales o necesitados de desarrollo reglamentario, o, en fin, como meros principios, directrices o normas de acción de los poderes públicos regionales, y no como negocios jurídicos condicionados o meras fórmulas de colaboración subvencional público-privada.

C) Elemento formal: procedimiento de concesión y caracteres

A partir de los dos elementos materiales señalados –en esta doble faceta de prestación económica y de inserción que caracteriza los ingresos mínimos–, comunes en general en la legislación autonómica correspondiente, la figura de las rentas mínimas o básicas de inserción se completa con el procedimiento administrativo de concesión o reconocimiento (según se parta de su configuración como auténtico derecho subjetivo o no), y que con respecto a la dimensión de inserción, y por la propia afección de la acción pública a la esfera personal del ciudadano, e incluso a los derechos fundamentales del mismo, cobra una especial importancia constitutiva y de garantía, y con las características propias de la ayuda, que en el caso andaluz que nos ocupa, y sin perjuicio de su posterior desarrollo, se articulan en torno a las notas de singularidad, complementariedad con el resto de prestaciones sociales técnicas, económico-contributivas o de servicios (art. 8.1.c PLISA), carácter personal e intransferible e inembargabilidad del sueldo mínimo (art. 11 PLISA). Se han señalado así, como notas comunes a los distintos programas autonómicos de renta mínima, su configuración como “*subsidio diferencial, por tiempo limitado si bien con posibilidad de prórrogas de subsistir la situación de necesidad, de escasa cuantía –limitada a atender las necesidades más básicas y fundamentales de la familia o unidad de convivencia– y con el*

⁵⁹ Véase J. M^a. Rodríguez de Santiago, *La Administración...*, op. cit., pp. 73 y ss.

⁶⁰ Véase A. Martín Giner, “La Renta Mínima de Inserción...”, op. cit., p. 303.

*complemento o contrapeso del cumplimiento de una serie de compromisos y obligaciones asumidas por los destinatarios orientadas a su inserción social*⁶¹.

Más detalladamente, se entiende que los rasgos distintos de las regulaciones autonómicas vigentes sobre esta materia son: su carácter de *prestación de asistencia social*; su *naturaleza subsidiaria* y, en ocasiones, también complementaria, respecto de otras prestaciones públicas; el *destinatario colectivo* (unidades familiares o de convivencia); su sometimiento a una especie de *prueba de necesidad* (puesto que el carácter no contributivo, excepcional y en principio ilimitado de las ayudas se condiciona a la acreditación de la insuficiencia de recursos para atender las necesidades de subsistencia de la unidad familiar); su condición de *prestación diferencial* (porque el montante real de la prestación es igual a la diferencia entre la cuantía que pudiera corresponder, en función del tamaño y composición de la familia, y los recursos reales del beneficiario⁶²); la naturaleza de prestación con *graduación temporal* o revisibilidad de la situación; su vínculo o asociación –aún con diferente naturaleza jurídico-formal de los mismos– a medidas y planes de inserción laboral; y, finalmente, aunque no en todo los casos con carácter pleno, efectivo y directamente exigible, su condición de *derecho subjetivo*⁶³.

III. LÍNEAS DIRECTRICES DEL MODELO DE DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL EN MATERIA DE GARANTÍA Y PRESTACIÓN DE SALARIOS O INGRESOS MÍNIMOS DE INSERCIÓN

1. Marco constitucional

Desde una perspectiva sustantiva, es evidente que nuestra Constitución no se refiere de forma expresa ni al “umbral de la pobreza” legitimador de este tipo de ayudas sociales, ni mucho menos, y con términos precisos, a la obligación de los poderes públicos de garantizar una renta o ingreso mínimo de subsistencia en casos de extrema necesidad vital

⁶¹ M^a. L. de la Flor Fernández, “El programa de solidaridad...”, *op. cit.*, p. 492.

⁶² En el fondo, esta caracterización como “ingreso diferencial” es una de las mayores limitaciones a la universalidad y efectividad del posible derecho a un “ingreso mínimo de ciudadanía”, solidaridad o inserción social. Dada su cuantía realmente baja –sobre todo en las actuales circunstancias de déficit estructural y minoración de las políticas y dotaciones sociales por parte de las Administraciones públicas, y para no producir efectos desincentivadores, por otro lado, hacia el trabajo– parece bastante fácil, con alguna otra prestación o ayuda que se esté disfrutando, sobrepasar los límites y quedarse fuera del programa. Pero lo importante no es, cada vez se insiste más en ello, superar, vía subvención, los episodios –a veces coyunturales– de pobreza o subsistencia extrema, sino reintegrar socialmente a los “excluidos”, facilitarles las condiciones (en general, y no sólo económicas, y de ahí la importancia del carácter plural y variado del programa de reinserción personal) para la recuperación autónoma del estatuto activo de ciudadanía. Y para todo ello no sirve una pensión mínima no contributiva que, dependiendo de su cuantía, pueda excluir el derecho a la renta activa, y, por tanto, la posibilidad de incorporación al programa o plan correspondiente.

⁶³ Véase C. Alemán Bracho; J. M^a. Alonso Seco y M. García Serrano, *Servicios sociales públicos*, *op. cit.*, p. 335.

o agudización de los problemas –personales y familiares– de exclusión social. A lo que sí vienen obligados los mismos, en virtud del art. 9.2 CE, es a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y a fomentar medidas de empleo y a establecer prestaciones económicas que aminoren los efectos de la exclusión social en los más desfavorecidos. La misma cláusula genérica del Estado social, este compromiso de participación y preocupación por la efectividad de los valores superiores y los derechos fundamentales reconocidos, comenzando por el principio de igualdad (art. 14 CE), y las propias referencias a la labor social y asistencial de los poderes públicos (art. 41 CE)⁶⁴, concebida como una obligación –o, con menos imperatividad, directriz de actuación o *mandato constitucional de optimización*– de protección de carácter general y universal, permiten atisbar sin problemas, el encaje de la fórmula última de protección de los ingresos sociales mínimos dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Aún más, el propio concepto jurídico de “necesidad”, como situación cuya erradicación constituye el objeto nuclear del entendimiento genérico de la acción social, y como elemento material básico de la propia conceptualización normativa de las rentas mínimas, se nos aparece como el opuesto semántico a “libertad”⁶⁵. Las rentas mínimas de inserción no obligan ni fuerzan a los beneficiarios. Ofrecen la oportunidad, desde la garantía económica de las necesidades vitales fundamentales, de que éste progrese o se esfuerce de forma personal. Es, pues, un servicio público de libertad. Y esta es, como se sabe perfectamente, valor superior de nuestro ordenamiento jurídico.

2. Sistema competencial

Como en otros muchos sectores de actividad (seguramente más de los deseables), las referencias constitucionales no han sido tan pacíficas desde el punto de vista estrictamente formal-competencial. Como punto de partida, ya sea originariamente (a través del reconocimiento autonómico de la competencia plena en materia de “*asistencia social*” en el art. 148.1.20ª CE⁶⁶), ya mediante la elevación posterior del techo estatutario, lo cierto es que

⁶⁴ Para algún sector doctrinal, los ingresos mínimos de inserción permitirían sostener una evolución del propio modelo constitucional de seguridad social, desde la flexibilidad y amplitud de contenidos del propio art. 41 CE, véase, por ejemplo, R. Aliena, *Renta mínima de inserción*, en Mª. C. Alemán Bracho y J. Garcés Ferrer (dirs.), *Administración social: servicios de bienestar social*, Ediciones Siglo XXI, Madrid, 1996, pp. 588-589. De hecho, la propia jurisprudencia del TC ha venido a declarar el carácter mixto (contributivo y no contributivo) de las prestaciones integradas bajo el radio asistencial de protección del art. 41 CE en torno al régimen de actuación de la Seguridad Social.

⁶⁵ M. Vaquer Caballería, *La acción social*, *op. cit.*, p. 178.

⁶⁶ Sobre el alcance de la competencia autonómica sobre “*asistencia social*”, dirigida primariamente a subvenir situaciones de necesidad no cubiertas por el esquema de aseguramiento contributivo y de cobertura de riesgos concretos al que atienden las pensiones contenidas dentro del sistema de la Seguridad Social, aunque desde una perspectiva conceptual de carácter ya no “residual”, pueden verse, entre otras, las SSTC 76/1986 y, más recientemente, 239/2002, aunque relacionando estas funciones, realmente, con un modelo de “*asistencia social externa*” al propio

todos los Estatutos de Autonomía han asumido como exclusiva –y desarrollado pormenorizadamente en el caso de los de última generación⁶⁷– la competencia de acción social, completándola en muchos casos con expresiones como “asistencia social”, “servicios sociales” o “bienestar social”⁶⁸. A este título genérico y omnicomprensivo se han añadido, además, cláusulas competenciales específicas sobre colectivos concretos (menores, juventud, mujeres, tercera edad, emigrantes, etc.). No es de extrañar, por tanto, que todas las normas autonómicas sobre renta mínima de inserción se apoyen directamente en las competencias exclusivas y plenas autonómicas sobre acción pública social, asistencia y lucha contra la exclusión social⁶⁹, o, de forma más integrada y omnicomprensiva, dentro de los sistemas públicos autonómicos de servicios sociales (de prestación económica, de aseguramiento o asistencia social o de lucha integrada contra la pobreza y la exclusión social)⁷⁰.

Es verdad, por otro lado, y como también ha sucedido en la práctica totalidad de las reglas competenciales funcionales, que el Estado tiene reconocidas también determinadas competencias en esta materia, en concreto, la legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17ª CE), lo que ha provocado una amplia discusión doctrinal y jurisprudencial sobre el alcance y contenidos de ambas expresiones (necesariamente com-

sistema de la Seguridad Social, dado el “genio expansivo” de la misma, su progresiva adaptabilidad y ampliación a las nuevas circunstancias sociales y la propia versatilidad interpretativa del TC en lo relativo a los títulos habilitantes del Estado en esta materia, véase, sobre este punto, M. Carrasco Durán, *Los complementos de las Comunidades Autónomas a las pensiones no contributivas: un impulso a un nuevo modelo de asistencia social*, en *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, 2, (2006), pp. 200 y ss.

⁶⁷ Como bien se ha dicho, “*el planteamiento que luce en estos Estatutos constituye una evidente muestra del contexto actual de propensión de los poderes públicos por establecer mecanismos de cohesión social mediante la tuición a los colectivos más desfavorecidos o débiles de la sociedad*”, A. Ezquerro Huerva, *El estatuto jurídico de los usuarios de centros y establecimientos de servicios sociales*, en A. Ezquerro Huerva (coord.), *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, Iustel, Madrid, 2011, p. 59.

⁶⁸ Aparentemente, el concepto actual de “acción social”, donde se incluirían, como medidas con singularidad y características propias, los denominados “ingresos mínimos de inserción”, supera o complementa las limitadas y más contorneadas previsiones de las nociones de asistencia social y de seguridad social, como recuerda A. Garcés, *Las prestaciones económicas...*, *op. cit.*, pp. 129-133.

⁶⁹ Como se ha señalado, analizando la jurisprudencia del TC recaída, con profusión, sobre esta materia, la competencia exclusiva de las CC.AA. sobre asistencia social, junto con la autonomía de gasto de las mismas derivada de su autonomía financiera, parece dejarles libertad para seleccionar las situaciones de necesidad objeto de su atención y para elegir, en segunda instancia, la técnica prestacional de actuación, como sería el caso, por ejemplo, de las rentas mínimas de inserción, véase M. Carrasco Durán, *Los complementos de las Comunidades Autónomas...*, *op. cit.*, p. 213. Como resume después el autor, el TC ha partido, en definitiva, de un concepto objetivo de lo que son las prestaciones de asistencia social, como prestaciones consistentes en un mecanismo de cobertura de necesidades sociales ajeno al principio de aseguramiento contributivo del riesgo a partir de aportaciones del beneficiario al sistema, reconociendo a las CC.AA. la competencia exclusiva para establecer, regular y pagar tales prestaciones, sin perjuicio de haber reconocido igualmente la posibilidad, tal y como ha sucedido, de que el sistema de la Seguridad Social asuma también, por su carácter dinámico y versátil, dichas prestaciones (p. 214).

⁷⁰ El ámbito material de la cláusula competencial de “asistencia social” se presenta, realmente, como extenso y diversificado, integrando desde prestaciones de carácter técnico y personalizadas –servicios sociales en sentido estricto– hasta prestaciones de carácter económico, E. Sáenz Royo, *Derechos de protección social...*, *op. cit.*, p. 40.

plementarias⁷¹), pero que no afecta a nuestro estudio, al tratarse de un tipo específico de prestaciones no contributivas, complementarias al sistema general público de asistencia e incardinadas, pues, dentro de la clara competencia sobre asistencia social y prestaciones de servicios sociales básicos de las Comunidades Autónomas⁷². Pero exclusividad no significa exclusión. Pueden existir así, políticas y acciones de asistencia social que excedan del ámbito de las Comunidades Autónomas, como podría ser el hipotético caso, demandado por algún sector doctrinal, del establecimiento de un sistema de rentas mínimas uniformes, susceptibles de completarse y adicionarse en el ámbito autonómico⁷³. Y en todo caso, lo que sí parece evidente hoy en día, es la necesidad de depurar y fortalecer los mecanismos de coordinación y cooperación entre el nivel estatal y el autonómico en orden a la racionalización de los diferentes sistemas de asistencia y servicios sociales⁷⁴.

De hecho, existe actualmente a nivel estatal, aún dentro del régimen general de la Seguridad Social, un mecanismo cercano a los ingresos mínimos de inserción. Se trata de las “rentas activas de inserción”⁷⁵, como prestaciones no contributivas de la Seguridad Social y dirigidas a desempleados (dentro, pues, de la denominada “acción protectora del desempleo”) con especiales necesidades económicas y dificultades específicas de reinserción

⁷¹ Sobre el contenido y evolución de los títulos constitucionales sobre esta materia, y abogando por la recuperación de la distinción conceptual –y en segundo plano de régimen jurídico– entre la materia propiamente de Seguridad Social y los ámbitos de asistencia social, puede verse con provecho el estudio de E. Sáenz Royo, *Derechos de protección social y Estado autonómico: los márgenes constitucionales de actuación del Estado y de las CC.AA.*, en A. Embid Irujo (dir.), *Derechos económicos y sociales*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 28 y ss.

⁷² Como recuerda el profesor M. Vaquer Caballería, *La acción social...*, op. cit., p. 95, al estudiar precisamente el deslinde entre los títulos de “asistencia social” y “seguridad social”, en tanto clave de bóveda del modelo competencial español en esta materia, el propio Tribunal Constitucional ha definido la “asistencia social” como “el conjunto de acciones y técnicas de protección que quedan fuera del sistema de la Seguridad Social” (SSTC 146/1986, de 25 de noviembre y 13/1992, de 6 de febrero).

⁷³ En este sentido, por ejemplo, E. Rojo Torrecilla, “La renta mínima garantizada...”, op. cit., p. 66, que fundamenta la intervención del Estado en la necesidad de garantizar la igualdad en la prestación de los servicios sociales en todos los territorios, sin perjuicio de que, ulteriormente, las Comunidades Autónomas mejoren o amplíen los niveles mínimos reconocidos, atendiendo a la configuración y ejecución de sus propias políticas de asistencia y prestación social. Se ha llamado así la atención al panorama normativo bastante heterogéneo, secuencial y materialmente, a nivel autonómico de esta materia, con grandes diferencias tanto en los niveles de evolución, consolidación y exigencia como en el propio alcance y cobertura de las prestaciones, M^o. L. de la Flor Fernández, “El programa de solidaridad...”, op. cit., p. 491.

⁷⁴ En este sentido, M. Torrejón Velardiez, *Las políticas contra la exclusión social en España desde una perspectiva territorial*, en M^o. B. Cardona Rubert (coord.), *Empleo y exclusión social: rentas mínimas...*, op. cit., pp. 73-89.

⁷⁵ Su regulación ha sido recientemente modificada a través del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, reforzando la vinculación de este instrumento con el empleo e intentando garantizar una mayor efectividad en la utilización de los recursos públicos: se exige ahora para el acceso a la Renta Activa de Inserción que previamente se haya agotado la prestación contributiva o el subsidio por desempleo para aquellas personas que tienen más de 45 años y son parados de larga duración y que durante el período de inscripción ininterrumpida como demandante de empleo (1 año mínimo) no se haya rechazado ninguna oferta de empleo adecuada, ni se haya negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales (art. 17 que modifica el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio).

laboral, reguladas por el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre⁷⁶. La renta activa de inserción –en la estricta terminología estatal, que, sin embargo, se confunde y solapa con los esquemas conceptuales a nivel autonómico–, además de garantizar un mínimo vital a las personas con especiales necesidades económicas, tiene por finalidad combatir o prevenir situaciones de exclusión social de las personas desempleadas o con mayores dificultades de incorporación estable al mercado de trabajo.

3. La configuración progresiva de los modelos autonómicos de garantía de ingresos mínimos y políticas de reinserción

La realidad es que en España, como en algún otro país del Sur de Europa, no existe, como tal, un sistema público estatal autónomo de garantía de rentas mínimas de inserción. Se trata de un instrumento ensayado y desarrollado (desde finales de la década de los ochenta⁷⁷), a partir de los presupuestos, directrices jurídico-técnicas y experiencias a nivel

⁷⁶ Como precedentes específicos hay que citar, fundamentalmente, el Primer Plan de Acción para el Empleo del Reino de España para 1999, donde se alude de forma sistemática por primera vez a la necesidad de implementación de medidas activas de empleo (con un Programa específico de Renta Activa de Inserción) frente a la simple asignación de subsidios o ayudas, articulándose la primera regulación a través del Real Decreto 236/2000, de 18 de febrero, al que siguió el Real Decreto 781/2001, de 6 de julio y la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, autorizando al Gobierno a mantener el programa de renta activa de inserción dentro de la acción protectora estatal por desempleo, programa incluido en la D. A. 1ª del Real Decreto-Ley 5/2002, de 2 de marzo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, véase, sobre esta evolución, J. A. Fernández Avilés, “El programa de renta activa de inserción para el año 2002”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 114, (2002) y J. A. Martínez Lucas, “El programa de renta activa de inserción para el año 2002”, *Actualidad Laboral*, 29, (2002). Como se ha dicho, de forma sincrética, realmente “desde su implantación en el año 2000, el Programa de Renta Activa de Inserción se ha regulado como una medida de carácter temporal, con vigencia anual y condicionada a la existencia de disponibilidades presupuestarias”, J. Muñoz Molina, “La renta activa de inserción”, *Temas Laborales*, 90, (2007), p. 81, caracterización abierta y, como puede apreciarse, alejada de las nuevas concepciones (a nivel autonómico) del instrumento de las rentas mínimas de inserción como derecho, derecho condicionado o derecho-función de los beneficiarios o, al menos, como mandato activo de optimización e implementación transversal de los poderes públicos responsables. La regulación vigente (Real Decreto 1369/2006, de 24 noviembre) ha supuesto al menos un perfeccionamiento y, sobre todo, una mayor institucionalización y autonomía de estas ayudas, aún en el marco general de la actividad prestacional de la Seguridad Social, convirtiéndose en el tercer nivel de la protección por desempleo hoy en España. Además, aunque se trate de medidas dirigidas exclusivamente a situaciones de desempleo, lo cierto es que la regulación actual ha ampliado claramente el número de beneficiarios del programa pudiendo acceder incluso los que no hayan sido nunca perceptores de las prestaciones por desempleo o quienes no hayan trabajado nunca. Por eso se ha apuntado la “desconexión actual de la Renta Activa de Inserción respecto al presupuesto típico de la protección por desempleo, la pérdida de un empleo previo”, J. Muñoz Molina, “La renta activa...”, *op. cit.*, p. 84. Sobre los distintos Decretos que han venido regulando las convocatorias de estas prestaciones en nuestro país puede verse R. Esteban Legarreta, *La renta activa de inserción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

⁷⁷ Precisamente en estos años, y a la luz fundamentalmente de la experiencia francesa, comienza a consolidarse y desarrollarse el modelo dual de las rentas mínimas de inserción, o la segunda generación de rentas básicas, concebidas no como meras rentas económicas incondicionadas y complementarias a los ingresos familiares, sino como prestaciones económicas no contributivas pero ligadas a la inserción social de los beneficiarios. El modelo asistencial se torna insuficiente. La pobreza y la exclusión sociales obedecen a parámetros y causas estructurales, con lo que no es suficiente una acción social prestacional, sino un nuevo modelo de promoción activa de la vuelta al trabajo por parte de los perceptores de las rentas, y, en el fondo, de “dignificación” o “realización” social de los mismos.

internacional y comunitario⁷⁸, por las Comunidades Autónomas⁷⁹, aunque aún algunas de ellas carezcan, como Andalucía, de una normativa completa y exhaustiva para su efectiva implantación regional, y sobre todo de la garantía de actualidad cobertura legal⁸⁰.

El Estatuto de Autonomía para Andalucía reconoce como objetivo básico de la Comunidad la cohesión social (art. 10.3.14^a), para cuya consecución se insta al establecimiento de un sistema eficaz de bienestar público, con especial atención a los colectivos y zonas más desfavorecidas social y económicamente, que posibilite su integración plena y su efectiva inclusión social. Además, el art. 37.1.7^o del Estatuto recoge como uno de los principios rectores de las políticas públicas la atención social a personas con marginación, pobreza o exclusión y discriminación social. En ambos casos nos movemos en el terreno de los grandes principios u objetivos programáticos, o, a lo sumo, en el de los principios rectores de las políticas públicas socioeconómicas, con limitados efectos jurídicos por tanto. Pero, como complemento, el art. 23.2 del Estatuto sí que se refiere, de forma directa y plena, al derecho ciudadano a una “renta básica”, que al menos garantice unas condiciones de vida digna, como deber legal de los poderes públicos en caso de necesidad. Los términos son lógicamente imprecisos y genéricos, y la efectividad del derecho se condiciona a su específico desarrollo legal, pero al menos se reconoce explícitamente su naturaleza como auténtico derecho público subjetivo. Positivamente, y como se sabe, los nuevos Estatutos de Autonomía, aún desde una más que discutible reformulación de su posición y funcionalidad dentro del bloque de la constitucio-

⁷⁸ Sobre la evolución del reconocimiento por parte de los instrumentos internacionales del derecho a un mínimo vital, puede verse E. Carmona Cuenca, *Los derechos sociales de prestación...*, op. cit., pp. 181 y ss. A nivel comunitario, por su parte, y aunque en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea no exista un reconocimiento expreso de los derechos sociales de prestación, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 sí que ha asumido y reconocido el derecho “a una ayuda social para garantizar una existencia digna a aquellos que no dispongan de recursos suficientes” (art. 34.3), aún con las conocidas matizaciones en torno a su eficacia jurídica y vinculatoriedad. Véase, sobre este punto, por ejemplo, J. Vicente Perdz y M. D. de Prada Morafa, “El tratamiento de las rentas mínimas en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, 55, (2010), pp. 41-56.

⁷⁹ Véase L. Sanzo González, “La introducción de la renta básica en España”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 23, (2005). Sobre la conveniencia y necesidad de la articulación de un modelo más o menos descentralizado de gestión de la acción social en España, puede verse A. Martínez Torres, *Rentas Mínimas autonómicas en España. Su dimensión espacial*, Papeles de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, 33, (2003).

⁸⁰ No deja de ser llamativo, pero así ha sucedido, que sean precisamente las Comunidades Autónomas con mayor riesgo de exclusión social y con mayores tasas de pobreza extrema las más reacias o poco comprometidas, o al menos –por dar algo de confianza política– las menos “ágiles” en la aprobación de instrumentos de lucha contra la inclusión social y el aseguramiento complementario de rentas mínimas de subsistencia. Las Comunidades Autónomas con mayor renta han sido las primeras en establecer estos sistemas y con mejores condiciones, lo cual, además, ha conducido a una situación final de heterogeneidad regulatoria, diversidad material de contenidos y previsiones y, más grave, disparidad jurídica en torno a la propia naturaleza jurídica de los ingresos mínimos de inserción sociolaboral. Una de las últimas Comunidades Autónomas en reconocer, a través de una norma con rango de ley, el derecho a una “renta garantizada de ciudadanía” ha sido Castilla y León, a través de la Ley 7/2010, de 30 de agosto, pero como ha sucedido en otros casos (por ejemplo en Andalucía) esta positivización ha sido criticada por su insuficiencia y falta de avances con respecto de la situación anterior, véase Ó. Sánchez Muñoz, “Desarrollo de derechos estatutarios en Castilla y León: el derecho a una buena administración y la renta garantizada de ciudadanía”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 11, (2011).

alidad, han venido a añadir al contenido tradicional de estas normas institucionales básicas (previsiones orgánicas, procedimentales y competenciales), un amplio catálogo o declaración de derechos, deberes y principios rectores. Se ha discutido mucho sobre la capacidad o no de los Estatutos para acoger, en tanto contenido válido y compatible con los postulados constitucionales, derechos y deberes, pero lo cierto es que normativa y jurisprudencialmente se ha avalado esta realidad de “protección multinivel”. Ahora bien, el TC también ha aclarado, sobre una igualmente discutible argumentación de desvinculación entre la validez y la eficacia de las declaraciones estatutarias, que sólo es posible incorporar a los Estatutos verdaderos y plenos derechos subjetivos con eficacia directa en los supuestos de vinculación al ámbito institucional estatutario (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FFJJ 13 a 17). No pueden establecerse, por tanto, o mejor, no desplegarán auténtica eficacia jurídica, los derechos estatutarios reconocidos vinculados al ámbito competencial (material) correspondiente. Esta deshabilitación normativa remite, pues, al desarrollo legislativo específico la concreción del alcance y funcionalidad de los posibles derechos de prestación y asistencia social reconocidos, en su caso, a nivel comunitario. En definitiva, el efectivo despliegue de su eficacia jurídica plena.

La conclusión es que, por ahora, y a pesar de su reconocimiento expreso como tal, y a falta de cobertura legal de referencia y desarrollo reglamentario de operatividad, el derecho estatutario andaluz a una renta básica es realmente una cláusula válida pero no eficaz. Nos movemos pues en este análisis, con estos condicionantes de partida, y tratándose de un proyecto de Ley, dentro de una perceptible situación de inseguridad e inestabilidad normativo-institucionales⁸¹, lo que en el fondo pone en cuestionamiento la propia “*vertiente formal*” de la cláusula social del Estado⁸².

IV. LOS INGRESOS MÍNIMOS DE INSERCIÓN EN ANDALUCÍA: ANÁLISIS DEL PROGRAMA DE SOLIDARIDAD DE LOS ANDALUCES PARA LA ERRADICACIÓN DE LA MARGINACIÓN Y LA DESIGUALDAD

1. Punto de partida: inexistencia de una norma legal de cobertura y deficiencias de la regulación andaluza

En Andalucía, como se viene adelantando, la normativa genérica sobre intervención, asistencia e inclusión social se encuentra, actualmente, en fase de proyecto, y el régimen por

⁸¹ Además, no sólo es necesario su reconocimiento y desarrollo legal. En algunas Comunidades Autónomas se configura, más que como un derecho subjetivo perfecto, como una prestación pública sujeta a disponibilidad presupuestaria, centrada en la verdadera demostración de la carencia extrema de rentas. Curiosamente –se dice en este sentido– “*son las Comunidades Autónomas con menores niveles de pobreza las que cuentan con programas que otorgan una cobertura más amplia y diversificada, con normas plenamente operativas con rango de ley y mecanismos técnicamente más acabados para garantizar los programas completos*”, M^a. L. de la Flor Fernández, “El programa de solidaridad...”, *op. cit.*, p. 491.

⁸² Véase, en este sentido, J. M^a. Rodríguez de Santiago, *La Administración...*, *op. cit.*, p. 41.

tanto existente en materia de ingresos mínimos de inserción carece de cobertura legal. Por ello, y como se ha adelantado, la simple mención estatutaria es insuficiente para su configuración como auténtico derecho subjetivo⁸³.

La regulación vigente, y que vamos a analizar, se contiene en el Decreto 2/1999, de 12 de enero, por el que se regula el programa de solidaridad de los andaluces para la erradicación de la marginación y la desigualdad en Andalucía (en adelante, el Decreto). Lógicamente, se hará también mención, por constituir el marco normativo legal específico del futuro, a los aspectos más relevantes del PLISA, así como al resto de la normativa autonómica existente.

Conviene resaltar, en primer lugar, el dato llamativo de que Andalucía ha sido una de las primeras Comunidades Autónomas en regular las rentas mínimas o *ingresos mínimos de solidaridad*, en la terminología inicialmente acuñada por el Decreto 400/1990, de 27 de noviembre (derogado por el vigente Decreto 2/1999, de 12 de enero), pero sin embargo, no ha actualizado posteriormente este régimen reglamentario, y, sobre todo, no ha dado el paso decisivo de su incorporación a una norma con rango legal, lo que lógicamente ha tenido consecuencias negativas no sólo desde el punto de vista de la consolidación y exigencia del derecho a la renta mínima, sino también desde la perspectiva de la imposibilidad de incorporar un régimen sancionador⁸⁴ o de reforzar normativamente las garantías y derechos de los interesados y afectados (más allá de los indiciarios fines de articulación orgánica y desarrollo procedimental de las normas reglamentarias). Además, y por su propia anticipación, se trata de una regulación limitada, no adaptada a las nuevas realidades y exigencias, y menos avanzada materialmente en comparación con otros modelos autonómicos.

De hecho, cabría cuestionar, incluso, la propia naturaleza jurídica de la norma que comentamos. Bien es verdad que ostenta rango y cobertura reglamentaria. Pero tanto su denominación (“Programa”) como su contenido específico llevan a dudar acerca de la “capacidad innovativa” de esta norma para implementar, al margen o sin apoyo (aunque no en contra, lógicamente) de la Ley, un tipo concreto de prestaciones sociales con incidencia directa en la esfera personal y familiar y hasta exigibilidad de determinados comportamientos (por ejemplo en lo relativo al “compromiso de inserción” o a las obligaciones de los beneficiarios) por parte de los beneficiarios de las mismas. En este sentido, aún sin llegar a justificar la opción del gobierno andaluz (matizable, lógicamente, desde el punto de vista de la *legalidad formal*, y a la vez consecuencia de una loable y comprometida actitud de *legalidad prestacional material*), se ha entendido que la fórmula normativa utilizada, en tanto programa o plan de carácter administrativo, pero de expreso carácter vinculante,

⁸³ No sucede así, por el contrario, en otras Comunidades Autónomas. En Cataluña, por ejemplo, aparte del reconocimiento genérico en el nuevo Estatuto de Autonomía de 2006, la Ley 10/1997, de 3 de julio, de Renta Mínima de Inserción regula de forma efectiva el derecho a las prestaciones que establece la renta mínima como derecho de carácter universal garantizado por el sistema de servicios sociales de responsabilidad pública (art. 1).

⁸⁴ Sí previsto, lógicamente, en los arts. 15 y ss. PLISA, distinguiendo entre infracciones leves, graves y muy graves, y el régimen de sanciones aparejado.

plantea una “*vinculación natural*” con su correspondiente Ley, aunque no necesita de ésta para ponerse en marcha⁸⁵.

A pesar de ello, es destacable la temprana asunción por el Decreto 2/1999, y más aún por su antecesor de 1990, de la doble funcionalidad, ya estudiada, de los ingresos mínimos de inserción, e incluso con una priorización o prevalencia, como se dice expresamente en el Preámbulo, “*de las medidas con clara vocación insertora, dejando, en último término, las de carácter puramente asistencia*”⁸⁶. Además, el Programa no se limita a prever y regular, si quiera indiciariamente, los “ingresos mínimos de solidaridad”. Presenta una funcionalidad y ambición normativa mayor, lo que por otro lado pone de manifiesto el carácter integrado, plural y complejo de los instrumentos públicos de asistencia social. El art. 5 añade a la previsión, más específica, de los ingresos mínimos de reinserción, tres acciones complementarias y vinculadas: el establecimiento de itinerarios profesionales, de medidas educativas y de medidas de promoción de acceso a la vivienda.

2. Naturaleza jurídica del “ingreso mínimo de solidaridad”

Seguramente la mayor de las limitaciones a la efectiva operatividad de este instrumento, y, sobre todo, a la articulación de mecanismos de exigibilidad por parte de los beneficiarios, es su consideración no como derecho subjetivo pleno o perfecto (por el rango reglamentario de la norma), sino como prestación condicionada a disponibilidades presupuestarias (art. 24), aún desde la asunción de su virtualidad como mecanismo tuitivo reservado para un sector de la población, cada vez mayor, que no queda amparado por los demás dispositivos públicos de protección. En el Decreto, efectivamente, los ingresos mínimos de solidaridad no se califican e instituyen como derechos, sino realmente como “*acciones*” (art. 5)⁸⁷, dentro del Programa general de Solidaridad, consistentes en una actividad prestacional de los poderes públicos (art. 6), previa solicitud por parte de los interesados (art. 14.1). Como dice el art. 18.2, las propuestas de resolución habrán de pronunciarse en torno a la concesión o no del ingreso mínimo, lo que induce claramente a pensar, reconociéndose por ello un amplísimo margen de maniobra a la Administración, que a pesar del

⁸⁵ Presentación del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 1 de noviembre de 2003, por el que se aprueba el Plan Andaluz para la Inclusión Social.

⁸⁶ En este sentido, los objetivos planteados por la Comunidad Autónoma andaluza en los programas y planes de inclusión social y lucha contra la pobreza desarrollados en los últimos años son realmente ambiciosos y diversificados: fomentar el acceso al empleo entre las personas en situación o en riesgo de exclusión, garantizar el acceso a los recursos sociales y a unos recursos económicos mínimos y poner los mecanismos para que puedan tener acceso a una vivienda o alojamiento las personas en situación de riesgo de exclusión.

⁸⁷ Por el contrario, lo califican como auténtico “derecho subjetivo público” (aunque precisando que a la “acción de tipo asistencial”, y no tanto al contenido prestacional del ingreso mínimo), alejándolo entonces de los rasgos tradicionales de la asistencia social, caracterizada por su discrecionalidad e inestabilidad de la intervención, J. L. Monereo Pérez y J. A. Fernández Avilés, *El ingreso mínimo...*, op. cit., p. 472.

cumplimiento de los requisitos iniciales –no para “ser”, sino para “poder” ser beneficiario–, la solicitud puede denegarse, lógicamente de forma motivada, como aclara el art. 19.1.

Esta deficiencia será corregida, en el futuro, con la Ley de Inclusión Social de Andalucía, siguiendo la estela de las normas autonómicas más completas y depuradas⁸⁸, donde sí se reconoce de forma expresa el derecho subjetivo de los ciudadanos a la obtención de una renta o ingreso mínimo de inserción⁸⁹. De hecho, y como se ha destacado, la formulación estatutaria de este derecho se refiere, en cuanto a sus destinatarios, a “todos”, enlazando claramente la terminología de “renta básica” con el principio de universalización de las prestaciones y el objetivo de recuperación activa de la ciudadanía⁹⁰, a pesar, igualmente, de las cautelas de su percepción “*en caso de necesidad*” y “*con arreglo a lo dispuesto en la Ley*”. Por ello algunos autores han hablado más que de un derecho específico a las prestaciones mínimas de subsistencia, siempre de difícil configuración y exigencia, de un derecho genérico “*a existir socialmente*”, de un «derecho social» de facilitación (económica, en primera instancia) de la autonomía, y del deber correlativo de la sociedad de facilitarlo, con un mayor y más claro encaje constitucional⁹¹. E incluso se ha llegado a calificar por algún autor el “*derecho a un mínimo vital*” como un incuestionable “*derecho fundamental social*” de los ciudadanos⁹².

⁸⁸ En este sentido, por ejemplo, la Ley 9/2007, de 12 de marzo, de la Generalitat valenciana, de Renta Garantizada de Ciudadanía, la define como “*el derecho a una prestación económica gestionada por la red pública de servicios sociales, de carácter universal, vinculada al compromiso de los destinatarios de promover de modo activo su inserción sociolaboral y cuya finalidad es prestar un apoyo económico que permita favorecer la inserción sociolaboral de las personas que carezcan de recursos suficientes para mantener un adecuado bienestar personal y familiar, atendiendo a los principios de igualdad, solidaridad, subsidiariedad y complementariedad*” (art. 2).

⁸⁹ El art. 1 PLISA se refiere, concretamente, al derecho subjetivo a la renta básica de las personas con vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma de Andalucía. A nivel estatal, también se ha apuntado que el programa genérico de rentas activas de inserción las configura como auténticos derechos subjetivos, de obligado reconocimiento si se reúnen los requisitos establecidos al efecto, véase J. Muñoz Molina, “La renta activa...”, *op. cit.*, p. 94.

⁹⁰ Se ha apuntado así, en este sentido, que la consideración como auténtico derecho de los ingresos mínimos de inserción enlazaría, en el fondo, con su consideración como prestación destinada a cubrir “*necesidades básicas*” de los ciudadanos mientras éstas se mantengan: “*el beneficiario no sólo está reclamando un derecho a un mínimo económico vital, sino que demanda oportunidades sociales que faciliten su reconocimiento personal y social. [...] Los ingresos mínimos de inserción, como derechos de la categoría de los derechos sociales, se nos presentan, así, con una doble dimensión en cuanto derechos de igualdad y derechos de prestación*”, R. Susín Betrán, *La regulación de la pobreza...*, *op. cit.*, p. 320.

⁹¹ Véase M. Aguilar; M. Gaviria y M. Laparra, *La caña y el pez. Estudio sobre los Salarios Sociales en las Comunidades Autónomas*, Cáritas Española, Madrid, 1995.

⁹² Palabras de R. Alexy recogidas por E. Carmona Cuenca, *Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital*, en *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, 2, (2006), p. 179. En este sentido, alguna normativa autonómica califica el salario social básico como componente esencial de los “*derechos sociales fundamentales para todas las personas que, por sí mismas o en su unidad de convivencia, no dispongan de recursos mínimos necesarios*” (art. 2 de la Ley del Principado de Asturias 4/2005, de 28 de octubre, de Salario Social Básico).

Como dice en este sentido, y con carácter general, el profesor Vaquer Caballería, analizando el tránsito desde la graciabilidad de las prestaciones de beneficencia pública a la exigibilidad de los derechos de acción social, realmente *“el ordenamiento actual enfrenta diversas dificultades para erigir a las situaciones jurídicas de los ciudadanos frente a las prestaciones públicas previstas por la norma en verdaderos derechos subjetivos tutelables judicialmente. Estas dificultades a veces obedecen sencillamente a fallos de nuestro ordenamiento, a deficiencias técnicas de nuestra legislación procesal y, sobre todo, de la sustantiva, donde la proclamación de derechos no siempre reúne el rigor y la concreción deseables”*, aparte, lógicamente, de las propias trabas objetivas o intrínsecas que dificultan en el fondo el despliegue total de efectos de muchos derechos sociales (configuración genérica de las prestaciones y amplia discrecionalidad administrativa para su desarrollo, naturaleza de derechos de prestación material muchas veces condicionada por la disponibilidad de los medios precisos, etc.), aunque todo ello no ha de invalidar el presupuesto base de la exigibilidad de las prestaciones sociales, fundamentalmente por su encaje directo hoy en día en los principios “normativos” de acción (mandatos) enunciados en el Capítulo III del Título I de la Constitución⁹³.

3. Beneficiarios

A) *La “unidad familiar” como beneficiaria de los ingresos mínimos de solidaridad y la peculiaridad de su composición plural o “única”*

Según el art. 2.a) del Decreto, y en la línea de las primeras normas autonómicas sobre ingresos mínimos de inserción, sólo pueden ser beneficiarios de los mismos las *“unidades familiares”*. Se trata pues, en principio, de una prestación de naturaleza familiar o colectiva, dirigida en primera instancia a la obtención indistinta por la misma, como unidad de vida, de los recursos mínimos necesarios para la subsistencia en momentos de escasez o marginalidad, a fin de permitir al titular del derecho, ulteriormente, iniciar el programa de reincorporación al mundo sociolaboral, pero planteándose entonces el problema de la accesibilidad a este tipo de prestaciones de subsistencia de las *“personas solas”*. El principio de universalidad encuentra aquí una limitación subjetiva importante. Por ello, las normas autonómicas de nueva generación admiten que una persona sola pueda ser beneficiaria de un programa de renta mínima de inserción sin ningún tipo de limitación⁹⁴.

La solución andaluza sobre la unidad de referencia es más peculiar. En principio, se entiende por unidad familiar la constituida por dos o más personas que, conviviendo efectivamente en un mismo domicilio, estén relacionadas entre sí:

⁹³ M. Vaquer Caballería, *La acción social*, op. cit., pp. 184-186.

⁹⁴ Así, arts. 4.1.a) del Decreto vasco 198/1999; art. 4 del Decreto madrileño 73/1990, o art. 5.1 de la Ley catalana 10/1997.

- a) Por matrimonio u otra relación análoga debidamente acreditada o
- b) Por lazos de parentesco por consanguinidad o por adopción hasta el segundo grado.

El parentesco se computará en relación con el firmante de la solicitud, salvo en caso de matrimonio o relación análoga, en que se contará indistintamente desde cualquiera de los cónyuges o miembros de la pareja.

En principio, pues, se trata de una clara prestación de naturaleza familiar, aún definida de forma amplia y versátil (en donde habría que incluir, por ello, a las denominadas “*parejas de hecho*”, pero excluir los supuestos de mera convivencia por razones de amistad o conveniencia). Los beneficiarios son “*núcleos de convivencia permanentes, estables e independientes, que están ligados por un determinado vínculo que otorga a la unión un cierto aire de «normalidad»*”⁹⁵. El dato de la coincidencia física en el mismo domicilio no parece tan determinante, y de hecho no se exige en otros modelos autonómicos. El criterio de referencia es derechamente la unidad de convivencia, como red de solidaridad y catalizador del proceso de inclusión social⁹⁶. De hecho, aunque el titular del derecho sea una persona concreta, la unidad familiar se toma de parámetro para comprobar los recursos disponibles y determinar la situación o no de necesidad, o para establecer, en su caso, la cuantía concreta de la prestación⁹⁷, lo que de paso supone un ahorro de costes en comparación con un modelo individualizado de rentas de inserción en supuestos de pobreza, marginación o exclusión social. El criterio de la indiferencia en torno a los beneficiarios concretos permite incluso que en caso de fallecimiento del titular éste sea sustituido por otro miembro de la unidad familiar (art. 13.2)⁹⁸.

Ahora bien, el art. 3.2 del Decreto matiza claramente esta opción inicial, para incluir –por la propia fuerza de los hechos (fundamentalmente, familias monoparentales)– dentro de su radio de acción (o prestación) a los núcleos unifamiliares, pero a través de una técnica normativa analógica ciertamente discutible. Se entiende, dice el precepto, que una única persona constituye unidad familiar en los siguientes casos:

⁹⁵ R. Susín Betrán, *La regulación de la pobreza...*, op. cit., pp. 308-309.

⁹⁶ En principio se trata de una prestación colectiva, a la que los individuos no pueden acceder de forma independiente si conviven con otros sujetos unidos por relaciones de parentesco o mera convivencia, véase C. Estévez González, *Las rentas mínimas autonómicas*, CESS, Madrid, 1988, p. 137, impidiéndose la coincidencia en una misma unidad de convivencia de más de una renta, frente a lo que ocurre, por ejemplo, con las prestaciones no contributivas, véase M^a. L. de la Flor Fernández, “El Programa...”, op. cit., p. 495.

⁹⁷ Por eso declara el art. 12 del Decreto que “*la modificación sobrevenida del número de miembros de la unidad familiar, o de los recursos económicos declarados, deberán ser tenidos en cuenta, de oficio o a instancia de parte, para la concesión del Ingreso Mínimo de Solidaridad, y, en su caso, para el posterior aumento o minoración del mismo*”.

⁹⁸ La dimensión económica es, como se ve, clave. De hecho, en algunas normas autonómicas el parámetro sustantivo de referencia es la “*unidad económica de convivencia independiente*” (art. 8 de la Ley asturiana 4/2005, de 28 de octubre, de Salario Social Básico).

- a) Cuando sea mayor de 25 años y viva sola o
- b) Cuando alcance la mayoría de edad (sin llegar, pues, a los 25 años), habiendo estado previamente bajo la tutela de la Junta de Andalucía.

El intento por mantener la unidad familiar como criterio de referencia conduce a soluciones por lo menos forzadas. El objetivo genérico es, no obstante, claro: permitir a todas las familias la disposición de recursos suficientes, desde la propia naturaleza estructural y multidimensional del riesgo o las situaciones de exclusión social, para subvenir en condiciones de igualdad, pero con cierta autonomía de gestión (responsabilidad en la reinserción de los titulares del derecho), cualquier situación de necesidad. Se trata de no penalizar a los sujetos que viven solos. Pero realmente una sola persona, por cumplir ciertos requisitos, no se constituye en “unidad familiar”, al menos desde una perspectiva fáctica o material. Requisitos que, por lo demás, encuentran hoy en día, poca o difícil justificación, más allá de la necesidad “política” de fijación de unos determinados umbrales para el acceso a este tipo de prestaciones⁹⁹. Formalmente hay una reconducción de determinados beneficiarios hacia el ámbito subjetivo de aplicación del Decreto, con lo que sólo desde esta perspectiva, a mi juicio, puede predicarse el carácter individual del ingreso mínimo de inserción.

Por otro lado, esta equiparación entre unidad familiar y sujetos individuales encuentra determinados límites en el Decreto. Así, y sin perjuicio de su consideración como miembros de sus respectivas unidades familiares, no podrán conformar “unidades unipersonales”, ni por tanto ser destinatarios de las acciones previstas en el Programa de Solidaridad:

- a) Las personas mayores de 65 años;
- b) Las personas que no sean ciudadanos de la Unión Europea; y
- c) Las personas internas en prisión, salvo que se acredite documentalmente que ser beneficiario del Programa es una condición para acceder al régimen abierto, según la legislación penitenciaria.

La primera excepción parece clara: de acuerdo con el principio de subsidiariedad de las rentas mínimas de inserción, a partir de una determinada edad se presupone que la persona, aparte de no poder adherirse lógicamente a medidas de inserción laboral, tiene posibilidad de beneficiarse de algún tipo de pensión de jubilación, contributiva o no contributiva, de la Seguridad Social. Si no se puede acceder a las mismas, siempre es posible que otro miembro de la unidad familiar que cumpla los requisitos, incluida la edad, sea el demandante de la prestación¹⁰⁰. Se ha apuntado, no obstante, y con lógica, que dado el carácter diferencial, aparte de complementario, de estas rentas, nada impediría su reconocimiento después de

⁹⁹ Como se ha señalado por ejemplo con respecto al límite inferior de los 25 años, “nada impide que un sujeto mayor de edad y menor de 25 años que no forme parte de una unidad familiar no cuente con los medios económicos necesarios para su subsistencia y además presente debido a su insuficiente formación y a la carencia de experiencia importantes déficit de empleabilidad”, M^a. L. de la Flor Fernández, “El programa de solidaridad...”, *op. cit.*, p. 496.

¹⁰⁰ C. Alemán Bracho; J. M^a. Alonso Seco y M. García Serrano, *Servicios sociales públicos*, *op. cit.*, p. 336.

una determinada edad, como complemento o fuente paralela de ingresos –nunca excesivos–, siempre que éstos sean inferiores al límite de los ingresos establecidos o reconocidos¹⁰¹, lo que además estaría amparado por la jurisprudencia constitucional que ha admitido que las Comunidades Autónomas puedan complementar con prestaciones propias (de asistencia social) las pensiones no contributivas establecidas por el Estado (en el marco en principio de sus competencias sobre Seguridad Social). Los otros dos supuestos responden, sin embargo, a motivaciones diferentes, y menos claras, porque lo único que se impide es ser titular individual de la prestación, pero no formar parte de una unidad familiar beneficiaria de la misma. Se trataría de una aparente restricción de la *capacidad de obrar*, pero no de la *capacidad jurídica*, por condicionamientos de falta de ciudadanía o de sujeción a una relación jurídico-penitenciaria de especial sujeción, porque de hecho su situación sí se tendría en cuenta para valorar la cuantía de la prestación correspondiente a la unidad de convivencia.

B) Requisitos de la unidad familiar

Es común en la normativa autonómica sobre rentas mínimas de inserción el sometimiento de los sujetos –unipersonales o colectivos– beneficiarios de la prestación al cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones acreditativas de la regularidad y estabilidad de las unidades de convivencia.

Así, en primer lugar, el Decreto andaluz exige que las unidades familiares solicitantes “*estén constituidas de forma estable, con un año de antelación, como mínimo, a la fecha de presentación de la solicitud, salvo en los casos de matrimonio, nacimiento de hijo o adopción, y ruptura familiar suficientemente acreditada*”. La exigencia de estabilidad temporal (y de independencia funcional) del vínculo familiar obedece claramente a la intención de impedir el “acceso interesado”, a través de la creación *ad hoc* de unidades familiares ficticias, a este tipo de prestaciones. Como dice el preámbulo del propio Decreto, la “unidad convivencial” es el auténtico parámetro fundamentador de la unidad familiar beneficiaria, por lo que han de evitarse, en todo caso, situaciones injustas y posibles casos de fraude. Por eso se exige, como regla general, al menos un año previo de convivencia.

En segundo lugar, se exige que todos los miembros de la unidad familiar se encuentren empadronados como residentes en un mismo domicilio, ubicado en un municipio de la Comunidad andaluza, e igualmente, al menos con un año de antelación a la fecha de presentación de la solicitud. En este caso la regularidad de convivencia obedece más a razones de competencia material y de agrupación física de los núcleos beneficiarios. La mayoría de las Comunidades Autónomas exigen uno o dos años de residencia en cualquiera de sus municipios, limitándose por ello de alguna forma el principio genérico de universalidad de las rentas

¹⁰¹ Como sucede, por ejemplo, en la Ley vasca 18/2008, de 23 de diciembre (arts. 9.2 y 67.7). Así lo ha criticado por ejemplo, con respecto a su inclusión como excepción en la Ley 7/2010, de 30 de agosto, por la que se regula la renta garantizada de ciudadanía de Castilla y León, Ó. Sánchez Muñoz, “Desarrollo de derechos estatutarios...”, *op. cit.*, p. 11.

mínimas¹⁰². No obstante, en el caso andaluz, “podrán admitirse excepciones a la residencia continuada cuando estén motivadas por causas de trabajo o análogas, así como por fuerza mayor” (art. 2.b). A pesar de la indeterminación de algunas de las expresiones de la excepción¹⁰³, atiende lógicamente a posibles situaciones, no tanto de fuerza (externa) mayor, sino de evidente o extrema necesidad¹⁰⁴, que imposibilite o sea incompatible con el período previo de residencia legal, como podría ser el caso, recogido en otras normas autonómicas, de emigrantes retornados o mujeres víctimas de violencia de género que hayan cambiado de domicilio. Este requisito de la residencia previa podría chocar, sin embargo, con los también destacados principios de movilidad y flexibilidad laboral de la población activa, en línea con las propias libertades básicas comunitarias de circulación, establecimiento o prestación de servicios, a lo que habría que exigir, además, de mantenerse como exigencia para optar a la prestación, “el establecimiento de algún tipo de mecanismo –efectivo, añadimos nosotros– de coordinación entre las distintas Comunidades Autónomas que haga viable y sencillo el seguir disfrutando de la prestación” al cambiar de Comunidad Autónoma¹⁰⁵.

El tercer requisito general se refiere ya a la concreta insuficiencia o carencia de recursos por parte de la unidad familiar. Aún sin la consideración como derecho, la acreditación de la insuficiencia de recursos mensuales inferiores a la cuantía del Ingreso Mínimo de Solidaridad, tomando como referencia el Salario Mínimo Interprofesional vigente en la fecha de presentación de la solicitud, permite solicitar el ingreso mínimo de inserción a la Administración Pública. Aunque central desde el punto de vista del contenido económico de la prestación, se trata de un requisito más para adquirir la condición de solicitante y, posteriormente, beneficiario. Dado el concepto amplio y versátil de la unidad de convivencia manejado por el Decreto, habrá que tener en cuenta por lo demás los ingresos percibidos

¹⁰² Como se ha dicho con el máximo criterio, en un principio esta limitación podría tener su sentido para impedir posibles fenómenos migratorios hacia las Comunidades Autónomas que hubieran establecido este sistema o fórmulas análogas de solidaridad intrageneracional, pero hoy en día su casi generalización, aunque existan en verdad regulaciones con criterios más restrictivos y otras con beneficios más amplios, pone en entredicho dicha justificación inicial, redirigiéndola entonces, quizás, hacia parámetros de eficacia o de control social, o de ambos a la vez, R. Susín Betrán, *La regulación de la pobreza...*, op. cit., p. 303.

¹⁰³ En la normativa vasca, mucho más detalladamente, se diferencia, en este punto, entre dos tipos de vivienda o alojamiento, como mecanismo de adaptación a las distintas posibilidades de residencia de las unidades familiares: de un lado, las viviendas o alojamientos particulares, en las que pueden darse dos tipos de situaciones: bien residir una única unidad de convivencia, bien convivir varias unidades de convivencia, admitiéndose en este último caso diferentes situaciones contractuales (en estos supuestos, siempre habrá que considerar que existe una única vivienda o alojamiento, independientemente del número de unidades de convivencia que compartan ese marco físico y de la existencia o no de parentesco entre las mismas); y, de otro, los denominados marcos físicos de residencia colectiva, en los que se incluyen los establecimientos de alojamiento turístico y los centros de acogida temporal.

¹⁰⁴ En otras normas autonómicas se habla de “situaciones de necesidad extrema sobrevenida que, de manera repentina e imprevista, se produzca tras su empadronamiento en un municipio de la Comunidad” (art. 10 de la Ley 7/2010, de 30 de agosto, de Castilla y León).

¹⁰⁵ M^a. L. de la Flor Fernández, “El programa de solidaridad...”, op. cit., p. 496.

no sólo por los integrantes de la unidad familiar nuclear, sino también los ingresos de los ascendientes y de los colaterales hasta el segundo grado¹⁰⁶.

Hay que tener en cuenta que a los efectos de determinar el cumplimiento o no del requisito *económico* reseñado, se considerarán recursos computables de la unidad familiar las pensiones, subsidios, rentas e ingresos que, en cualquier concepto, perciban o tengan derecho de percibir todos los miembros de la misma en el momento específico de la presentación de la solicitud. La unidad familiar en su conjunto es, no sólo la beneficiaria de la prestación, sino el criterio decisivo para el cumplimiento de las condiciones previstas para su acceso, lo que en el fondo puede restringir, de forma notable, la capacidad individual de acceso a este tipo de rentas por determinados sujetos en riesgo o situación de exclusión social (lo normal es que se trate de personas singulares en esta situación, no de todo el núcleo familiar). Esto pone de relieve el carácter subsidiario, complementario y de *última ratio* de este tipo de prestaciones, pero a la vez el difícil equilibrio subyacente a las mismas, entre la dimensión puramente asistencial y pecuniaria y la necesaria dimensión proactiva de fomento de la reinserción “específica” e “individualizada” del receptor de las rentas. Por eso algunas normas autonómicas, más completas y avanzadas, no sólo se fijan, formal y estáticamente, en el dato numérico y económico del número de miembros y los ingresos de la familia, sino también, y como modulación, en factores extraeconómicos y sociales de la propia unidad de convivencia, de tal forma que puedan individualizarse las situaciones de los distintos miembros –y su proceso de inclusión o reinserción– sin dejar de pertenecer a la misma¹⁰⁷. Se incluyen, por otro lado, cualquier tipo de recursos, disfrutados o reconocidos, presentes o futuros (lo que exige una eficaz labor de supervisión administrativa de la evolución socioeconómica de la unidad familiar) e incluso los bienes muebles o inmuebles poseídos, por cualquier título jurídico, por los miembros de la unidad familiar. Lo único que no se consideran recursos computables serán la propiedad o mera posesión de la vivienda habitual, la prestación por hijo a cargo y el posible disfrute de ayudas para el transporte¹⁰⁸.

Dado el carácter complementario de la garantía del ingreso mínimo de solidaridad, su percepción no es incompatible con la titularidad de otro tipo de ingresos, contributivos o no. El límite es puramente cuantitativo: se podrá acceder a la renta mínima cuando los ingresos obtenidos por otras vías no superen el límite establecido.

¹⁰⁶ Véase M^a. L. de la Flor Fernández, “El programa de solidaridad...”, *op. cit.*, p. 497.

¹⁰⁷ Por ejemplo, art. 9 de la Ley 18/2008, de 23 de diciembre, del País Vasco.

¹⁰⁸ “No hace referencia la norma a otras ayudas económicas que pudieran enmarcarse dentro de las medidas de apoyo para la integración que se diseñe para cada uno de los miembros de la unidad familiar, tales como becas para la educación o la formación, ayudas para comedor escolar, y alquiler o rehabilitación de viviendas, etc., que pueden facilitar la superación de desequilibrios personales y familiares, así como fomentar la participación social de los beneficiarios”, M. L. de la Flor Fernández, “El programa de solidaridad...”, *op. cit.*, p. 498.

4. Contenido del ingreso mínimo de solidaridad

A) Cuantía específica de la prestación económica

Establece el art. 6.1 del Decreto 2/1999, que el Ingreso Mínimo de Solidaridad consistirá en una prestación económica mensual del 62% del SMI vigente en la fecha de resolución de la solicitud, incrementada en un 8% por cada miembro de la unidad familiar distinto del firmante de la misma, hasta un máximo equivalente al 100% de dicho SMI.

Lo primero que hay señalar es, claramente, el carácter “*mínimo*” –y no sólo por el nombre– de estas ayudas¹⁰⁹, que, como mucho, podrán alcanzar el importe del Salario Mínimo Interprofesional vigente (suelen estar, aún con diferencias entre Comunidades Autónomas, sobre unos 400 euros). Por un lado es lógico, dado el carácter no contributivo, asistencial y excepcional de estas prestaciones. Atienden, de hecho, a lo que se conoce como “umbral de pobreza”. Pero por otro lado, parece evidente también que la promoción, el esfuerzo personal de reincorporación al mundo sociolaboral y la misma salida de situaciones estructurales y complejas de marginación, exclusión social o estigmatización será difícil “*sólo*” a partir de estas ayudas, casi de mera subsistencia¹¹⁰. Además, este enfoque que prima el tamaño de la unidad familiar puede contravenir la propia lógica implícita del instrumento de las rentas activas de satisfacer las necesidades vitales de cada uno de sus miembros, desde la perspectiva de la aparente peor protección de las familias más amplias. Podrían haberse previsto, por ello, como medidas de flexibilización o adaptabilidad, junto a los criterios y referentes de complemento por cada persona adicional, otros referidos, por ejemplo, a situaciones de dependencia, discapacidad o enfermedad.

En el caso de un solo perceptor se puede decir que se trata de *prestaciones básicas*, incrementándose con *prestaciones complementarias* en función del número de componentes de la unidad familiar de referencia. No obstante, y como se ha destacado, la cuantía mensual de las rentas mínimas de algunas Comunidades Autónomas es superior, realmente, a la de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social y a los subsidios por desempleo, e incluso a algunas pensiones contributivas, en especial cuando existen varias personas en la unidad familiar¹¹¹.

¹⁰⁹ El art. 9.1 PLISA sube la prestación al 75% del IPREM vigente en el momento de la resolución de concesión, manteniéndose el resto de porcentajes complementarios.

¹¹⁰ En este sentido, alguna norma autonómica extiende la cobertura del mecanismo de renta básica no sólo a los gastos básicos asociados a las necesidades fundamentales, sino también, y desde la perspectiva integrada y compuesta de este modelo, a los gastos derivados del propio proceso de inclusión social y/o laboral, englobando dentro de los mismos a todos aquellos gastos indispensables para la efectiva realización de este proceso, como por ejemplo los gastos de transporte al lugar de trabajo o los gastos de formación (Ley 18/2008, de 23 de diciembre, del País Vasco, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social y Decreto de desarrollo 147/2010, de 25 de mayo).

¹¹¹ Véase C. Alemán Bracho; J. M^a. Alonso Seco y M. García Serrano, *Servicios sociales públicos*, op. cit., p. 337.

El tope máximo se completa, además, aunque esta vez como garantía de un mínimo prestacional, con otro límite inferior. Los recursos computables de la unidad familiar, atendiendo el carácter subsidiario y diferencial de las rentas mínimas de inserción¹¹², reducirán la cuantía mensual de la prestación, pero sin que ésta pueda resultar inferior en ningún caso al 15% del citado SMI.

Aún sin caer en una mera configuración de graciabilidad, lo cierto es que la regulación andaluza sobre los ingresos mínimos se acerca más a la consideración como prestación pública que a su naturaleza de auténticos, aunque condicionados, derechos subjetivos¹¹³. En este sentido, señala el art. 6.3 que el ingreso mínimo de solidaridad se devengará, no desde la fecha de la solicitud (y el cumplimiento reglado de los requisitos normativos), sino a partir del día siguiente al de la fecha de la resolución (claramente pues de naturaleza constitutiva) por la que se efectúe el reconocimiento de la misma. No estamos, pues, ante un “*mero reconocimiento formal*” de la preexistencia de un derecho personal, sino ante una auténtica resolución material decisoria sobre la viabilidad o no de la prestación.

Y se trata, finalmente, de una prestación económica de duración limitada, como sucede con otros ingresos mínimos regulados en sede autonómica. La efectividad del programa de inclusión social y las propias dudas acerca de la naturaleza jurídica de estos ingresos mínimos se acrecientan desde la óptica del carácter temporalmente limitado de estas ayudas, cuya duración máxima será de seis meses (ni siquiera un año, como sería propio de unas prestaciones enlazadas a programas periódicamente renovables de asistencia social). Además, en otras normas autonómicas se admiten prórrogas, mientras subsistan las circunstancias que motivaron su concesión (realmente es difícil pensar que en seis meses una unidad familiar más o menos amplia vaya a poder no sólo salir de la pobreza, sino “incluirse” de forma activa en la sociedad), e incluso la renovación automática de la prestación¹¹⁴, y, al cabo de un cierto tiempo, como medida también lógica y acertada, se impone una “valoración” sobre la eficacia social de las actividades de inserción realizadas¹¹⁵. Puesto que no nos encontramos,

¹¹² Como expresamente se define en otras normas autonómicas más completas y perfiladas, “*el salario social básico es una prestación económica diferencial, complementaria y subsidiaria de cualquier otro tipo de recursos, derechos, rendimientos de bienes y prestaciones sociales económicas previstas en la legislación vigente que pudieran corresponder al titular o a cualquiera de los miembros de su unidad económica de convivencia independiente, y que deberán ser reclamados y hacerse valer íntegramente con carácter previo a la solicitud*” (art. 3.2 de la Ley asturiana 4/2005, de 28 de octubre).

¹¹³ Por el contrario, y como se ha apuntado más arriba, el concepto de rentas básicas o universales aparece caracterizado, en principio, por su universalidad e incondicionalidad, con independencia de las situaciones y recursos económicos de los solicitantes o perceptores colectivos de las ayudas. Como se ha señalado, la Renta Básica es un mecanismo de redistribución de la renta, mediante el cual se proporciona a cada persona por «*derecho de ciudadanía*» una cantidad periódica, lo suficientemente amplia como para cubrir sus necesidades básicas, concediéndose a personas, y no a familias, y con independencia de cualquier otro ingreso que perciban por otros conceptos, J. Iglesias Fernández, *El derecho ciudadano...*, op. cit., p. 134.

¹¹⁴ En otras, incluso, la prestación es de duración ilimitada, mientras que la unidad de convivencia independiente siga reuniendo los requisitos establecidos en la normativa aplicable (art. 6.1 de la Ley asturiana 4/2005, de 28 de octubre, de Salario Social Básico).

¹¹⁵ Así, por ejemplo, en la Ley 1/2007, de 17 de enero, por la que se regula la Prestación Canaria de Inserción.

teóricamente, ante meras prestaciones económicas asistenciales, el seguimiento y la ponderación de la funcionalidad real de las medidas implementadas parece del todo punto necesario. Aunque es importante resaltar el carácter procesual y progresivo de las acciones de reinserción social, en tanto que no pueden concebirse como fórmulas finalísticas de inclusión automática, la racionalidad del mantenimiento, o su modificación, de los servicios sociales o de las prestaciones sociales integradas sí que exige una evaluación no de los resultados sino de la eficacia y congruencia de las medidas y acciones de integración desarrolladas.

B) Prestaciones complementarias

Cualquiera de los miembros de las unidades familiares beneficiarias del Ingreso Mínimo de Solidaridad, y no sólo el solicitante, podrá ser incluido, adicionalmente a su percepción, y dado el carácter abierto, dual y flexible del mismo, en un itinerario profesional que, partiendo del análisis de su empleabilidad, le permita acceder con carácter prioritario a medidas de inserción laboral como la orientación profesional, la formación profesional ocupacional, el fomento del empleo, la inclusión o actualización de demanda de empleo en el Servicio Andaluz de Colocación y, en abierto, “*cualquier otra medida que pueda aprobar*” la Consejería competente (art. 7.1). Aunque estrictamente hablando no toda la unidad familiar seguramente se encuentre en la misma situación de riesgo de exclusión, desarraigo social o desempleo (pues es más bien el parámetro de referencia para la concesión o no del ingreso mínimo), la posibilidad de incorporación a los programas y políticas activas de empleo se extiende y generaliza a cualesquiera miembros de la unidad de referencia. La focalización en el empleo se justifica en su consideración, algo simplista y forzada, como factor decisivo de inclusión e integración social. Pero lógicamente, si alguna de las anteriores medidas implicase la percepción de ingresos o rentas, los beneficiarios deberán comunicarlo a la Administración (art. 7.2)¹¹⁶.

Igualmente, los miembros de las unidades familiares beneficiarias podrán ser incluidos en programas de educación permanente de adultos, y en cualquier otra medida que pueda aprobar la Consejería de Educación y Ciencia, y a aquellas que no dispusieren de vivienda (aunque parecería más lógico aplicar esta posibilidad a los miembros concretos de las familias) se les aplicará el procedimiento especial de adjudicación singular o de segunda adjudicación establecido para las viviendas de promoción pública en régimen de alquiler, pudiendo ser subvencionadas en su renta hasta el 90% por parte de los poderes públicos. Finalmente, cuando la vivienda de que disponga la unidad familiar no reúna las condiciones mínimas de habitabilidad, se podrá disponer la aplicación del procedimiento anterior o la inclusión en un programa de rehabilitación que se esté ejecutando o se vaya a acometer en su municipio de residencia.

¹¹⁶ El carácter laxo y poco novedoso de la regulación de estas medidas ha sido criticado por la doctrina, dudándose que de las mismas pueda desprenderse realmente la supremacía de las acciones orientadas a la inserción o activación sobre la de protección económica de las necesidades más básicas de los destinatarios, véase M^a. L. de la Flor Fernández, “El programa de solidaridad...”, *op. cit.*, p. 506.

Estas prestaciones complementarias ponen de manifiesto el carácter estructural y complejo de las situaciones de exclusión social o pobreza extrema. El proceso de reincorporación a la “*ciudadanía activa*” difícilmente puede conseguirse a través de meras ayudas económicas asistenciales regulares, ni siquiera mediante el ofrecimiento, más o menos individualizado y proactivo, de un programa de inserción, sino intentando paliar o mitigar, aún con ciertas dosis de discrecionalidad decisonal por parte de la Administración, el conjunto de condiciones y presupuestos socioeconómicos desencadenantes, en su conjunto, de la situación de exclusión social. El problema es que ni ahora, con la regulación vigente, ni aparentemente con la normativa en ciernes, existe una garantía precisa de ordenación racional del conjunto de acciones que han de configurar un verdadero proceso de integración social. El art. 3 PLISA contiene, acertadamente, los instrumentos arbitrados por la Ley, de naturaleza variada y plural, para lograr los objetivos de inclusión social y superación de los estados de pobreza, algunos de previsión ciertamente novedosa. Pero mientras que el acceso a la renta básica se configura como “derecho”, el resto de acciones se califica de “medidas” (para el derecho a una inserción laboral, para el derecho de acceso a una vivienda, en el ámbito de la salud, la educación y el conjunto de los derechos sociales, para colectivos con necesidades especiales y para las zonas con necesidades de transformación social), con lo que el nivel de exigibilidad, vinculación y efectividad jurídicas se diluye en parte, en un contexto de –por lo demás necesaria– discrecionalidad estratégica de la Administración en la articulación de los programas globales de inserción.

C) *El compromiso de inserción de los beneficiarios*

a) *Naturaleza jurídica*

¿Cuál es el alcance “jurídico” del compromiso de inserción? En sede teórica, es clara su naturaleza complementaria o adicional a la prestación económica. Se trata del segundo componente material de las rentas o ingresos mínimos de solidaridad. Ambos elementos, por la naturaleza bifronte de estas medidas, se presentan como necesarios, pero, ¿en el mismo plano?

Aparentemente, el carácter más depurado y complejo de los ingresos mínimos de segunda generación induciría a pensar en la prevalencia de la dimensión activa o promocional de este instrumento. El compromiso de inserción, como obligación más o menos intensa, habría de primar (en su configuración, impulso y control públicos) sobre la mera actividad unidireccional de asistencia económica a los beneficiarios¹¹⁷. Y sin embargo, el art. 10 del Decreto andaluz plantea serios interrogantes sobre la naturaleza jurídica estricta de esta figura.

¹¹⁷ En este sentido, alguna normativa autonómica incluso desvincula expresamente ambos elementos de la figura que comentamos. La Ley 1/2007, de 17 de enero, por la que se regula la Prestación Canaria de Inserción viene así a condicionar la percepción de la ayuda a la realización de medidas de inserción. Realmente, la Ley

En primer lugar, porque parece que no será obligatorio en todos los casos. El art. 10.1 sólo parece exigir la aceptación del compromiso de inserción cuando los miembros mayores de edad de la unidad familiar “*sean requeridos para ello*”. Esta interpretación literal choca frontalmente con la importancia y carácter integrado de las ayudas de inserción social¹¹⁸, por lo que habrá que entender que el “*requerimiento*” público no será para asumir o no el programa de inserción, sino directa y materialmente para suscribirlo, teniendo en cuenta además la variedad y pluralidad de “*acciones de solidaridad*” diseñadas genéricamente por el Decreto. Bien es verdad, no obstante, que en otras normas autonómicas sí hay una desvinculación, pero expresa, entre la prestación económica y el programa de inserción, respondiendo realmente a una situación cada vez más generalizada, la pobreza asociada a bajos niveles salariales: en el modelo vasco, concretamente, la “*Renta de Garantía de Ingresos*” admite, así, dos modalidades, un sistema ordinario de prestación básica orientada a la inclusión social y un mecanismo especial de complemento (exclusivamente económico) frente a bajos niveles salariales, al que no se acompaña entonces ningún programa de inclusión, al ser los beneficiarios trabajadores realmente, aunque con un nivel de ingresos insuficiente para proveer las necesidades fundamentales. El carácter colectivo de la prestación explica, por otro lado, que el convenio de inserción pueda dirigirse no sólo frente al solicitante, sino con respecto a los demás miembros de la unidad familiar.

En segundo lugar, el Decreto presenta el compromiso de inserción como un “*requisito*” más, una condición, para el acceso o el otorgamiento de las ayudas económicas¹¹⁹. Siguiendo el modelo establecido en otras normas autonómicas, con carácter previo a la concesión de las acciones previstas en el Programa de Solidaridad, y no sólo, pues, con referencia específica a la percepción del ingreso mínimo de solidaridad por exclusión social, los miembros mayores de edad de las unidades familiares aceptarán, y se obligarán a su cumplimiento, detalla el art. 10.1. A mi juicio, sin embargo, la dimensión de inclusión social es un componente material del propio instrumento de las rentas mínimas de inserción, más que un requisito para su “*posible*” concesión, y en ningún caso con carácter previo o posterior, sino integrado o colateral con la suscripción del programa o compromiso de inserción. Realmente, debería ser el “*compromiso de inserción*”, la verda-

configura de forma separada la dotación de una cuantía económica de las propias actividades de inserción, que pueden incluso realizarse independientemente de que se acceda, se suspenda o se extinga la ayuda económica.

¹¹⁸ Salvo que se entienda que se trata de una medida de flexibilización del régimen jurídico de las rentas mínimas en atención al carácter plural de los destinatarios. Se ha apuntado así que el hecho de que no todos los sujetos de la unidad familiar puedan ser susceptibles de recibir –y obligarse a– medidas de inserción, explicaría la condicionalidad positiva de su suscripción al previo requerimiento por parte de los Servicios Sociales, véase M^a. L. de la Flor Fernández, “El programa de solidaridad...”, *op. cit.*, p. 501.

¹¹⁹ En parecidos términos, el art. 8 PLISA configura la aceptación por las personas mayores de edad miembros de la unidad familiar, sin distinciones ni evaluaciones previas de necesidad o caracteres, del Plan de inserción, como requisito para percibir la renta básica la unidad familiar, desde una perspectiva pues monodimensional y típicamente asistencialista. Otras normas autonómicas, como se subraya en el texto, apuntan hacia una dirección más lógica de convencionalidad o cooperación en la asunción de las exigencias del programa de inclusión, a partir del derecho a la renta mínima económica inicial.

dera y última motivación de los poderes públicos, lo que debería anteceder y englobar a las meras ayudas económicas. El compromiso de actividad debería ser, así, el auténtico eje de articulación del estatuto jurídico de las rentas mínimas de solidaridad¹²⁰. Parece acertada, así, alguna definición concreta de las rentas mínimas de inserción que pone el acento tanto en el carácter de derecho, individual o familiar, a la obtención de una prestación mínima en situación de pobreza para satisfacer sus necesidades básicas, como en su carácter progresivo, al surgir “*durante el proceso de inserción*”¹²¹. Las últimas normas autonómicas sectoriales sobre esta figura insisten en esta idea: el proyecto individualizado de inserción no es una obligación más de los beneficiarios, sino realmente “*el conjunto de obligaciones y compromisos*” que han de suscribir estos en relación con las actuaciones que se entiendan necesarias para superar la situación de exclusión social¹²². No hay, pues, una mera relación jurídico-asistencial, sino una relación jurídico-social orientada primordialmente a la reintegración y normalización en el mercado laboral y a la inclusión social de los beneficiarios de las ayudas. En esa relación jurídica surgen derechos y obligaciones para ambas partes, siendo el compromiso de inserción, expresión de la propia voluntad de reincorporación activa, la obligación fundamental de los perceptores de las rentas mínimas. Se ha entendido, en esta línea, que lo que se conforma en estos casos sería una auténtica “*relación estatutaria*”¹²³. Desde esta perspectiva cabe entender, quizás, la fórmula un tanto reiterativa del precepto. Porque no sólo hay una aceptación del compromiso, sino una expresa manifestación de obligación en su cumplimiento, desde el entendimiento del plan de inserción como un proceso que depende, en igual medida, de la voluntad tanto de los poderes públicos (puesta a disposición, diseño, fomento y promoción de las medidas adecuadas, etc.) como de los beneficiarios de las ayudas.

De todas formas, el Decreto andaluz sí parece distinguir o cualificar el compromiso o acuerdo de inserción del resto de obligaciones de los beneficiarios. Lógicamente no es un contrato, ni siquiera “*sui generis*”, como se ha podido plantear, porque no hay autonomía de la voluntad, ni paridad de situaciones jurídicas ni una efectiva “*contraprestación*”. Sin aceptación no hay acciones de solidaridad. Se podría defender, quizás, su naturaleza jurídica no de mera obligación, sino de acuerdo o compromiso por parte de los sujetos

¹²⁰ Se ha apuntado así que, reinterpretando muchos de los textos legales de última generación, la prestación económica podría verse como un “*apoyo a la inserción*”, presentando realmente el ingreso mínimo de inserción una doble condición, como derecho a la inserción y como derecho a la renta mínima. Por ello podría sostenerse, aún en contra de la dicción literal de la normativa andaluza, por ejemplo, que el devengo de la prestación se produzca una vez que se tenga constancia de que se cumplen las condiciones de atribución, a partir del día siguiente a su solicitud y no a su reconocimiento, R. Susín Betrán, *La regulación de la pobreza...*, op. cit., pp. 318-319.

¹²¹ J. N. García-Nieto, “Concepto y alcance de la Renta Mínima y del Salario Ciudadano”, *Documentación Social*, 78, (1990), pp. 59-60.

¹²² Art. 14.1 de la Ley 7/2010, de 30 de agosto, por la que se regula la Renta Garantizada de Ciudadanía de Castilla y León.

¹²³ R. Susín Betrán, *La regulación de la pobreza...*, op. cit., p. 332. En la misma línea, Á. Garcés Sanagustín, *Las prestaciones económicas...*, op. cit., pp. 140 y ss.

implicados (como plan, acuerdo o convenio)¹²⁴, pero parece más adecuado entender que, realmente, el marco de actuación viene establecido por el programa o plan de reinserción establecido por la Administración, dentro del cual se desarrollan, de un lado, las acciones o medidas puramente asistenciales, y, de otro, quizás con más importancia, las medidas promocionales o de reinserción activa.

En cualquier caso parece claro que nos encontramos, como se ha apuntado, ante un modelo de “*solidaridad condicionada*”¹²⁵. La prestación económica se enlaza con la actitud activa del beneficiario. Frente al enquistamiento en las situaciones de exclusión social, y el conformismo puramente asistencial, las rentas activas de inserción buscan la reincorporación individualizada de los perceptores sobre todo al mercado de trabajo, anudando una cierta reciprocidad a la mera dimensión prestacional pública.

En este punto, la redacción y el enfoque del PLISA parece realmente más acertadas y coherentes. Establece el art. 12.1 en primer lugar, y lógicamente, que el procedimiento para la concesión de la Renta básica se desarrollará reglamentariamente, asumiendo el papel “normativo” común de los textos reglamentarios y corrigiendo la anómala situación vigente. Este procedimiento comprenderá, sigue diciendo el precepto, los “*compromisos mínimos de las personas integrantes de la unidad familiar*”, desde el entendimiento de los mecanismos proactivos de inserción como posibilidades y no como resultados forzosos. La aceptación de las personas beneficiarias no es una auténtica contraprestación ni una obligación jurídica plena, sino un compromiso de acción, de acuerdo con unas pautas de seguimiento, tendente al logro –no siempre posible– de unos objetivos. Y sigue el precepto: el carácter cooperativo de estos instrumentos deberá tender a conseguir, no la inclusión social, como categórica y rígidamente se exige a nivel positivo en muchos casos, sino “*un adecuado grado de inclusión social*”. No siempre será posible encontrar trabajo, aún siguiendo estrictamente el plan de inserción sociolaboral. Y, a veces, aún encontrándolo, no se podrá salir de las situaciones de marginación o pobreza, si no se solventan el resto de necesidades, también básicas (fundamentalmente las de salud y vivienda) y si no se asume el carácter integrado, complejo y multifactorial de la exclusión social. Finalmente, culmina el precepto matizando de nuevo que el objetivo no es una “normalización integral” del ciudadano, una integración plena y efectiva, sino su “intento” adecuado, y siempre que “*se aprovechen de forma óptima las medidas que se articulen*”¹²⁶.

¹²⁴ Es el caso, por ejemplo, del modelo vasco, en donde el “*Convenio de inclusión*” es fruto directo del “*mutuo acuerdo*” entre la persona titular y el servicio social correspondiente, orientándose a facilitar tanto su propia inclusión social y/o laboral como la del resto de las personas miembros de la unidad de convivencia (Decreto 147/2010, de 25 de mayo).

¹²⁵ L. Sanzo González, “La introducción de la Renta Básica en España”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 23, (2005), p. 130.

¹²⁶ A mi juicio, la filosofía y orientación del precepto, así como su redacción, lo convierten en uno de los mejores, y más depurados, del Proyecto.

b) Contenido

Dado que la exclusión social es una manifestación estructural y compleja de todo un conjunto de carencias, no sólo económicas, las medidas y acciones que pueden integrarse en el compromiso de inserción son múltiples y heterogéneas, aunque obedeciendo en todo caso a la finalidad de reincorporación activa de los solicitantes al estatuto de ciudadanía.

El art. 10 del Decreto desglosa el contenido del programa en dos grandes bloques de medidas: las de carácter personal y familiar, y las de naturaleza socioeconómica y laboral.

El contenido de las medidas personales y familiares se ha de dirigir al desarrollo de actividades que permitan movilizar los recursos, destrezas y habilidades de los interesados, así como su grado de integración y responsabilidad familiar en los ámbitos de escolarización, salud y vivienda. El radio de acción y los objetivos de estas medidas trasciende y supera los estrictos fines de subversión de situaciones de necesidad extrema y facilitación de los procesos (activos) de reinserción social, destinándose realmente a *“intentar solucionar problemas de desestructuración, de falta de autoestima, de desarrollo personal, de convivencia o de relaciones con el entorno, por lo que las medidas económicas o labores se sustituyen, o mejor se complementan a través, sobre todo, de medidas de carácter educativo y promocional cuyo objetivo es que estas poblaciones alcancen un cierto grado de autonomía”*¹²⁷.

Por su parte, el contenido de las medidas socioeconómicas y laborales estará orientado, más específicamente, a fomentar en los interesados sus posibilidades de acceso y mantenimiento como sujetos activos, procurando su inserción en el mercado laboral, mediante su formación y capacitación profesional, tanto individualmente como en el seno de proyectos empresariales de inserción o de economía social.

Se trata de programas de inserción plurales, abiertos y diversificados, buscando la adaptabilidad y eficacia de las medidas finalmente adoptadas, en atención al perfil de los beneficiados por la renta de inserción. Aunque no se habla del diseño de un itinerario personalizado de inserción laboral, como sucede en el caso de las prestaciones económicas incluidas en el ámbito de la Seguridad Social, lo cierto es que el compromiso de actividad exige la adecuación de las medidas a la situación del solicitante y de su unidad familiar, desde la coherencia y suficiencia del programa de integración y con cierta flexibilidad en la consecución de los objetivos. Porque realmente no todas las situaciones van a ser iguales. Puede haber casos, por ejemplo, de simple *“exclusión coyuntural”*, que exijan más que un programa completo familiar de reinserción, simplemente medidas específicas de formación o cualificación profesional, técnica o laboral. El Decreto, sin embargo, no concreta los principios o directrices que han de informar el diseño definitivo del compromiso de inserción que ha de suscribirse para percibir el ingreso mínimo de solidaridad, como sucede con otras normas autonómicas, que prevén expresamente, por ejemplo, la (conveniente)

¹²⁷ R. Susín Betrán, *La regulación de la pobreza...*, op. cit., p. 334.

colaboración de los destinatarios en la elaboración del programa de reinserción o la periodificación en la consecución de los objetivos o finalidades del programa¹²⁸. Simplemente recuerda que las Delegaciones Provinciales competentes, por sí mismas, y, en su caso, con la colaboración de los servicios sociales de las Corporaciones Locales, con carácter periódico, controlarán el correcto cumplimiento del compromiso firmado por los miembros “hábiles” de la unidad familiar. Pero dado que la búsqueda de empleo –sobre todo ahora– no es un objetivo fácil de alcanzar, ni de configurar como criterio de “superación” de un programa de inclusión activa, no parece posible entender el control del “cumplimiento” del compromiso como un control administrativo de resultados. La supervisión periódica debe versar, más bien, sobre el progreso y la mejora en la situación “social” de los beneficiarios del ingreso mínimo. El correcto cumplimiento habrá de referirse, con más flexibilidad, a las condiciones u obligaciones, y al propio esfuerzo, de los interesados, no a la consecución efectiva del fin último de inclusión social. Sobre todo porque en los tiempos que corren, ni con trabajo es siempre defendible la existencia de una digna calidad de vida y una adecuada integración social.

En todo caso, el compromiso de inserción sí debe integrar una amplia gama de acciones y medidas que fomenten realmente el desarrollo de las habilidades y capacidades necesarias para promover la autonomía personal y la participación en la vida social, económica y cultural de la comunidad de convivencia¹²⁹. Ha de buscarse la verdadera preparación personal para la reincorporación activa a la sociedad, la creación de las condiciones socioeconómicas adecuadas (en materia de educación, vivienda, integración colectiva, etc.) para la consecución personal de la integración social, dada la doble dimensión de los ingresos mínimos como derechos de igualdad y derechos de prestación.

D) Obligaciones de los beneficiarios: el ingreso mínimo de solidaridad como “relación jurídica”

Aunque no existe un auténtico contrato entre la Administración y los beneficiarios de la prestación, sí que hay una intensa relación jurídica entre ambas partes, que convencional o dogmáticamente cabría entender como estatutaria o de especial sujeción. Sea o no el compromiso de inserción el marco programático general de “normalización” social de los beneficiarios, o una más de las obligaciones a suscribir por los mismos, como complemento de la dimensión exclusivamente pecuniaria de la prestación, lo cierto es que la relación trabada se compone efectivamente de una serie de obligaciones y derechos, sobre todo para la parte “privada”.

¹²⁸ Así por ejemplo, y de forma obligatoria, en el art. 6 de la Ley valenciana 9/2007, de 12 de marzo, de Renta Garantizada de Ciudadanía. En el PLISA sí se recoge expresamente, aunque con una calificación errónea de “obligación”, la “participación activa de los miembros de la unidad familiar en el diseño y la ejecución de las medidas contenidas en el Plan de Inserción” (art. 14.d).

¹²⁹ Véase M^a. L. de la Flor Fernández, “El programa de solidaridad...”, *op. cit.*, p. 502.

El art. 11 señala, así, que son obligaciones de los beneficiarios, incluyendo como una más la suscripción del propio compromiso de inserción, las siguientes:

- a) Comunicar a la Delegación Provincial de Asuntos Sociales correspondiente, en el plazo máximo de 15 días, la modificación sobrevenida de las circunstancias que determinaron la concesión de las acciones o prestaciones.
- b) Solicitar las prestaciones, contributivas o no contributivas, así como reclamar los derechos que por cualquier título pudiera corresponderles a fin de incrementar sus recursos económicos, ejerciendo las acciones pertinentes para hacerlos efectivos (lo que refuerza el carácter *subsidiario* de este tipo de ingresos mínimos de solidaridad).
- c) No rechazar oferta de empleo adecuada, ni cualquiera de las acciones previstas en el Programa de Solidaridad.
- d) Prestar a la Administración la colaboración necesaria para una eficaz gestión del citado Programa.
- e) Firmar y cumplir el Compromiso de Inserción que, en su caso, se establezca (por tanto, aparentemente, de forma no obligatoria), y realizar las actividades fijadas en el mismo.
- f) Reintegrar las cantidades indebidamente percibidas.

Llama la atención, en primer lugar, que sólo haya obligaciones para los beneficiarios: para la Administración, por tanto, el diseño e implementación adecuadas y efectivas –en base a la dotación presupuestaria correspondiente– del plan de normalización social no se configura como obligación, al menos en el seno de una relación jurídica concreta. Y por lo demás, estas obligaciones de los beneficiarios responden a la naturaleza de ingreso complementario y condicionado o subsidiario de las rentas mínimas de inserción o solidaridad, y a su carácter de prestación social familiar de naturaleza diferencial y variable (de ahí la obligación, común en las prestaciones sometidas a un límite de ingresos, de comunicar el cambio de circunstancias o solicitar las prestaciones debidas para incrementar los recursos económicos de partida de la unidad de convivencia) y de ingreso de doble naturaleza, asistencial y promocional (obligatoriedad de aceptación de las ofertas de trabajo, de cumplimiento de las acciones de reinserción, de colaboración en la gestión del Programa, etc.).

Que nos encontremos ante una auténtica relación jurídica, al menos *sui generis*, se pone de manifiesto con el hecho de la previsión, en el art. 13, de las causas de extinción, aunque a mi juicio impropia se refieran a las “acciones previstas en el Programa de Solidaridad”. Parece difícil de entender que una acción o línea de actuación se extinga. Más bien se extinguirá la relación jurídica surgida de su implementación o desarrollo. Tampoco se extinguirá, en sí, el Programa general, como plan-marco de actuación de las actividades o medidas concretas que, individualmente diseñado, hayan sido puestas en marcha por la Administración o los servicios sociales correspondientes. Las acciones previstas o programas no pueden

extinguirse. Por ello, la primera causa debe interpretarse como extinción de la prestación o ayuda por transcurso del plazo para el cual fue concedida. Como causa personal, también se extinguirá o finalizará la relación jurídica de inserción por fallecimiento del beneficiario, pero lógicamente sólo en el caso de unidades familiares unipersonales¹³⁰. En tercer lugar, por cambio de alguna de las circunstancias que motivaron la concesión de la prestación o el establecimiento, mejor, del programa integrado de inclusión social, cuando no procediere su modificación. Y también finalizará por falseamiento en la declaración de ingresos o cualquier otra actuación fraudulenta para la concesión o el mantenimiento de las acciones, el incumplimiento de alguna de las obligaciones de los beneficiarios o el traslado de la residencia a un municipio fuera de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Realmente se mezclan en este precepto consecuencias negativas sobre la relación jurídica instituida de diferente naturaleza. Unas se acercan mucho a auténticas sanciones por incumplimiento (desaparición del derecho por modificación de las circunstancias económicas de la unidad de convivencia), aunque no puedan calificarse así por la naturaleza reglamentaria de la norma que comentamos. En este sentido hubiera sido interesante, como se prevé en otras normas autonómicas, la previsión de la preceptiva audiencia del interesado, junto con la motivación suficiente de la decisión, en los procedimientos de revisión, suspensión y extinción de la prestación básica. Tampoco es lógico que el falseamiento de documentos oficiales (fiscales, tributarios, laborales, etc.) sólo acarree la extinción de las “acciones” implementadas, ni que se califique igual la extinción por transcurso normal del plazo (aquí, propiamente, sería finalización del programa o plan de inserción o simplemente cumplimiento de la condición temporal) que por incumplimiento (consciente) de alguna de las obligaciones de los beneficiarios, que, por cierto, y a falta de criterios de adecuación, no todas tienen lógicamente la misma trascendencia e importancia material. No hubiera sobrado, además, alguna previsión sobre suspensión de los programas o planes de inserción (baja temporal), quizás con interrupción temporal de la prestación económica¹³¹ –como instrumento adecuado para garantizar y exigir, en su caso, el adecuado uso de la prestación–¹³², para los casos de infracciones o incumplimientos menores, meramente formales o subsanables. Finalmente, aunque no se explicite así, lógicamente también serán causas de baja definitiva o finalización del programa, o de las acciones específicas establecidas, la renuncia voluntaria del beneficiario o titular, acceder a otro tipo de prestaciones incompatibles (por naturaleza o por exceso de cuantía) con los ingresos mínimos de inserción, o, salvo que se entienda

¹³⁰ Si el fallecido hubiere integrado, junto a otras personas, una unidad familiar, y hubiere sido destinatario de alguna de las acciones previstas en el Decreto, podrá acordarse, no obstante, como criterio de mitigación, su sustitución por otro de los miembros de dicha unidad, desde la centralidad de las unidades de convivencia como referentes de los ingresos mínimos de solidaridad.

¹³¹ Es verdad, no obstante, que en la Orden de 8 de octubre de 1999, reguladora del pago de los ingresos mínimos de solidaridad, sí hay una referencia expresa a la suspensión cautelar de la prestación, con interrupción en el abono de la prestación, y como paso previo a la resolución definitiva sobre la viabilidad (sustantiva) o no de la misma (art. 5).

¹³² En la Ley asturiana 4/2005, de 28 de octubre, de Salario Social Básico, se prevén, incluso, diferentes tipos de suspensión de la prestación, dependiendo de la conducta, reiteración o infracciones cometidas por el beneficiario (arts. 16-18).

que obedecen a un auténtico derecho subjetivo personal, la revisión de oficio de la declaración de concesión por parte de la Administración, en supuestos de existencia de algún tipo de vicio o causa de invalidez (lógicamente, previa declaración de lesividad), previsión diferente a las consecuencias derivadas, fundamentalmente el deber de reintegrar las cantidades indebidamente percibidas, de las facultades “ejecutivas” de seguimiento, control y fiscalización del otorgamiento y desarrollo de las prestaciones (art. 11.f).

El único matiz que señala el Decreto es que la extinción (agotamiento) por las dos primeras causas (transcurso del plazo y fallecimiento de los beneficiarios) será automática, mientras que en los restantes casos, donde sí parece más apropiado hablar de extinción sobrevenida de la relación jurídica constituida, tendrá que ser declarada por el órgano competente, mediante resolución motivada (donde se justifiquen, por ejemplo, los incumplimientos desencadenantes de la “sanción-extinción”) y previa audiencia de los interesados, lo que recuerda de nuevo bastante al ejercicio de una potestad sancionadora (aun no económica) por parte de la Administración.

5. Procedimiento de concesión

A) Iniciación

a) Trascendencia jurídico-funcional del procedimiento de otorgamiento de prestaciones sociales de índole material

La dimensión formal y garantista del procedimiento adquiere una gran relevancia en procedimientos que no se limitan al simple reconocimiento de una prestación económica, sino que incorporan, de forma decisiva, la articulación de un compromiso, acuerdo o plan de inserción compuesto por actividades, acciones y mecanismos jurídico-públicos de fomento, promoción y cualificación de los interesados. La Administración condiciona y modula de forma efectiva la libertad y autonomía de acción de los individuos, desde la consideración como obligatorias de las actividades de reincorporación social incrustadas en el plan de inclusión. El procedimiento deja de ser, por ello, un mero cauce formal de actos, para convertirse en un mecanismo material de impulso funcional y programación directiva de los objetivos de la Administración. Y, más aún, de “*garantía formal*” de la protección de los derechos fundamentales de la persona.

Desde esta perspectiva el diseño y desarrollo de este tipo de procedimientos (“*procedimientos prestacionales*” que se alejan del clásico modelo de los “*procedimientos decisionales*”) debería responder a los criterios de participación activa de los interesados, cercanía y flexibilidad en su ordenación, pluralidad de ofertas y prestaciones e individualización del plan específico de reinserción, etc. Como se ha podido decir, “*la organización ha de hacer posible, por una parte, que la resolución de los problemas del destinatario sea el resultado de una decisión desconcentrada adoptada por un profesional que ha actuado cooperativamente con el sujeto necesitado de ayuda; y al mismo tiempo, que sea efectiva la dirección*

de la actividad administrativa prestacional conforme a las directivas e instrucciones procedentes de las autoridades supraordenadas a las que compete dicha dirección”¹³³.

b) Forma de iniciación

Lógicamente, el procedimiento para el otorgamiento del ingreso mínimo de solidaridad se inicia siempre a instancia de parte. Establece el art. 14.1 que las solicitudes para –más genéricamente– la concesión de las acciones (aunque estrictamente hablando las acciones no han de concederse, sino diseñarse para su implementación, y, dentro de ellas, o como presupuesto, el ingreso mínimo económico de inserción) previstas en el Programa de Solidaridad podrán ser presentadas en todo momento por cualquier persona mayor de edad, que actúe en representación de su unidad familiar. El beneficiario es siempre colectivo, la unidad nuclear de convivencia, aunque el solicitante sea singular, representándola formalmente ante la Administración Pública. Esta forma de iniciación confirma el carácter al menos «*pseudo-asistencial*» de este tipo de ingresos que, aunque bifronte o complejo, sigue respondiendo a los esquemas clásicos de las prestaciones asistenciales¹³⁴, y, sobre todo, la dependencia o vinculación de los ingresos mínimos de inserción del Programa general, y sobre todo de su disponibilidad presupuestaria, de inclusión social. En Andalucía no hay, por ahora, estrictamente hablando, ni un derecho subjetivo a percibir una renta mínima de inserción por parte de los poderes públicos, ni siquiera un interés legítimo –conectado con los propios deberes públicos de asistencia social y lucha contra la erradicación de la pobreza y la exclusión– en su pretensión individualizada, sino la posibilidad de solicitud para la inclusión en un “Programa general de Solidaridad”, que, por tanto quedará condicionada a la existencia de fondos económicos y partidas específicas destinadas a tal fin.

El carácter extraordinario de este tipo de ingresos justifica su incompatibilidad entre sí, e incluso diacrónicamente. No se admitirá, así, ninguna nueva solicitud de una misma unidad familiar, mientras otra anterior esté pendiente de resolución o no hayan transcurrido seis meses desde el término de la percepción del Ingreso Mínimo de Solidaridad concedido anteriormente (art. 14.2).

Las solicitudes pueden presentarse, sin novedad, tanto de forma directa, en la Delegación provincial de la Consejería de Asuntos Sociales del domicilio correspondiente de la unidad familiar solicitante, como de forma indirecta, por las vías previstas en el art. 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y, en todo caso, deberán acompañarse de la siguiente documentación:

¹³³ J. M^o. Rodríguez de Santiago, *La administración del Estado social*, op. cit., p. 131.

¹³⁴ Por el contrario, hay ya normas autonómicas más avanzadas, que dejan traslucir quizás una mayor prevalencia de la dimensión promocional y de reinserción integral de los individuos, que admiten expresamente la iniciación de oficio, por las entidades locales correspondientes, del expediente de reconocimiento, en tanto derecho subjetivo, a una renta mínima de ciudadanía, como la Ley valenciana 9/2007, de 12 de marzo. Sólo excepcionalmente podrá iniciarse en la Consejería competente en materia de acción social, a solicitud de la persona interesada (art. 8).

- Fotocopia del Documento Nacional de Identidad de los miembros de la unidad familiar obligados a obtenerlo y, en su caso, fotocopia del Libro de Familiar.
- En el caso de uniones no matrimoniales, certificación de inscripción en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía, o, en su defecto, cualquier otro medio de acreditación admitido en Derecho.
- Certificación expedida por el Ayuntamiento, acreditativa de que todos los miembros de la unidad familiar se hallan empadronados como convivientes en un mismo domicilio, ubicado en un municipio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al menos con un año de antelación a la fecha de presentación de la solicitud.
- Certificación de escolarización y de asistencia regular a clase de aquellos miembros de la unidad familiar que se encuentren en edad de escolarización obligatoria, expedida por la Dirección del Centro educativo correspondiente.
- Declaración de ingresos de todos los miembros de la unidad familiar, referida al mes de presentación de la solicitud.
- Certificación expedida por los Organismos competentes de no percibir ninguno de los miembros de la unidad familiar prestación contributiva o no contributiva, y, en caso contrario, con indicación del período y cuantía reconocidos.
- Declaración de bienes, muebles e inmuebles, y de derechos de todos los miembros de la unidad familiar.

Aparte de esta información (que ya es notable, y que, en muchos casos, debe estar con anterioridad a disposición de la propia Administración), podrá requerirse a los miembros de la unidad familiar la aportación de cualquier otra información adicional que se considere necesaria para la resolución del procedimiento.

B) Desarrollo

Sobre la fase de instrucción o desarrollo de los procedimientos de concesión de las prestaciones mínimas de solidaridad, el Decreto andaluz, pese a que debería ser su misión fundamental, se muestra verdaderamente parco. Sólo se refiere a los informes necesarios a aportar dentro del procedimiento. En concreto, al informe potestativo (aunque sin aclararse en qué casos debe evacuarse o no) de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Asuntos Sociales, donde se expondrán las condiciones sociales y económicas de las unidades familiares solicitantes y se valorarán los efectos que sobre las mismas ocasionaría la aplicación de las acciones previstas en el Programa de Solidaridad. Pero más que un informe, y teniendo en cuenta además la coincidencia orgánica con el competente para la resolución final, parece que nos encontremos ante una “propuesta de resolución” (sobre todo

por la tarea de “valorar” el impacto del programa de inserción sobre los sujetos solicitantes, función impropia de actos objetivos de instrucción como los informes interadministrativos). En todo caso, el informe también se pronunciará, en el caso de que la unidad familiar solicitante hubiera sido con anterioridad beneficiaria del Programa –y “valorará”–, sobre el grado de cumplimiento del compromiso de inserción, si hubiese sido suscrito (art. 16.1).

Para la emisión de dichos informes podrá requerirse, además, la colaboración de las Corporaciones Locales, a través de los Servicios Sociales Comunitarios.

Pese a su carácter potestativo, los informes de evaluación previa son determinantes, no sólo por su “contenido valorativo” sobre la situación de vulnerabilidad o riesgo social, sino porque sólo si son favorables se procederá a elaborar, también por las referidas Delegaciones Provinciales, el Compromiso de Inserción, atendiendo lógicamente a las circunstancias y peculiaridades de la unidad familiar solicitante. Esta importancia hubiera demandado, quizás, un mayor desarrollo de esta fase de análisis y estudio de la situación de los solicitantes, en tanto que el éxito de las acciones de inclusión social depende, en gran medida, del diagnóstico adecuado de las causas y factores de exclusión y, correlativamente, del diseño, aprobación y ofrecimiento de un plan de acción adecuado, adaptado –temporal y secuencialmente– y coherente –a las condiciones y peculiaridades de las unidades familiares–. E incluso se ha apuntado la necesidad de una mayor objetividad y concreción sobre los criterios de valoración, evitando la discrecionalidad administrativa a la hora de valorar la situación económica y social de los solicitantes, y sobre todo, como se ha apuntado, de una mayor contribución de los propios destinatarios en la conformación del programa¹³⁵. También sería deseable profundizar en los distintos mecanismos, sobre todo de naturaleza funcional y dinámica, orientados a consolidar una verdadera “lógica cooperativa” entre las distintas Administraciones públicas implicadas, sobre todo en la fase de adecuada instrucción de los expedientes, tal y como parece potenciar el art. 4 PLISA, que recoge, con exhaustividad, los principios generales de este grupo normativo, destacando el principio de transversalidad –en su dimensión subjetiva y objetiva–, que implica que las “medidas se desarrollen desde la implicación de las diferentes Administraciones, instituciones, agentes y organizaciones sociales, así como desde las políticas públicas, al ser éstas instrumentos para la inclusión social”.

C) Terminación

Las solicitudes, junto con su documentación, los informes evacuados y, en su caso, el Compromiso de Inserción individualizado, son remitidas a las denominadas “Comisiones de Valoración”, que tras su análisis procederán a formular, formalmente, las correspondientes propuestas de resolución.

¹³⁵ Véase M^a. L. de la Flor Fernández, “El programa de solidaridad...”, *op. cit.*, p. 502. Como se ha dicho con razón, “cuanto más intensa sea la implicación de los destinatarios en la negociación de las medidas, mayor certeza obtendremos sobre la idoneidad de las mismas a las capacidades, habilidades y perfil que presentan los sujetos”.

El contenido de las propuestas es sencillo: la concesión o no del Ingreso Mínimo de Solidaridad. Y en el caso de ser favorables, se podrá sugerir, además, la aplicación de cualquiera de las restantes acciones previstas en el Programa de Solidaridad (art. 18.2).

Para la otra posibilidad, resoluciones negativas, la norma guarda silencio, pero hará que entender, como actos resolutorios o terminales, que siempre será posible la interposición de un recurso administrativo.

En cada provincia existe una de dichas Comisiones de Valoración, integradas por miembros obligatorios (como Presidente, el Delegado de Gobierno, más vocales, de la Administración y de organizaciones representativas, y un Secretario) y eventuales (representantes de otras Administraciones Públicas y entidades sin ánimo de lucro), con obligación de reunión al menos una vez al mes, y siendo su función, como se ha dicho, la de “*evaluar las solicitudes presentadas y formular las correspondientes propuestas de resolución*” (art. 21.3).

A la vista de las propuestas formuladas, los órganos competentes procederán a resolver motivadamente las solicitudes presentadas. En el caso andaluz, esta competencia recae en los Delegados Provinciales de la Consejería de Asuntos Sociales¹³⁶. Lógicamente cabe la estimación o no de las mismas. En el primer caso, aunque sean favorables formalmente, ha de procederse con anterioridad a la concesión de la prestación, a la firma del Compromiso de Inserción por parte de todos los miembros mayores de edad de la unidad familiar, concibiéndose, pues, no sólo como un requisito más (en vez del instrumento general e integrado donde se incrusta, como primera medida de apoyo, el ingreso mínimo de inserción), sino como la condición necesaria para la resolución favorable de las peticiones¹³⁷.

Si transcurridos tres meses desde la presentación de una solicitud no hubiere recaído resolución expresa, se entenderá que ésta ha sido desestimada por silencio administrativo negativo.

Finalmente, junto al procedimiento “ordinario” de concesión de los ingresos mínimos de solidaridad se prevé también un procedimiento cautelar o urgente para los casos de “emer-

¹³⁶ Se ha criticado de este procedimiento la opción andaluza de atribuir las competencias resolutorias al nivel orgánico provincial, pareciendo ciertamente más adecuada la Administración local por su mayor proximidad a la problemática y la realidad social y económica de los interesados, véase M^a. L. de la Flor Fernández, “El programa de solidaridad...”, *op. cit.*, p. 511. En otras normas autonómicas, a mi juicio con mejor criterio, se atribuye la instrucción de los expedientes al nivel municipal y la resolución y pago al nivel provincial, formal o autonómico (por ejemplo en la Ley vasca 18/2008, de 23 de diciembre).

¹³⁷ Este carácter subsidiario y accesorio de los programas de inserción ha sido criticado por los autores. Como se ha dicho, “*con las acciones individualizadas de inserción, y sobre todo, con la obligación de realizarlas para poder recibir la prestación económica, nos alejamos cada vez más de la era del Estado de bienestar, al tiempo que nos adentramos en la del Estado disciplinador. [...] Estas acciones de inserción, convertidas en auténticas contraprestaciones, suponen la contractualización del ingreso mínimo de inserción*”, R. Susín Betrán, *La regulación de la pobreza*, *op. cit.*, pp. 347 y 348.

gencia social". Cuando se aprecie su concurrencia –aunque no se define lo que deba ser–, el Delegado Provincial podrá conceder el ingreso mínimo con carácter provisional, de forma anticipada, continuándose después la tramitación conforme al procedimiento ordinario. Las mensualidades percibidas con tal carácter se computarán dentro del período para el que se conceda el ingreso mínimo en la resolución final que ponga fin al procedimiento.

A partir del día siguiente al de la fecha de la resolución se devengará el pago del ingreso mínimo, salvo en las situaciones señaladas de emergencia social en las que se podrá anticipar el pago. De acuerdo con la Orden de 8 de octubre de 1999, por la que se regula el pago de estos ingresos, la resolución indicará expresamente la cuantía mensual, el número de mensualidades concedidas que no podrá ser superior a seis meses y la forma de pago, donde se admite la intermediación de entidades (bancarias) colaboradoras (Disposición Adicional Única del Decreto 2/1999). Dice además la Orden que aunque en principio el abono de la prestación se efectuará, como representante, a favor del solicitante¹³⁸, su carácter familiar puede justificar, de forma motivada, su sustitución por otro miembro de la unidad familiar cuando *"favoreciere a juicio de la Delegación Provincial una mejor aplicación del ingreso mínimo de solidaridad"*. En otras normas autonómicas esta cuestión está más clara, al distinguir entre el "titular" de la renta básica de ciudadanía que es la persona a cuyo favor se concede, los "beneficiarios", que son la persona o personas que conviven con el titular como miembros de la unidad familiar o de convivencia y los "destinatarios", que serían la persona titular y los beneficiarios¹³⁹.

D) Seguimiento y control

Para ejercer las funciones de supervisión y control, cruciales desde la perspectiva de la eficacia y congruencia de las medidas y acciones aplicadas a cada unidad familiar beneficiaria (y no tanto desde lo que se ha llamado la *"lógica de la desconfianza"* y la *"administrativización del control social"*¹⁴⁰), se crea una Comisión de Seguimiento, pero de todo el

¹³⁸ Específicamente recogido así en el art. 7.1 PLISA.

¹³⁹ Art. 3 de la Ley valenciana 9/2007, de 12 de marzo, de Renta Garantizada de Ciudadanía.

¹⁴⁰ Desde una consideración peyorativa de la intervención administrativa que no compartimos, puesto que la misión de la Administración no es ningún tipo de control o presión social, sino evaluar la efectividad ("controlar" formalmente, se puede decir) de las acciones implementadas y de los programas de inserción diseñados para cada caso. La intervención administrativa no obedece al interés por limitar el ejercicio, en su caso, y dependiendo de cada norma, de un derecho subjetivo, sino a su función de equilibrio entre las pretensiones, derechos y solicitudes particulares y los intereses generales en juego. La flexibilidad, y la inevitable discrecionalidad técnica, no son fruto, por ello, del interés administrativo por incidir directamente en el entorno social, sino por completar precisamente la visión meramente asistencialista y graciable de la acción social con medidas variadas, versátiles y útiles de reincorporación activa de los individuos a la sociedad. En todo caso, sí parece escasa la respuesta del Decreto andaluz a las labores de seguimiento y control, en tanto que hubiera sido deseable la concreción de los criterios o elementos de valoración y juicio de las mismas, sin dejar a la relativa discrecionalidad percibida de los profesionales de los servicios sociales la valoración del grado de inserción obtenido. Véase, sobre estas ideas, R. Susín Betrán, *La regulación de la pobreza...*, op. cit., pp. 365 y ss.

Programa de Solidaridad¹⁴¹. Como dice el art. 23.3 del Decreto, sus funciones serán el examen, la evaluación y el control de la ejecución del Programa de Solidaridad, debiéndose reunir, al menos, cada seis meses.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO i CUDOLÁ, V.: “Estudio preliminar: servicios sociales, dependencia y derechos de la ciudadanía en Cataluña”, en AGUADO i CUDOLÁ, V. (coord.): *Servicios sociales, dependencia y derechos de ciudadanía*, Atelier, Barcelona, 2009.

AGUILAR, M.; GAVIRIA, M. y LAPARRA, M.: *La caña y el pez. Estudio sobre los Salarios Sociales en las Comunidades Autónomas*, Cáritas Española, Madrid, 1995.

ALEMÁN BRACHO, C.; ALONSO SECO, J. M^a. y GARCÍA SERRANO, M.: *Servicios sociales públicos*, Tecnos, Madrid, 2011.

ALIENA, R.: “Renta mínima de inserción”, en ALEMÁN BRACHO, M^a. C. y GARCÉS FERRER, J. (dirs.): *Administración social: servicios de bienestar social*, Ediciones Siglo XXI, Madrid, 1996.

ALONSO-OLEA GARCÍA, B. y MEDINA GONZÁLEZ, S.: *Derecho de los servicios públicos sociales*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

ALLI TURRILLAS, J. C.: “La intervención administrativa en el ámbito de la acción social y la inmigración”, en LINDE PANIAGUA, E. (coord.): *Parte Especial del Derecho Administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad*, 2^a ed., Colex, Madrid, 2012.

BARRAGUÉ, B.: “Derechos humanos, teorías de la justicia y modelos de renta básica: la propuesta erótica del radical-republicanismo”, en RODRÍGUEZ PALOP, M. E.; CAMPOY CERVERA, I. y REY PÉREZ, J. L. (eds.): *Desafíos actuales a los derechos humanos: la renta básica y el futuro del Estado social*, Dykinson, Madrid, 2012.

¹⁴¹ La composición es plural, pero fundamentalmente de representantes de la Administración. La componen un Presidente (el Viceconsejero de la Consejería de Asuntos Sociales); un Vicepresidente (el Director General de Acción e Inserción Social de la Consejería de Asuntos Sociales); cuatro vocales, con rango de Director General, de cada una de las Consejerías de Gobernación y Justicia, Trabajo e Industria, Obras Públicas y Transportes, y Educación y Ciencia, dos vocales designados por las Organizaciones Sindicales más representativas y dos vocales designados por las Organizaciones Empresariales más representativas; y un Secretario (un funcionario con categoría de Jefe de Servicio de la Consejería de Asuntos Sociales, que actuará con voz y sin voto). Asimismo, podrán ser convocados para asistir a las sesiones de la Comisión de Seguimiento, a instancia del Presidente, los representantes de otras Administraciones Públicas, y entidades sin ánimo de lucro, a fin de que puedan plantear iniciativas y sugerencias que incidan en un desarrollo más eficaz del Programa de Solidaridad.

BARRANCO VELA, R.: “Derechos, principios y objetivos relacionados con el acceso a las prestaciones sociales, la cohesión social y la lucha contra la marginación y la exclusión” en BALAGUER CALLEJÓN, F. (dir.): *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, IAAP, Sevilla, 2008.

CARDONA RUBERT, M^a. B. y LÓPEZ i MORA, F.: “A modo de prólogo: reflexiones sobre la exclusión social”, en CARDONA RUBERT, M^a. B.: *Empleo y exclusión social: rentas mínimas y otros mecanismos de inserción sociolaboral*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008.

CARMONA CUENCA, E.: “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, en *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 2, 2006.

CARRASCO DURÁN, M.: “Los complementos de las Comunidades Autónomas a las pensiones no contributivas: un impulso a un nuevo modelo de asistencia social”, en *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 2, 2006.

CHRISTOPH HERMANN, I. H.: “El modelo social europeo entre la modernización competitiva y la resistencia frente al neoliberalismo”, *Revista de Economía Crítica*, nº 6, 2008.

DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M^a. L.: “El programa de solidaridad de los andaluces. El ingreso mínimo de solidaridad”, *Temas Laborales*, vol. II, nº 100, 2009.

ESTEBAN LEGARRETA, R.: *La renta activa de inserción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

ESTÉVEZ GONZÁLEZ, C.: *Las rentas mínimas autonómicas*, CESS, Madrid, 1988.

ESTIVILL, J.: *Panorama de la lucha contra la exclusión social. Conceptos y estrategias*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2003.

EZQUERRA HUERVA, A.: “El estatuto jurídico de los usuarios de centros y establecimientos de servicios sociales”, en EZQUERRA HUERVA, A. (coord.): *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, Iustel, Madrid, 2011.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “El programa de renta activa de inserción para el año 2002”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 114, 2002.

GARCÉS SANAGUSTÍN, Á.: *Las prestaciones económicas en el ámbito de la protección asistencial*, Cedecs, Barcelona, 1996.

GARCÍA-NIETO, J. N.: “Concepto y alcance de la Renta Mínima y del Salario Ciudadano”, *Documentación Social*, nº 78, 1990.

GIMENO ULLASTRES, J. A.: *Exclusión social y Estado de Bienestar*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.

IGLESIAS FERNÁNDEZ, J.: *El derecho ciudadano a la renta básica. Economía crítica del bienestar social*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 1998.

MARTÍN GINER, Á.: “La Renta Mínima de Inserción: contradicciones e incertidumbres”, *Cuadernos de Trabajo Social*, nº 20, 2007.

MILANO, S.: “Le reveu minimum garanti dans les pays de la CEE”, *Droit Social*, nº 8, 1988.

MARTÍNEZ LUCAS, J. A.: “El programa de renta activa de inserción para el año 2002”, *Actualidad Laboral*, nº 29, 2002.

MARTÍNEZ TORRES, A.: “Rentas Mínimas autonómicas en España. Su dimensión espacial”, *Papeles de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, nº 33, 2003.

MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: “El ingreso mínimo de solidaridad”, en MONEREO PÉREZ, J. L. y SERRANO FALCÓN, C. (dirs.): *Derecho social de la Comunidad Autónoma de Andalucía*, Comares, Granada, 2009.

MUÑOZ MOLINA, J.: “La renta activa de inserción”, *Temas Laborales*, nº 90, 2007.

JIMÉNEZ LASHERAS, M.; NAVARRO FERNÁNDEZ, C.; NEGRO LÓPEZ, M. y RUIZ ÁLVAREZ, J. L.: *La renta mínima garantizada en el marco de la lucha contra la pobreza*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1990.

ORTEGA Y GASSET, J.: *Origen y epílogo de la filosofía*, Espasa-Calpe, Madrid, 1980.

PEMÁN GAVÍN, J. M.: “Los centros y establecimientos de servicios sociales en España. Una introducción”, en EZQUERRA HUERVA, A. (coord.): *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, lustel, Madrid, 2011.

PINILLA PALLEJÁ, R.: *Más allá del Bienestar. La renta básica de la ciudadanía como innovación social basada en la evidencia*, Icaria, Barcelona, 2006.

QUESADA POLO, S.: “Planteamiento y Recomendaciones del Consejo de Europa sobre seguridad social y renta mínima”, *Documentación Social*, número especial dedicado a “Renta mínima y salario ciudadano”, nº 78, 1990.

RAYA DÍEZ, E.: “Exclusión social: indicadores para su estudio y aplicación para el trabajo social”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 70, 2007.

RODRÍGUEZ-ARANA, J.: *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*, lustel, Madrid, 2012.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M^a.: *La Administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ PALOP, M. E.; CAMPOY CERVERA, I. y REY PÉREZ, J. L. (eds.): *Desafíos actuales a los derechos humanos: la renta básica y el futuro del Estado social*, Dykinson, Madrid, 2012.

ROJO TORRECILLA, E.: “La renta mínima garantizada: aproximación jurídico-social a las primeras experiencias”, *Temas Laborales*, nº 17, 1991.

ROSANVALLON, P.: *La crisis del Estado providencia*, Civitas, Madrid, 1995.

SÁENZ ROYO, E.: “Derechos de protección social y Estado autonómico: los márgenes constitucionales de actuación del Estado y de las CC.AA.”, en EMBID IRUJO, A. (dir.): *Derechos económicos y sociales*, lustel, Madrid, 2009.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Ó.: “Desarrollo de derechos estatutarios en Castilla y León: el derecho a una buena administración y la renta garantizada de ciudadanía”, *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 11, 2011.

SANZO GONZÁLEZ, L.: “La introducción de la renta básica en España”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, nº 23, 2005.

SUSÍN BETRÁN, R.: *La regulación de la pobreza. El tratamiento jurídico-político de la pobreza: los ingresos mínimos de inserción*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, Logroño, 2000.

TAJADURA TEJADA, J.: “La crisis de los derechos sociales en el contexto de la mundialización”, en *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 2, 2006.

VAQUER CABALLERÍA, M.: *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

VICENTE PERDIZ, J. y DE PRADA MORAFÁ, M. D.: “El tratamiento de las rentas mínimas en la Unión Europea”, *Revista de Estudios Europeos*, nº 55, 2010.

Capítulo IV. LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ANDALUCÍA

José María Pérez Monguió

I. SISTEMÁTICA

La regulación de la mediación familiar es reciente en Andalucía en la medida que la ley es de 2009 y el reglamento del año 2012. Estas normas han diseñado un escenario dotado de numerosas aristas que requieren un estudio monográfico difícil de lograr en un capítulo de una obra colectiva.

Con estas premisas, las opciones para abordar un trabajo de esta naturaleza son variadas. La primera posibilidad es realizar una exposición de la materia sin entrar en cuestiones particulares, con el objeto de ofrecer al lector una perspectiva muy general, casi expositiva, que permita obtener una visión de conjunto. La segunda opción es desarrollar un estudio pormenorizado sobre las cuestiones más relevantes o susceptibles de provocar mayor conflictividad, opción que dificulta alcanzar una panorámica de la institución de la mediación familiar.

La tercera opción, escogida para la realización de este capítulo, es una vía intermedia entre las dos anteriores. De esta forma, el trabajo se integra por parte introductoria, que la componen los epígrafes II, *Antecedentes de la mediación familiar en Andalucía*, y III, *Régimen jurídico de la mediación familiar en Andalucía*, y que tiene el cometido de contextualizar, de manera muy general, el régimen de la mediación familiar. El fin perseguido es dotar al lector de una ligera base que le permita adentrarse en los contenidos.

El resto del trabajo, es decir de los epígrafes IV al IX, abordan de manera minuciosa algunos de los aspectos más relevantes del régimen de la mediación en Andalucía, entre los que se hallan: el perfil del mediador familiar, la designación de los mediadores, la mediación gratuita, la abstención y la recusación, las fases del procedimiento de mediación y, para concluir, el Consejo Andaluz de Mediación Familiar.

Con esta opción se han dejado al margen cuestiones interesantes de analizar en profundidad como son por ejemplo, el concepto, la legitimación, los principios o los supuestos en que pueden acudir a la mediación, aunque se ha dado cuenta de ellos en los primeros epígrafes, pero también tiene la virtud de que permite alcanzar una visión de conjunto, con un conocimiento pormenorizado de muchos aspectos concernientes al tema de estudio.

II. ANTECEDENTES DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ANDALUCÍA

Los primeros pasos de la mediación familiar en Andalucía se remontan a septiembre del año 2001¹, momento en el que la Consejería de Servicios Sociales, hoy Consejería de Salud y Bienestar Social, inició el programa de mediación familiar en la provincia de Granada².

Este programa se fue extendiendo al resto de las provincias andaluzas desde el año 2003, con el impulso decisivo del Decreto 362/2003, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Plan Integral de Atención a la Infancia de Andalucía (2003-2007) que contemplaba un “Programa de Mediación Familiar e Intergeneracional”.

La mediación era configurada como “un procedimiento de resolución de conflictos en el que los miembros de una pareja en proceso de separación u otros miembros de la familia en situación de conflicto intergeneracional, acuerdan voluntariamente que un profesional especializado, imparcial y neutral (mediador/a) les ayude a alcanzar por sí mismos un acuerdo mutuamente aceptado, que contemple las necesidades de todas las personas implicadas, especialmente las de los hijos/as”.

Los objetivos del Plan Integral en relación a la mediación eran los siguientes:

¹ Téngase presente que en el momento en que se pone en marcha el programa de mediación familiar experimental en la provincia de Granada ya se había aprobado la primera Ley de Mediación Familiar en España, concretamente en Cataluña (Ley 1/2001, de 15 de marzo).

² Véase, sobre este programa, la intervención de Micaela Navarro Garzón, Consejera para la Igualdad y Bienestar Social, en el debate a la totalidad del proyecto de ley reguladora de la mediación familiar en la Comunidad familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (*Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía* núm. 18, de 8 de octubre de 2008).

- Prevenir que los procesos de separación y/o conflictividad familiar pudieran incidir negativamente en el desarrollo y bienestar de los hijos/as.
- Fomentar la coparentalidad en la reorganización de la vida familiar después de la separación.
- Restablecer y/o mejorar las relaciones entre los padres e hijos/as menores, favoreciendo formas de comunicación eficaces y respetuosas entre los mismos, a la hora de afrontar situaciones de enfrentamiento, mejorando así el clima familiar necesario para el bienestar de todos los miembros.

Desde año 2004, la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, a través de la Orden Anual por la que se regulaban y convocaban subvenciones en el ámbito de la Consejería, venía estableciendo una serie de programas en el sector de *Menores y Familias*. El objeto de los programas era el desarrollo de actuaciones dirigidas a favorecer los procesos de socialización e integración socio-familiar de los menores de 18 años y apoyar a las familias en situación de especial dificultad social, todo ello en el marco de la promoción, prevención y defensa de los derechos de la infancia y la familia, destacando los programas de actuación en casos de menores víctimas de abusos sexuales y los programas de orientación y/o mediación familiar.

En este proceso de implantación de la mediación familiar en Andalucía fue decisiva la Orden de 3 de marzo de 2006, por la que se establecían las bases reguladoras y se convocan subvenciones para la financiación de programas específicos de atención a menores y familias en dificultad³.

Esta Orden, como se manifiesta en su preámbulo, deja relieve, los logros obtenidos con el sistema general de subvenciones, a través de la órdenes que se iban sucediendo año tras año y, también sus carencias y, por ello se manifestaba que “desde la Dirección General de Infancia y Familias, como órgano competente de esta Consejería en la defensa y protección de la infancia en Andalucía, se considera del todo insuficiente la realización de una convocatoria anual, ya que es necesario continuar en la consolidación de estos recursos, por lo que con esta nueva norma se pretende reforzar y dar carácter de continuidad a la red de recursos que se ha ido creando para llevar a cabo una atención integral de las necesidades concretas de este sector, dando con ello cumplimiento al mandato legal impuesto, así como mediante el impulso, coordinación y dirección de las actuaciones recogidas en el Plan *Integral del Menor 2003-2007*”.

Por ello, se determinaba como necesario desarrollar las acciones del Plan Integral del Menor, y en especial las indicadas en sus números 85, 90 y 93, que expresamente hacen

³ La Orden aún sigue vigente y exclusivamente ha sufrido una modificación hasta el momento con la Orden de 3 de octubre de 2008, que no afecta a la materia que nos ocupa.

referencia a algunos de los programas que se pretenden regular mediante la mencionada Orden y entre los que se encontraban:

- Impulsar y ampliar programas dirigidos al diagnóstico, evaluación y tratamiento de casos de menores que han sufrido abuso sexual.
- *Promover programas dirigidos a la mediación con familias que se encuentren en situaciones de crisis, ruptura o conflictos intergeneracionales.*
- Continuar y ampliar los programas destinados a la orientación y apoyo de las familias con hijos menores y en proceso de ruptura a través de los Puntos de Encuentro Familiar.

De esta manera entre las medidas subvencionables por la Orden de 3 de marzo de 2006, se encuentran los *Programas de Mediación*, “los cuales van destinados a la resolución de los conflictos surgidos por un lado, entre los miembros de una pareja con hijos, en proceso de ruptura, y por otro lado entre los miembros de una familia, a través de un procedimiento por el que acuerdan voluntariamente que un profesional especializado, imparcial y neutral, les ayude a alcanzar un acuerdo mutuo aceptado por ellos, que contemple las necesidades de todas las personas implicadas, especialmente la de los hijos/as. Cabe distinguir, por tanto, entre: b.1. Mediación familiar, y b.2. Mediación intergeneracional” [art. 4.1.b) Orden de 3 de marzo de 2006]⁴.

Intervenciones de los equipos de mediación en el año 2007⁵

Provincia	Número de menores involucrados
Almería	72
Cádiz	167
Córdoba	133
Granada	219
Huelva	34
Jaén	74
Málaga	155
Sevilla	166

⁴ Estas subvenciones pueden ser solicitadas por los Ayuntamientos y los organismos autónomos dependientes de los mismos, las Diputaciones Provinciales y las Mancomunidades de Municipios pertenecientes al ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía como las entidades privadas sin ánimo de lucro legalmente constituidas (art. 3.1 Orden de 3 de marzo de 2006). Véase la Resolución de 18 de enero de 2011, de la Dirección General de Infancia y Familias, por la que se hacen públicas las subvenciones concedidas al amparo de la Orden de 3 de marzo de 2006, por la que se establecen las bases reguladoras y se convocan subvenciones para la financiación de programas específicos de atención a menores y familias en dificultad.

⁵ El número total de intervenciones en toda Andalucía fue de 681 en el año 2007. Cfr. http://www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial/opencms/system/modules/com.opencms.presentationCIBS/paginas/detalle.jsp?tipoContenido=/Noticia/§or=/Sector/Infancia_y_Familia/&contenido=/Infancia_Familia/Noticia/08.08.25

III. RÉGIMEN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ANDALUCÍA

1. Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar

A final de la VII Legislatura, el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía presentó un proyecto de ley reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, proyecto que no pudo ser tramitado debido a lo avanzado de la Legislatura⁶. Esta iniciativa, que formaba parte del programa electoral del Partido Socialista para la VIII Legislatura⁷, fue retomado por el Gobierno, casi inmediatamente, tras la victoria socialista en las elecciones concretamente por la titular de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social que repetiría en el cargo⁸. Así el 3 de septiembre de 2008 tuvo entrada el proyecto de ley en el Parlamento andaluz⁹, un proyecto que, en palabras de la Consejera competente, venía “a afianzar y regular estas actuaciones que cada día tienen una mayor demanda entre los ciudadanos y ciudadanas de nuestra Comunidad Autónoma. No en vano, desde que se puso en marcha el primer programa en el año 2001, se ha atendido a más de cuatro mil quinientos menores, con una demanda del servicio de mediación creciente cada año, y en este tiempo se ha revelado como instrumento útil para la resolución de los conflictos familiares. Se estima, muy por encima, que podría haber unas mil mediaciones al año, pero es algo muy difícil de precisar hasta que no esté en marcha la ley. Ahora se registran unas seiscientas peticiones de mediación al año.

Precisamente derivado de los resultados de esta experiencia, se planteó como necesaria la regulación legal de esta figura, de tal forma que se dote de las garantías jurídicas derivadas de su tratamiento en una ley; una ley que se enmarca dentro de la necesidad de articular políticas familiares desde todas las instancias de la Administración, y que en este caso están dirigidas a resolver los conflictos familiares.

A la hora de resolverlos, y pretendiendo ofrecer una vía alternativa a la judicialización de la vida de las familias, la mediación familiar viene a conceder a sus miembros canales de comunicación a través de los cuales encontrar soluciones al problema que puedan tener; una ley que pretende, sobre todo, hacer a las familias protagonistas de sus decisiones, reducir

⁶ Proyecto de Ley 7-07/PL-000018, *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía*, núm. 762, de 19 de noviembre de 2007.

⁷ Véase <http://www.psoe.es/source-media/000000118000/000000118252.pdf>

⁸ De hecho fue la cuarta Ley de la legislatura, después de Leyes 1/2008, de 27 de noviembre, de Medidas Tributarias y Financieras de Impulso a la Actividad Económica de Andalucía, y de Agilización de Procedimientos Administrativos; 2/2008, de 10 de diciembre, que regula el acceso de los municipios andaluces al régimen de organización de los municipios de gran población y 3/2008, de 23 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2009.

⁹ El Proyecto fue publicado en el *Boletín Oficial del Parlamento* núm. 70, de 5 de septiembre de 2008.

los conflictos familiares, partir de un modelo de familia diverso y más igualitario, tanto entre los cónyuges como entre las personas pertenecientes a diferentes generaciones.

Asimismo, pretende garantizar la protección de los intereses superiores del niño y su bienestar, teniendo en cuenta que los conflictos familiares pueden tener –y de hecho tienen– una repercusión negativa sobre todos los miembros de la familia, pero especialmente sobre los menores”¹⁰.

Este proyecto logró un gran consenso a lo largo de su tramitación parlamentaria y como muestra se encuentran las sólo treinta enmiendas presentadas¹¹, de las cuales trece fueron admitidas y las restantes casi todas fueron objeto de transaccionales¹².

De esta manera, se aprueba la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en Andalucía¹³. Una Ley que venía a cubrir un vacío significativo, y que, en palabras de la Consejera de Igualdad y Bienestar Social, era el fruto de la experiencia acumulada desde el año 2001¹⁴, aunque también era cierto que en ese momento ya se habían aprobado diez leyes autonómicas y distintos reglamentos sobre la materia^{15,16}.

¹⁰ Debate de totalidad del proyecto de ley reguladora de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (*Diario Oficial de Sesiones del Parlamento de Andalucía* núm. 18, de 8 de octubre de 2008, p. 9).

¹¹ Véanse las enmiendas presentadas en *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 130, de 3 de diciembre de 2008.

¹² *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 139, de 17 de diciembre de 2008.

¹³ R. López San Luis: “Cuestiones a debatir sobre el Proyecto de Ley de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Andalucía”, en Herrera Campos, R. y Barrientos Ruiz (coords.): *Derecho y familia en el siglo XXI: el derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI*, Universidad de Almería, 2011, pp. 225-242.

¹⁴ Esta “larga experiencia” fue precisamente una de las críticas del Grupo Parlamentario Popular, que manifestó que se le debería haber dado “más prioridad”. De hecho la intervención del citado grupo, a través de su portavoz, la Sra. García-Pelayo Jurado, en el Debate de totalidad al proyecto comenzaba de la siguiente manera: “Señorías, bien, yo, en primer lugar, he de decir que por fin llega al Parlamento el proyecto de ley de mediación familiar. Y digo «por fin» porque desde nuestro punto de vista, desde el punto de vista de nuestro grupo, llega tarde, o por lo menos, más tarde de lo que hubiera sido deseable. Y llega tarde siendo como es una ley muy necesaria, y que creo que es auténticamente una demanda social”. Véase Debate de totalidad del Proyecto de Ley Reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (*Diario Oficial de Sesiones del Parlamento de Andalucía* núm. 18, de 8 de octubre de 2008, p. 12).

¹⁵ Incluso Cataluña pocos meses después aprobaría su Ley de Mediación de segunda generación que derogaría la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar y Baleares haría lo mismo en el año 2010, con la derogación de la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar.

¹⁶ Véase R. López San Luis: “Cuestiones a debatir sobre el Proyecto de Ley de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Andalucía”, en R. Herrera Campos y Barrientos Ruiz (coords.): *Derecho y familia en el siglo XXI: el derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI*, Universidad de Almería, 2011, pp. 225-242.

Legislación autonómica de mediación familiar

Comunidad Autónoma	Ley	Reglamento
<i>Andalucía</i>	Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar.	Decreto 37/202, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar.
<i>Aragón</i>	Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar.	
<i>Asturias</i>	Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar.	
<i>Baleares</i>	Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar.	Decreto 66/2008, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar. Resolución de 4 de noviembre de 2008, por el que se crea la Comisión de Valoración y Homologación de la Formación en materia de Mediación Familiar.
<i>Canarias</i>	Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar.	Decreto 144/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de Mediación Familiar. Orden de 10 de marzo de 2008, por la que se establece disposiciones de desarrollo de las actuaciones de mediación familiar y se fijan las tarifas de la mediación familiar en supuestos de gratuidad, regulados por Decreto 144/2007, de mayo de 2007, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Mediación Familiar. Orden de 29 de noviembre de 2009, por el que se aprueban los modelos de solicitud y cuestionario estadístico necesario para el desarrollo de la mediación gratuita.
<i>Cantabria</i>	Ley 1/2011, de 28 de marzo, de la Mediación.	

Castilla y León	Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar.	<p>Decreto 61/2011, de 13 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar.</p> <p>Orden FAM/1036/2007, de 30 de mayo, por el que se crea el fichero de datos de carácter personal de mediación familiar gratuita.</p> <p>Orden FAM/1034/2007, de 30 de mayo, por el que se crea el fichero automatizado de datos de carácter personal de cursos de mediación familiar.</p> <p>Orden FAM/1495/2007, de 14 de septiembre, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de Mediación Familiar respecto a la mediación familiar gratuita.</p>
Castilla-La Mancha	Ley 4/2005, de 24 de mayo, regula el Servicio Social Especializado de Mediación Familiar.	X
Cataluña	Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado.	<p><i>Decreto 139/2002, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar (derogado por el Decreto 135/2012).</i></p> <p>Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el ámbito del Derecho Privado.</p> <p>Orden JUS/237/2002, de 3 de julio, por el que se regula el contenido y el procedimiento de homologación de los cursos de formación específicos en materia de mediación familiar.</p> <p>Orden JUS/484/2006, de 17 de octubre, por el que se fijan las tarifas en los procedimientos de mediación familiar.</p>
Extremadura		
Galicia	Ley 4/2001, de 31 de mayo, de Mediación Familiar.	<p>Decreto 159/2003, de 31 de enero, por el que se regula la figura del Mediador Familiar, el Registro de Mediadores de Galicia y el reconocimiento de la Mediación Gratuita.</p> <p>Orden de 3 de junio de 2008, por el que se fijan las tarifas de mediación familiar.</p>

La Rioja		
Madrid	Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar.	
Murcia		
Navarra		Orden Foral 147/2007, de 23 de julio, clasifica el servicio de mediación familiar.
País Vasco	Ley 1/2008, 8 de febrero, de Mediación Familiar.	Decreto 84/2009, de 21 de abril, regulador del Consejo Asesor de la Mediación Familiar. Decreto 246/2012, de 21 de noviembre, del Registro de Personas Mediadoras y de la preparación en mediación familiar requerida para la inscripción.
Valencia	Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de Mediación Familiar.	Decreto 41/2007, de 13 de abril, por el que se desarrolla la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de Mediación Familiar.

Una Ley que tiene por objeto regular las actuaciones de mediación familiar, definida como “el procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos que puedan surgir entre miembros de una familia o grupo convivencial, mediante la intervención de profesionales especializados que, sin capacidad de decisión sobre el conflicto, les asistan facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre ellos y ellas, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto (art. 2.1 Ley Andalucía 1/2009), que se desarrollen en el ámbito territorial de Andalucía”¹⁷.

La Ley delimita, por una parte las personas legitimadas para iniciar un procedimiento de mediación y que son:

- a) Personas unidas por vínculo conyugal, o integrantes de parejas de hecho conforme a la definición dada por el artículo 3.1 de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho.
- b) Personas con descendientes comunes no incluidas en el apartado anterior.

¹⁷ Véase, distintas consideraciones sobre el concepto de mediación familiar, en “Modelos de familia: Aspectos psicossociales”, en E. Souto Galván: *Mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 295; A. Botana Castro: “Conceptos básicos de referencia”, en E. Souto Galván: *Mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 33-34 y R. Luquin Bergareche: *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2007, p. 59.

- c) Hijos e hijas biológicos.
- d) Personas unidas por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad¹⁸.
- e) Personas adoptadas o acogidas y sus familias biológicas, adoptivas o acogedoras.
- f) Personas que ejerzan funciones tutelares o de curatela respecto de quienes estén bajo su tutela o curatela.

Y, por otra parte, delimita las cuestiones susceptibles de ser abordadas mediante la mediación familiar y que se concretan en¹⁹:

- a) Los procedimientos de nulidad matrimonial, separación y divorcio.
- b) Las cuestiones relativas al derecho de alimentos y cuidado de personas en situación de dependencia, conforme a la definición reflejada en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y la Atención a las Personas en Situación de Dependencia.
- c) Las relaciones de las personas menores de edad con sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, personas tutoras o guardadoras.
- d) El ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.
- e) Los conflictos derivados del régimen de visitas y comunicación de los nietos y nietas con sus abuelos y abuelas.
- f) Los conflictos surgidos entre la familia adoptante, el hijo o hija adoptado/a y la familia biológica en la búsqueda de orígenes de la persona adoptada.
- g) Los conflictos surgidos entre la familia acogedora, la persona acogida y la familia biológica.
- h) La disolución de parejas de hecho.

¹⁸ El Grupo Parlamentario Popular propuso extender la afinidad y la consanguinidad hasta el cuarto grado en la enmienda segunda al Proyecto de Ley reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (*Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía*, núm. 130, de 3 de diciembre de 2008). En la Ley Asturias 3/2007, se amplía la afinidad y consanguinidad hasta el cuarto grado [art. 3.2.a)].

¹⁹ En la Ley Aragón 9/2011 han ido más allá y han incluido entre las materias objeto de mediación las problemáticas referidas al Derecho civil patrimonial o a la empresa familiar y cuestiones relacionadas con las sucesiones por causa de muerte (art. 5).

Y todo ello en el marco de una serie de principios, contenidos y definidos en el capítulo II como son: voluntariedad, interés de las personas menores de edad y de las personas en situación de dependencia, imparcialidad y neutralidad, confidencialidad de la mediación familiar y secreto profesional de la persona mediadora, carácter personalísimo, buena fe y flexibilidad^{20,21}.

Sistemáticamente la Ley 1/2009, se estructura en cinco capítulos, que contienen un total de treinta y nueve preceptos en los que se contemplan, como manifiesta la exposición de motivos, “en el Capítulo I las disposiciones generales, el objeto y ámbito de aplicación de la Ley, el concepto de mediación familiar y su finalidad, las partes legitimadas para acceder a la mediación, así como los derechos y deberes de las partes en conflicto. En el Capítulo II se detallan los principios que inspiran la mediación familiar, tales como la voluntariedad de las partes de acceder a la mediación, el interés de las personas menores de edad y de las personas en situación de dependencia, la imparcialidad de la persona mediadora en sus relaciones con las partes en conflicto, su neutralidad respecto al resultado del acuerdo, la confidencialidad de la información obtenida a través de la mediación, su carácter personalísimo, la buena fe en todos los intervinientes y la flexibilidad del procedimiento. El Capítulo III viene referido a las personas mediadoras, a los equipos de personas mediadoras, a los derechos y deberes de la persona mediadora, a la abstención y recusación, y al Registro de Mediación Familiar de Andalucía. El Capítulo IV trata del procedimiento y contraprestación de la mediación familiar, deteniéndose especialmente en diversos aspectos relativos al inicio, desarrollo, duración y finalización de dicho procedimiento. Por su parte, el régimen sancionador aplicable se encuentra en el Capítulo V”.

²⁰ El Consejo Consultivo, en el Dictamen 471/2007 sobre el anteproyecto de la Ley reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, fue crítico con la opción del Gobierno de definir cada uno de los principios y así manifestaba que “el Consejo ha apuntado en alguna ocasión que los principios si son verdaderos principios no requieren de explicaciones sobre en qué consisten y qué persiguen, lo que da lugar a menudo a que se confundan con los objetivos. En el texto objeto de dictamen se constata que en el capítulo segundo, los principios de la mediación familiar aparecen confundidos con las consecuencias que deben extraerse de los mismos, tales como los deberes de la persona mediadora de actuar o dejar de hacerlo en un determinado sentido (art. 8 en relación con la imparcialidad y neutralidad), alcance del deber de secreto en relación con el principio de confidencialidad (art. 9) y deberes también a cargo de las partes implicadas y el mediador como el de acudir personalmente a las sesiones (art. 10) o el de actuar de buena fe...”.

²¹ Véase, entre otros, sobre los principios de la mediación C. Carramolino: “Los sujetos de la mediación familiar”, en J. M. en Llopis Giner (coord.): *Estudios sobre la Ley valenciana de Mediación Familiar*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2003, pp. 161-162; M^a. Pereira Pardo: “Aspectos jurídicos”, en E. Souto Galván: *Mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 52-58 y, por último, E. Gutiérrez Hernán y F. Corzón Pereira: “Aspectos psicosociales”, en E. Souto Galván: *Mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 295 y ss.

2. El Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía

La Ley Andalucía 1/2009, requería de un amplio desarrollo reglamentario para estar en disposición de desplegar todos sus efectos pues quedaban pendientes de articularse distintos aspectos sin los cuales la norma resultaba inaplicable. Algunos de los mismos ya eran apuntados expresamente por la Ley como eran:

- La concreción de la formación específica o la experiencia en mediación familiar de los mediadores (art. 13.3).
- Determinación de los honorarios en los supuestos de mediación gratuita [arts. 15.c) y 27.2].
- Procedimiento de recusación (art. 17.2).
- Organización y funcionamiento del Registro, así como el procedimiento de inscripción y las causas de cancelación, el régimen de acceso y la publicidad de su contenido (art. 18.4).
- La forma de notificación de la designación a la persona mediadora y el procedimiento para resolver las causas de abstención y recusación (art. 21.3).
- Creación, fines, composición, denominación y régimen de funcionamiento del órgano destinado a la participación y colaboración en el desarrollo de las actuaciones de mediación familiar en Andalucía (disposición adicional única)²².

Con todo existía una amplia batería de cuestiones, no remitidas expresamente por la Ley al Reglamento, que debían ser atendidas por el Ejecutivo para que la Ley 1/2009, pudiese activarse en toda su dimensión. Entre estas medidas se encontraban, por ejemplo, la regulación del registro de mediadores familiares, las condiciones de acceso a la mediación gratuita o el régimen de atribución de la competencia sancionadora. Sin embargo, pese a la necesidad de este desarrollo reglamentario, como complemento indispensable de la Ley, el Legislador no impuso al Gobierno un plazo para proceder a la aprobación del Reglamento²³.

²² Véase el epígrafe IX de este capítulo, *Consejo Andaluz de Mediación Familiar*.

²³ Como por ejemplo hizo la Ley Madrid 1/2007 (disposición final primera); Ley País Vasco 1/2008 (disposición final primera), que fijaron el plazo en un año o la Ley Valencia 7/2001, que lo concreto en seis meses (disposición final primera), aunque también existen otras leyes que no lo precisaron como, por ejemplo, Ley Castilla y León 1/2006 (disposición final primera) o Castilla-La Mancha 4/2005 (disposición final segunda).

Con este escenario, el Ejecutivo no daría cumplimiento al mandato de Legislador, recogido en la disposición final primera de la Ley Andalucía 1/2009, hasta tres años después, momento en el que aparece el Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía²⁴.

El citado Decreto abordó la mayoría de las cuestiones que fueron remitidas por la Ley al Reglamento pero algunas quedaron pendiente como eran, entre otras, la concreción de la formación específica de los mediadores²⁵ y la determinación de los honorarios en los supuestos de mediación gratuita²⁶.

El Reglamento procedió a regular otros aspectos necesarios como el sistema por turnos para la mediación familiar²⁷, distintos aspectos vinculados como el procedimiento de mediación como son: la reunión inicial, el desarrollo del procedimiento, la duración o la finalización del mismo²⁸; la gratuidad de la mediación²⁹, la designación de los mediadores³⁰, o la competencia en materia sancionadora (art. 33).

Sin embargo, pese al avance en la aplicación de la Ley Andalucía 1/2009, que ha supuesto el Decreto Andalucía 37/2012, el sistema aún adolece de carencias que dificultan el despliegue de todos los efectos de Ley. De hecho, el propio Reglamento remite a una futura orden de la Consejería competente en materia de familia diversas cuestiones, generalmente de naturaleza formal, como son:

- La regulación de la tramitación telemática de los procedimientos administrativos que se regulan en el Reglamento (art. 4.2).
- El modelo de solicitud de inscripción en el Registro de Mediación Familiar (art. 5.3).
- Los modelos de solicitudes de modificación y cancelación en el Registro de Mediación Familiar de Andalucía regulándose de manera pormenorizada la documentación a aportar en el momento de presentación de la solicitud (art. 11.5).

²⁴ Diez días después de la emisión por parte del Consejo Consultivo de Andalucía del Dictamen 0058/2012, de 7 de febrero, proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad de Andalucía.

²⁵ Véase el epígrafe 4.1.A.a) dedicado a la formación específica.

²⁶ Véase el epígrafe IV.2.A., *Derecho a percibir los honorarios o cuantías que correspondan*.

²⁷ Véase el epígrafe V. 3, *Sistema por turnos*.

²⁸ Véase el epígrafe VIII, *Fases del procedimiento de mediación*.

²⁹ Véase el epígrafe VI, titulado *Reconocimiento del derecho a la mediación gratuita*.

³⁰ Véase el epígrafe V, *Designación de los mediadores*.

- Los modelos de solicitud de designación de persona mediadora y de mediación familiar gratuita, así como el documento de aceptación del proceso de mediación y se regulará la documentación a aportar en cada caso (art. 19. 6).

Sin embargo, existen otras cuestiones de naturaleza sustantiva y que bloquean aspectos importantes del sistema, y entre los que se hallan:

- La determinación del contenido de la formación específica de los mediadores familiares (art. 5. 2 y disposición adicional segunda)³¹.
- Regulación de las tarifas aplicables en los procedimientos de mediación familiar gratuita, así como el procedimiento a seguir para la retribución a la persona mediadora en los supuestos de gratuidad (art. 17.5).
- Régimen de funcionamiento del Consejo Andaluz de Mediación Familiar (art. 28.3).

IV. EL PERFIL PROFESIONAL DE LOS MEDIADORES FAMILIARES

El papel nuclear de los mediadores a lo largo del proceso de la mediación familiar se aprecia en los distintos preceptos contenidos en las normas andaluzas que regulan la institución objeto de este estudio³². Y así, el artículo segundo de la Ley 1/2009, bajo la rúbrica *de la mediación familiar y su finalidad*, se refiere a la importancia del mediador que, sin mencionarlo expresamente, es definido como un profesional especializado³³ que, sin

³¹ El Decreto Andalucía 37/2012, exclusivamente precisa que organismos podrán impartir la formación, la naturaleza de la misma y la carga lectiva cuando dispone que: “Asimismo, deberán contar con una formación específica de postgrado en mediación familiar que deberá ser impartida por las Universidades o ser homologada por éstas. En este caso podrán establecerse cauces de colaboración para la formación teórico-práctica de la persona mediadora. La formación específica deberá consistir en superar un curso con una duración no inferior a 300 horas o su equivalente en el Sistema Europeo de Transferencia de Créditos (ECTS), de las cuales al menos 60 tendrán carácter práctico, con un mínimo del 80% de asistencia y con el contenido que se establezca por Orden de la Consejería competente en materia de familias”.

³² En la propia exposición de motivos de la Ley 1/2009, se observa este papel esencial del mediador cuando se manifiesta que “La mediación se configura en la presente Ley como un procedimiento de gestión de conflictos en el que las partes enfrentadas acuerdan que una tercera persona cualificada, imparcial y neutral les ayude a alcanzar por sí mismas un acuerdo, que les permita resolver el conflicto que las enfrenta, sin necesidad de someterlo a una autoridad judicial. Por tanto, se realiza entre personas que consienten libremente su participación y de las que dependerá exclusivamente la solución final”.

Pero igualmente, se puede observar la función esencial del mediador en el apartado III de la Recomendación núm. 1 (98) 1, del Comité de Ministros de Estados Miembros sobre Mediación Familiar.

³³ Pereira Pardo: “Aspectos jurídicos”, en E. Souto Galván: *Mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 67-68– concreta las características, incluidas habilidades, que deben concurrir en los mediadores familiares y que son: “1. profesionalidad; 2. neutralidad a través de la posición equidistante; 3. cualificación; 4. imparcialidad; 5.

capacidad de decisión sobre el conflicto, asiste a los miembros de una familia o un grupo convivencial, facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre ellos y ellas, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto³⁴.

Esta posición reservada a los mediadores requiere que el ejercicio de esta actividad profesional exija una especial atención por parte de los poderes públicos que se deriva, entre otros muchos aspectos, de:

- a) La naturaleza de la actividad a desarrollar, como son en este caso los conflictos familiares, en el sentido más amplio.
- b) La partes implicadas, entre las que en muchas ocasiones se encuentran menores.
- c) Los beneficios sociales que se pueden obtener con una buena gestión por parte del profesional, como son la canalización de problemas de un conflicto familiar, evitando una espiral entre las partes que pudieran conducir a una dificultad mayor o incluso a la imposibilidad de reconducir la situación de origen, sin olvidar el ahorro de recursos de la administración de justicia.

De este modo, la regulación andaluza establece cautelas vinculadas al ejercicio de la actividad profesional del mediador. Cautelas que en algunos casos son de naturaleza previa al ejercicio de la actividad, como son las de naturaleza formativa –titulación y experiencia profesional– o de control –inscripción en el Registro de Mediadores de Andalucía–; y otras vinculadas al ejercicio de la actividad, como son los principios informadores de la mediación, los deberes y los derechos de los mediadores, sin olvidar los tipos sancionadores que giran sobre las acciones u omisiones de los mediadores en el ejercicio de su actividad. Este conjunto de preceptos configuran lo que se denomina el perfil profesional del mediador familiar.

1. El acceso a la condición de mediador familiar

La Ley 1/2009 y el Decreto 37/2012, siguiendo un esquema muy similar al existente en otras normas autonómicas, exigen o requieren para el acceso a la condición de mediador familiar una serie de requisitos que pueden clasificarse a los meros efectos expositivos en:

ausencia de poder de decisión; 6. aceptación de las dos partes en conflicto; 7. capacidad y ubicación necesarias para garantizar la confidencialidad; 8. creatividad (imaginación para sugerir o provocar ideas); 9. facilidad para la comunicación y para poder estimularla entre las partes; 10. flexibilidad; 11. empatía (como capacidad afectiva, emotiva); 12. capacidad (de generar confianza, saber escuchar); 13. capacidad para gestionar emociones, tanto propias como ajenas; 14. capacidad para gestionar la complejidad y la diversidad de situaciones y emociones”.

³⁴ De manera muy gráfica, Ordoñez Triañez, buscando una profesión con la que comparar al mediador familiar, recurre a los taxistas en la medida que “recogen a las partes en los diferentes puntos en los que se encuentran para, tras el viaje, dejarlos en posiciones diferentes a aquellas en las que se encontraban al principio”, D. Ordoñez Triañez: “La mediación en España”, en E. Souto Galván (dir.): *La mediación*, Dykinson, Madrid, p. 62.

- a) Requisitos académicos/formativos.
- b) Requisitos profesionales.
- c) Requisitos formales que suelen concretarse en la exigencia de inscripción en el Registro de Mediadores.

A) *Requisitos académicos/formativos*

En España no existe ninguna titulación que aporte a una persona los conocimientos necesarios para el desarrollo de la actividad profesional de mediador³⁵. Esta realidad ha conducido a los distintos legisladores autonómicos a exigir, por una parte, unos requisitos académicos básicos y, por otra parte, unos requisitos formativos específicos³⁶.

De este modo, la formación básica se concreta en la exigencia de una serie de titulaciones que, si bien no dan acceso por sí solas a la condición de mediador familiar, constituyen un requisito necesario.

Por tanto, resulta necesario y oportuno que las distintas personas que decidan desempeñar esta labor tengan una formación concreta en esta materia que les permita cubrir los vacíos formativos que se deriven de su formación básica³⁷.

a) *Formación básica*

El artículo 13 de la Ley 1/2009, reserva el ejercicio de esta actividad profesional a personas que se encuentren en posesión, al menos inicialmente, de una determinada titulación universitaria –que también incluye, como no puede ser de otro modo, a las personas que obtengan su respectivo título de grado conforme a lo establecido en el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la Ordenación de las Enseñanzas Universitarias Oficiales– en las siguientes disciplinas –empleando la terminología de la Ley–: Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social o Edu-

³⁵ En este sentido, Sánchez Prieto manifiesta que el mediador o mediadora puede ser un profesional con muy distintas formaciones de origen, pero es necesario que haya recibido una formación especializada que no ha cursado en sus estudios iniciales y así manifiesta que “ni cualquier psicólogo ni cualquier abogado son adecuados para intervenir en estos conflictos”, A. Sánchez Prieto: “Acaso no soy también mediador familiar”, en *SEPIN Revista*, nº 38 (2004).

³⁶ Ordoñez Triañez distingue entre requisitos legales/académicos, que integran la titulación, la experiencia y la inscripción en el Registro correspondiente, y los personales. Estos últimos resultan complejos de delimitar y responden a una polémica con cierto recorrido que reside en aclarar si cualquier persona podría desarrollar esta actividad o si se tiene que contar necesariamente con unas características/habilidades concretas. Sobre esta cuestión véase D. Ordoñez Triañez: “La mediación en España”, E. Souto Galván (dir.): *La mediación*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 62-63.

³⁷ Véase sobre la formación “de base” y la formación específica, teórica y práctica, de los mediadores familiares, R. Luquín, Vergareche: *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2007, pp. 290-298.

cación Social³⁸. Sin embargo, esta claridad expositiva resulta dinamitada por el contenido del artículo 13.1 *in fine* cuando dispone: “o cualquier otra homóloga de carácter educativo, social, psicológico o jurídico”³⁹.

El listado de titulaciones, que no deja de ser una opción del Legislador andaluz, es una práctica común –salvo en las Comunidades de Cataluña y Madrid, que dejan abierta esta opción a cualquier titulado universitario–, y con carácter general coinciden con el resto de las recogidas en las restantes normas autonómicas.

Una valoración distinta merece la cláusula de cierre, muy similar a la del artículo 8.1 de la Ley Castilla y León 1/2006, en la medida que la fórmula empleada debe ser tildada de desafortunada cuando indica “o cualquier otra homóloga de carácter educativo, social, psicológico o jurídico”⁴⁰. En primer lugar, resulta significativa la amplitud, aunque haya Comunidades como, por ejemplo, de nuevo Castilla y León que también hayan incluido las de naturaleza sanitaria (art. 8.1 Ley 1/2006), pues para este viaje no se requerían estas alforjas. En segundo lugar, resulta más llamativa la ausencia de concreción sobre a quién corresponde determinar el carácter homólogo de las titulaciones. En este sentido, podría resultar más apropiado seguir el criterio de la Ley País Vasco 1/2008, –art. 9.1–, y contemplar expresamente la posibilidad de que el Reglamento incluya otras titulaciones; criterio que podría ser contemplado con lo previsto en la Ley Castilla-La Mancha 4/2005, cuando se refiere a “otra normativa legal establezca la titulación específica que habilite para desempeñar la actividad” –[art. 6.c)]–.

³⁸ En el caso de la Comunidad valenciana se incluye también en el listado a los graduados sociales (art. 7 Ley 7/2001).

³⁹ Esta cláusula final fue incorporada por la aceptación de la Ponencia de la enmienda 20 del Grupo Parlamentario Socialista (*Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 139, de 17 de diciembre de 2008). De esta manera, Andalucía se incluye dentro del grupo de Comunidades Autónomas que han establecido un conjunto de titulaciones para el acceso a la condición de mediador familiar pero no de carácter taxativo, pues permite otras de naturaleza “homóloga”. En este grupo se encontrarían las de Valencia (art. 7 Ley 7/2001), Canarias (art. 5 Ley 15/2003), Castilla-La Mancha [art. 6.c) Ley 4/2005], Castilla y León [art. 8.1.a) Ley 1/2006] y País Vasco (art. 9.1 Ley 1/2008). Existe un segundo grupo de Comunidades –Asturias [art. 18.a) Ley 3/2007]), Baleares (art. 22.1 Ley 14/2010) y Galicia [art. 3.2.a) Decreto 159/2003]– que contemplan un listado de titulaciones, pero no recogen una cláusula, como sucede en la Ley andaluza, que permita la inclusión de otras titulaciones. Y, por último, se encuentra un tercer grupo –Cataluña (art. 3.1 Ley 15/2009) y Madrid que exclusivamente exigen estar en posesión de una titulación universitaria– por tanto, se aplicaría a diplomados, licenciados y graduados. En el caso de Cataluña, se prevé que los educadores sociales que no estén en posesión de una titulación universitaria pero sí que están colegiados, y acrediten una formación y una capacitación específica en Mediación, homologada por el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, pueden solicitar que les incluyan en el Registro General de personas mediadoras en el ámbito familiar y en el Registro General de personas mediadoras en los ámbitos del Derecho Privado (disposición transitoria tercera).

⁴⁰ Resulta llamativo que el artículo 5 del Decreto Andalucía 37/2012, bajo la rúbrica *Formación de las personas mediadoras*, cuando menciona los requisitos que deben cumplir las personas para poder ejercer la profesión, se refiere “a estar en posesión de alguna de las titulaciones del artículo 13 de la Ley Andalucía 1/2009”, pero no hace alusión a las homólogas. En este escenario entiendo que cuando el Reglamento se refiere a las titulaciones recogidas en la Ley, éstas comprenden tanto las recogidas expresamente como las homólogas y, por tanto, el Reglamento no ha logrado aportar claridad expositiva en este aspecto.

Por último, entiendo que resulta inapropiado el empleo de la palabra “homólogo” en la cláusula de cierre en la medida que va referido al listado y no existen titulaciones homólogas aunque el itinerario curricular habilite a las personas que las cursan para el desarrollo de las mismas profesiones. Así, por ejemplo, el grado en Derecho no es homólogo al Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos, al de Criminología o al de Gestión y Administración Pública, por más que los cuatro puedan ser subsumidos en la rama de ciencias sociales y jurídicas. Por tanto, lo más oportuno es permitir al Reglamento la ampliación del listado de titulaciones para evitar esta situación de inconcreción que, en parte, crea expectativas en un terreno de imprecisiones y lagunas.

b) *Formación específica*

La Ley Andalucía 1/2009, al margen de la formación básica o de base analizada en el apartado anterior, exige “una formación específica (...) en materia de mediación familiar en los términos que se establezca reglamentariamente” –art. 13.3.a)⁴¹.

En este sentido, el Decreto Andalucía 37/2012, requiere a las personas mediadoras una formación específica de postgrado en mediación familiar⁴²; formación en la que ocupan un papel muy significativo las universidades en la medida que deben ser ellas las que las impartan o las homologuen⁴³.

⁴¹ Esta formación, como prevé el mismo precepto, se puede suplir con la “experiencia en mediación en los términos que reglamentariamente se establezcan”, como veremos seguidamente.

⁴² La Ley Valencia 7/2001, exige el aprovechamiento de una formación específica de postgrado en los distintos niveles de experto, especialista o máster –art. 7–; la Ley Asturiana requiere tener acreditada una formación específica en materia de mediación familiar, impartida por centros docentes universitarios o por los respectivos colegios profesionales, en los términos que reglamentariamente se determinen –art. 18–. Sin embargo, en otras leyes autonómicas, como es el caso de la Ley Balear, exclusivamente se prevé que “acrediten el aprovechamiento de una formación en materia de mediación familiar que establezca y homologue el Gobierno de las Illes Balears mediante el desarrollo reglamentario” –art. 22–. En el caso de la Comunidad gallega no se exige una formación específica en materia de mediación familiar –art. 3.2 Decreto 159/2003–. El Decreto 61/2011, Castilla y León, regula de forma pormenorizada esta cuestión manifestando que “1. Las personas interesadas en ejercer la mediación familiar en Castilla y León deberán realizar una formación en mediación familiar en los términos y condiciones que se establecen en este Reglamento, según dispone el artículo 8. b) de la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León. La justificación de este requisito podrá realizarse mediante la superación de un curso de formación acreditado o a través de la homologación de la formación realizada. 2. Podrán ser objeto de acreditación, previa o posteriormente a su realización, los cursos de mediación familiar que, organizados o tutelados por instituciones universitarias o colegios profesionales, incluyan la formación prevista en el Anexo I de este Reglamento” –art. 3–. Canarias, por su parte, reserva esta formación específica a las universidades, colegios profesionales y centros de formación superior. Sólo estos últimos deben contar con un informe favorable, preceptivo y vinculante, de la Consejería competente en materia de educación de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias –art. 4 Decreto Canarias 144/2007–.

⁴³ En el caso de la Comunidad de Aragón la homologación de las entidades susceptibles de impartir la formación en materia de mediación familiar, así como de la aprobación de los correspondientes programas docentes, corresponde al departamento competente en materia de mediación familiar del Gobierno de Aragón –art. 8.2 Ley 9/2011–. En un sentido similar encontramos el artículo 22.1 de la Ley Baleares 14/2010, cuando exige que para poder

El Decreto no especifica nada sobre la naturaleza del postgrado y, por tanto, parece que podrá ser oficial o un título propio⁴⁴. En este último caso resultará, de forma llamativa, que un título sin ningún tipo de reconocimiento en el ámbito nacional pueda resultar habilitante para el desempeño de una profesión. En este supuesto entiendo que debería ser condición necesaria que se emitiera un informe preceptivo y vinculante sobre la adecuación del curso a los contenidos de la futura Orden por parte del Consejo Andaluz de Mediación⁴⁵.

Esta formación deberá tener una carga lectiva no inferior a 300 horas o su equivalente en el Sistema Europeo de Transferencia de Créditos (ECTS), de los cuales al menos 60 tendrán carácter práctico con un mínimo del 80% de asistencia y con el contenido que establezca por orden la Consejería competente en materia de familias⁴⁶.

ejercer como mediador se debe acreditar “el aprovechamiento de una formación en materia de mediación familiar que establezca y homologue el Gobierno de la Illes Balears...”. Véase el proceso de homologación de los cursos de formación previsto en la Comunidad Balear para los colegios profesionales, los centros docentes universitarios y administraciones públicas en el artículo 14 y 15 del Decreto 66/2008, y Resolución de 4 de noviembre de 2008, por el que se crea la Comisión de Valoración y Homologación de la Formación en materia de Mediación Familiar.

⁴⁴ Algunas universidades ya han visto publicados sus másteres oficiales tras el proceso de verificación. Véanse, entre otras, la Resolución de 7 de septiembre de 2010, de la Secretaría General de Universidades, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 30 de julio de 2010, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Máster y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos, y entre los cuales se encuentra el Máster Universitario en Mediación Familiar y con Menores de la Universidad de Huelva (BOE núm. 236, de 29 de septiembre); la Resolución de 22 de noviembre de 2010, de la Secretaría General de Universidades, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 12 de noviembre de 2010, por el que se establece el carácter oficial de determinados títulos de Máster y su inscripción en el Registro de Universidades, Centros y Títulos y entre ellos se encuentran el Máster Universitario en Gestión de Conflictos a Través de la Mediación de la Universidad de Cádiz y el Máster Universitario en Mediación de la Universidad de Málaga (BOE núm. 305, de 16 de diciembre); o la Resolución de 20 de julio de 2011, de la Universidad de Sevilla, por la que se publica el plan de estudios del Máster en Intervención y Mediación Familiar (BOE núm. 259, de 27 de octubre).

⁴⁵ Con todo, debido a la existencia de másteres oficiales en materia de mediación en las universidades andaluzas parece improbable que las universidades programen títulos de postgrado propios que competirían con los oficiales. La única posibilidad que podría hacer cambiar esta inercia sería que, ante el aumento de los precios de los másteres oficiales, disminuyera de manera significativa el número de alumnos. En este escenario, las universidades podrían plantearse la existencia de títulos propios, que podrían llegar a ser más económicos que los oficiales.

⁴⁶ Actualmente la Consejería de Salud y Bienestar Social [Decreto 152 /2012, de 5 de junio, por el que se establece la Estructura Orgánica de la Consejería de Salud y Bienestar Social y del Servicio Andaluz de Salud, (BOJA núm. 115, de 13 de junio)]. En uno de los borradores –http://www.trabajosocialmalaga.org/html/NOTICIAS_colegio.php?id=388– que hizo llegar la Consejería a los distintos colectivos se contemplaba, en su artículo 21, la referencia a la formación de las personas mediadoras. La redacción del artículo 5.2 se corresponde con el borrador con la excepción de la última línea que se refiere al contenido que establezca “por Orden de la Consejería Competente en materia de familias”. El borrador recogía el contenido mínimo de la formación, que se dividía en tres bloques: *Bloque 1. Aspectos jurídico-económicos*: A. Derecho de familia y menores: Situaciones de crisis: separación, divorcio, ruptura de parejas de hecho; Derecho de alimentos; Personas en situación de dependencia; Personas en situación de discapacidad; Ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela, adopción y acogimiento. Otras figuras tutelares y de protección de menores; Conjunto de disposiciones legales que rigen las relaciones familiares. B. Eficacia jurídica del acuerdo de mediación: Diferencias entre Convenio Regulador y Acuerdo de Mediación; Contenido mínimo legal de un acuerdo de mediación para ser incorporado al Convenio Regulador; Transcendencia extrajurídica y/o jurídica del acuerdo de mediación. C.

La remisión a una futura Orden la determinación de los contenidos de la formación básica deja sin efectividad práctica las previsiones en esta materia⁴⁷. Con todo, la lectura de la disposición transitoria única hace pensar que a lo largo del 2012 se procederá a la publicación de la citada norma pues de otra manera, transcurrido el periodo transitorio (que acaba el 7 de junio de 2013), la situación podría volverse compleja en la medida que la formación impartida, incluso por las universidades, no se sabrá si reunirá los requisitos que posiblemente exigirá la futura Orden⁴⁸.

En los supuestos en que las universidades opten por la formación específica a través de un postgrado oficial, sería necesario que la futura orden se publicara a finales de 2012 para que en el curso 2013-2014 pudieran impartirse esas titulaciones, pues recordemos que estos másteres oficiales deben pasar el proceso de verificación por parte de la ANECA. En los supuestos de los títulos propios, los plazos son más flexibles en la medida que el requisito de verificación por la ANECA no existe.

Redes sociales y servicios administrativos susceptibles de intervenir en los conflictos objeto de la mediación familiar. *Bloque 2. Aspectos psicológicos y sociales*: A. Evolución de las instituciones familiares y análisis de las dinámicas familiares. B. El conflicto familiar: Análisis y características del conflicto; Gestión y dinámica del conflicto; La negociación. La comunicación y el manejo de emociones; Repercusiones psicológicas, sociales y educativas derivadas de situaciones de conflicto familiar; C. Situaciones de conflictos familiares que requieren una atención especial: Violencia doméstica; Problemas de adicción; Discapacidades o enfermedades invalidantes; Situaciones de dependencia; Conflictos generacionales; Repercusión e implicación de personas menores de edad. *Bloque 3. Aspectos de la mediación familiar*: A. Concepto, antecedentes y evolución de la mediación familiar; B. Modelos fundamentales y metodología de la mediación familiar; C. Concepto y métodos de resolución de conflictos; D. Estructura y etapas del proceso de mediación familiar; E. La persona mediadora: Técnicas, estrategias y habilidades. Código deontológico.

⁴⁷ La Ley País Vasco 1/2008, establece unas líneas orientativas sobre los contenidos que debe tener esta formación específica en la futura regulación: "deberá incluir en todo caso un curso teórico-práctico en mediación de una duración mínima de 200 horas. Este curso comprenderá entre sus materias aspectos relativos al Derecho de familia y a la psicología de la familia y de sus componentes como personas individuales, y contenidos sobre aspectos psicosociales de la familia, mediación en general y conflictos" –art. 9.2–. También define los contenidos el Decreto Balears 66/2008, cuando exige, en su artículo 13, que los cursos deberán tener el contenido siguiente: 1. Aspectos jurídico-económicos sobre derecho de familia y menores relacionados con la mediación familiar, a los que se dedicará un mínimo del 10% de horas del total del curso. 2. Aspectos psicológicos y sociales, a los que se dedicará un mínimo del 10% de horas del total del curso. 3. Aspectos teóricos de la mediación familiar y el conflicto, a los que se dedicará un máximo del 60% de horas del total del curso. 4. Aspectos de la práctica de la mediación familiar, a los que se dedicará un mínimo del 20% de horas del total del curso. 5. Sistemas de evaluación. 5.1. Presentación y defensa de un trabajo tutorizado. 5.2. Asistencia mínima sobre el número de horas del curso del 80%. 5.3. Evaluación continuada sobre los conocimientos adquiridos, mediante la presentación de trabajos parciales o a criterio de los docentes, respecto de la participación en clase y en los espacios prácticos. La Comunidad Autónoma de Canarias lo indica de manera más imprecisa cuando establece que la formación específica debe "comprender dentro del programa docente contenidos formativos acerca de las siguientes materias: derecho de familia; sociología; psicología; pedagogía; métodos y técnicas de resolución de conflictos, principios y metodología de la mediación familiar" –art. 4 Decreto Canarias 144/2007–.

⁴⁸ Véase el epígrafe dedicado al régimen transitorio de habilitación de las personas mediadoras.

c) *La formación continua*

El Decreto Andalucía 37/2012, exige la formación continua de los mediadores familiares a lo largo de su vida profesional. Esta previsión constituye una novedad con respecto al panorama de Derecho autonómico comparado y debe ser valorado de forma muy positiva⁴⁹.

Las personas mediadoras inscritas en el Registro de Mediación Familiar de Andalucía deben acreditar una formación continua con carácter trienal. Esta formación consistirá en la realización de cursos en materias relacionadas con la mediación familiar a lo largo de los tres años que deberán sumar un mínimo de 60 horas⁵⁰.

Esta formación podrá ser impartida por las Universidades y los Colegios profesionales. Pero el artículo 5.3 *in fine* extiende esta facultad a “otras entidades públicas o privadas, previa aprobación por el Consejo Andaluz de Mediación Familiar de los planes de formación presentados por estas entidades”⁵¹.

De esta redacción parece derivarse que las Universidades y Colegios profesionales no requieren la aprobación de sus planes formativos por parte del Consejo Andaluz. Y, por tanto, tendrán libertad para confeccionar los distintos cursos de formación continua sin cortapisa ni supervisión alguna. Sin embargo, el resto de entidades, públicas o privadas, sí deberán someterse a este control. Esta solución que se deriva del tenor literal del artículo 5.3 del Decreto Andalucía 37/2012, se confirma en el artículo 31.k) de la citada norma cuando se atribuyen al Consejo Andaluz “los planes de formación continua presentados por las entidades públicas y privadas”.

En este aspecto, podría ser más acertado exigir a las Universidades y a los Colegios profesionales la realización de una comunicación previa de los cursos ofertados en materia de formación continua, hecho que aportaría transparencia y una cierta supervisión por

⁴⁹ La Ley País Vasco 1/2008, establece que para “ejercer la mediación (...) será imprescindible demostrar una preparación específica, suficiente y continua en mediación familiar” –art. 9.1–. Recientemente el Decreto Cataluña 135/2012, ha incorporado la formación continua para los mediadores familiares (arts. 21 y 22).

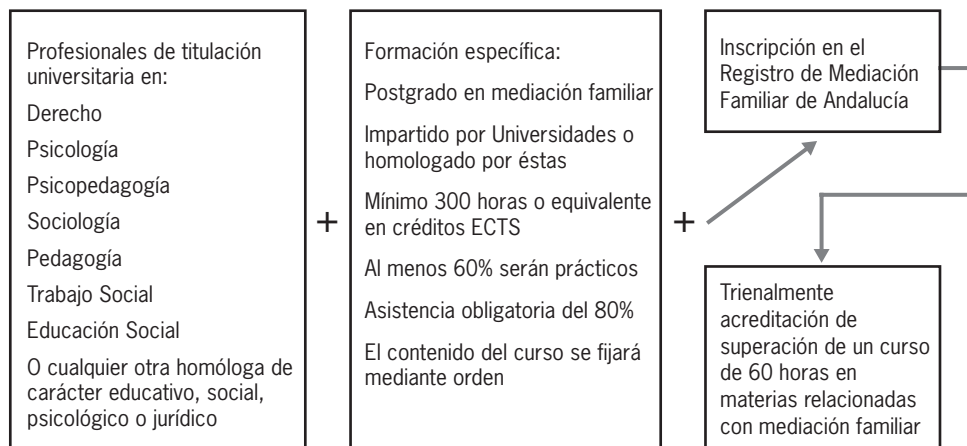
⁵⁰ El Decreto Cataluña 135/2012, exige a las personas mediadoras inscritas en los registros del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña que tienen que actualizar su formación específica en mediación acreditando una participación activa mínima de 40 horas bienales en seminarios, jornadas y otras actividades de formación, docencia, supervisión, investigación o publicaciones sobre mediación (art. 21.1). Como puede observarse el abanico de actividades que se incluyen en el concepto de formación continua es muy superior al recogido o previsto en el Decreto andaluz.

⁵¹ El Decreto Cataluña 135/2012, en cuanto a los centros o entidades que pueden impartir la formación continua, manifiesta que “a estos efectos, el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, los centros docentes universitarios, los colegios profesionales, las asociaciones profesionales acreditadas, las entidades públicas y los centros privados pueden organizar jornadas y cursos sobre la actualización de los conocimientos en mediación, la mejora de la metodología mediadora y las materias de interés para la práctica de la mediación” (art. 21.2). Son estas entidades las que tienen que velar por la participación efectiva de las personas que realicen la formación y las que expidan un documento acreditativo de la formación para las personas que realicen como mínimo un 80% de la actividad formativa (art. 21.3).

parte del Consejo de unas actividades formativas imprescindibles para el desarrollo de una actividad profesional.

Por último, es conveniente resaltar que la inscripción en el Registro Andaluz tiene una vigencia de tres años desde la fecha de inscripción; inscripción que quedará prorrogada por el mismo periodo si la persona mediadora acredita dos meses antes de la finalización del periodo de vigencia la realización de los cursos de formación continua –art. 8.3 Decreto Andalucía 37/2012–. Esta formación será objeto de inscripción en el Registro^{52,53}.

Acceso a la condición de mediador familiar en Andalucía



⁵² En el Decreto Cataluña 135/2012, se contemplan unas consecuencias distintas para el supuesto de que no se realice la formación continua. De esta manera, las personas mediadoras registradas que no acrediten la participación en actividades quedarán inactivas a los efectos de la posible derivación de mediaciones por parte del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña. Esta es una medida que considero acertada, pues la formación continua debería exigirse exclusivamente a los profesionales que desean derivaciones del Centro del Mediación o, en Andalucía, que se hayan incorporado al sistema por turnos. En el ejercicio de la abogacía ocurre algo similar para los letrados que se incorporan al turno de oficio, a los que se les requiere realizar una serie de cursos para poder seguir en el mismo, pero no tendría sentido exigírselo a los letrados que no se hubieran incorporado al turno para que pudieran desarrollar su actividad profesional. El Decreto Cataluña 135/2012, contempla incluso los medios para que las personas mediadoras inactivas puedan recuperar la condición de activas. Para ello les exige acreditar una formación en mediación equivalente a 40 horas por cada dos años sin formación acreditada. Sin embargo, a partir de tres años sin acreditación de la formación exigida, se exige la acreditación de formación especializada de un mínimo de 60 horas (art. 22).

⁵³ Será objeto de nota marginal –recordemos que esta es una función que corresponde a la Delegación Provincial con competencia en materia de familia [art. 7.2.c) Decreto Andalucía 37/2012]– la formación complementaria recibida en materia de igualdad de género y formación específica en lenguaje de signos o en idiomas –art. 9.5.a) Decreto Andalucía 37/2012–.

B) Experiencia profesional

El artículo 13.2 de la Ley Andalucía 1/2009, exige a las personas mediadoras acreditar la formación específica o la experiencia profesional en los términos que reglamentariamente se determinen⁵⁴.

Sin embargo, en este escenario hay que preguntarse si deben estar inscritas las personas que deseen ejercer de mediador familiar en los respectivos colegios profesionales. La respuesta es compleja pues no se menciona expresamente en la Ley ni en el Reglamento.

Con todo se ofrecen pistas en sentido positivo. En primer lugar, el artículo 13 de la Ley Andalucía 1/2009, manifiesta que “la mediación familiar se efectuará por profesionales de titulación universitaria...”. La condición de profesional no la otorga la obtención de un título universitario sino, en muchos casos, la colegiación que es la que te habilita para ejercer la profesión. En consecuencia cuando el citado artículo 13 se refiere a profesionales parece que se está refiriendo a personas tituladas colegiadas⁵⁵.

En segundo lugar, el artículo 9.2.b) del Decreto Andalucía 37/2012, prevé, entre los asientos que podrán efectuarse en el Registro de Mediación Familiar de Andalucía, “en caso de personas colegiadas, el Colegio profesional al que pertenece y el número de colegiación”. Es cierto que este último precepto podría justificar el argumento de la no necesidad de colegiación, pero esta idea podría ser desechada, si entendemos que va referida a las personas que realicen la función de mediación familiar al servicio de la Administración Pública, personas que no requieren estar colegiadas⁵⁶.

⁵⁴ Véase el epígrafe dedicado al régimen transitorio de habilitación de las personas mediadoras.

⁵⁵ En Cataluña, al margen de la colegiación obligatoria en alguno de los colegios profesionales de abogados, psicólogos, diplomados en trabajo social y asistentes sociales, educadoras y educadores sociales o pedagogos, se les exige a las personas mediadoras “el ejercicio de la profesión respectiva durante tres de los últimos cinco años”. En consecuencia, el ejercicio de la actividad profesional colegiada se considera imprescindible y condición previa *sine qua non* para poder optar a la condición de mediador familiar. Véanse las interesantes reflexiones sobre la colegiación de los mediadores familiares en R. Luquin Bergareche: *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2007, pp. 291 y ss. En Galicia se exige igualmente el desarrollo de actividades profesionales en el campo psico-socio-familiar, que no un ejercicio profesional, al menos durante los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de habilitación y estar en posesión de las licencias o autorizaciones pertinentes para el ejercicio de su actividad profesional y, en su caso, inscrito en su colegio profesional –art. 3.2 Decreto Galicia 159/2003–.

⁵⁶ En este sentido, como ha recordado el TSJ de Andalucía en la Sentencia de 27 de octubre de 2008, “el requisito de la colegiación no será exigible al personal funcionario, estatutario, o laboral de las Administraciones Públicas de Andalucía para el ejercicio de sus funciones o para la realización de actividades propias de su profesión por cuenta de aquéllas. En todo caso precisarán de la colegiación, si así fuese exigido, para el ejercicio privado de su profesión”. Y así el Tribunal recuerda que el principio de colegiación obligatoria deriva de las exigencias del art. 36 de la Constitución y tiene la condición de norma estatal y básica, si bien la razón de esa obligatoriedad radica en que las profesiones que la exigen están llevando a cabo la prestación de un servicio público que requiere una organización corporativa de la misma naturaleza dirigida «esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profe-

Igualmente podría plantearse qué ocurriría en el supuesto de que no existiera un colegio profesional para alguna de las titulaciones previstas en la Ley, pero esto no deja de ser una mera hipótesis que carece de relevancia pues todas tienen su colegio profesional.

C) Régimen transitorio de habilitación de las personas mediadoras

El cumplimiento de los requisitos articulados en el Decreto Andalucía 37/2012, para adquirir la condición de mediador familiar, esencialmente los de naturaleza formativa, requieren un periodo transitorio que permita a las personas que venían desarrollando esta actividad o que estaban en vías de hacerlo pudieran regularizar su situación.

De esta cuestión se ocupa la disposición transitoria única de la citada norma, bajo la rúbrica, *habilitación de las personas mediadoras*.

De esta manera, la Disposición contempla que durante el primer año, desde la entrada en vigor del Decreto, es decir, desde el 7 de junio de 2012 –la disposición final segunda prevé que la norma entrará en vigor a los tres meses desde su publicación en el *BOJA*–, se podrán inscribir en el Registro de Mediación Familiar de Andalucía como personas mediadoras los que estén en posesión del título universitario o equivalente en cualquiera de las disciplinas del artículo 13 de la Ley –Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social o Educación Social o cualquier otra homóloga de carácter educativo, social, psicológico o jurídico–⁵⁷ y se encuentre en algunas de las dos situaciones siguientes:

sión –que constituye un servicio al común– se ajuste a las normas o reglas que aseguran tanto la eficacia como la eventual responsabilidad de tal ejercicio», siendo estos fines y no el interés de los asociados «los que justifican la legitimidad de la opción del legislador por la colegiación obligatoria» –STC (Pleno) 194/98, de 1 de octubre, que ratifica y cita otras anteriores en tal sentido–; habiendo establecido el mismo Tribunal Constitucional, en sentencias como las núm. 69/1985, de 30 de mayo, 168/1985, de 13 de diciembre (en relación con los Letrados al servicio de la Junta de Andalucía cuya exención de colegiación aceptó por hallarse prevista en el art. 50 de la Ley 6/1983, de Gobierno y Administración de dicha Comunidad), o 131/1989, de 17 de julio de 1989, (médico al servicio del INSALUD respecto del que no aceptó la exención de colegiación por no existir norma expresa que así lo dispusiera) que sólo cuando una Administración ha impuesto esa exención de forma expresa para sus propios empleados puede aceptarse la misma en tanto en cuanto sustituya al Colegio en el ejercicio de sus competencias garantistas o, con sus palabras, que «corresponde al legislador y a la Administración Pública, por razón de la relación funcional, determinar con carácter general en qué supuestos y condiciones, por tratarse de un ejercicio profesional al servicio de la propia Administración e integrado en una organización administrativa con su inseparable carácter público, excepcionalmente, dicho requisito, con el consiguiente sometimiento a la ordenación y disciplina colegiales, no haya de exigirse, por no ser la obligación que impone, proporcionada al fin tutelado» (Fundamento Jurídico cuarto, Sentencia de 1989). Siendo por eso por lo que, de conformidad con tal interpretación, lo único que la Comunidad de Castilla y León podría hacer es eximir de aquella obligatoriedad de colegiarse a los empleados a su servicio, pero no a los empleados de otras Administraciones Públicas, pues en esta materia la competencia es personal y no territorial, como se desprende de aquella doctrina constitucional.

⁵⁷ El Decreto va más allá de lo previsto en la Ley y se refiere a equivalentes. Véase lo expuesto en relación al carácter homologable de los títulos universitarios en el epígrafe titulado “formación básica”.

- a) Haber realizado con anterioridad, o estar realizando a la fecha de entrada en vigor del presente Decreto, una formación específica en materia de mediación familiar, con un mínimo de 200 horas acumulables, que podrán reducirse a 150 horas en el caso de que se acredite una experiencia mínima de dos años de actuación profesional en mediación familiar, impartida por universidades, colegios profesionales, organizaciones sindicales en planes de formación continua, otras Administraciones Públicas o entidades inscritas en los correspondientes Registros de Asociaciones y Fundaciones que tengan entre sus fines la promoción y el desarrollo de la mediación familiar.
- b) Experiencia de al menos cinco años de ejercicio de la profesión de mediación familiar durante los últimos 10 años, con un mínimo de 100 horas de formación acumulables en mediación familiar, impartidas por las entidades a las que hace referencia el apartado anterior.

Como puede apreciarse de los supuestos expuestos se ha articulado un sistema que combina formación y experiencia. A mayor formación (200 horas acumulables) se exige menor experiencia (5 años) y a mayor experiencia (10 años), menor formación (100 horas acumulables).

La acreditación de la formación se realizará, como manifiesta la disposición del Decreto Andalucía 37/2012, “aportándose el programa o programas validados por el organismo que los impartió o certificación emitida por el mismo”. La redacción del precepto no resulta acertada en este punto pues entiendo que no debería haberse incluido la proposición disyuntiva “o” sino la copulativa “y”, pues con la redacción actual parece que bastaría con aportar unos programas validados sin aportar la certificación personal del curso o la certificación sin el programa, documento que por sí mismo aporta poco sobre el contenido del curso recibido.

La disposición transitoria prevé igualmente la forma de justificación o acreditación de la experiencia profesional y exige:

- a) Copia de los contratos laborales.
- b) Certificaciones expedidas por las Administraciones Públicas o entidades correspondientes –recordemos que en el caso de asociaciones y fundaciones debe constar en los Registros de Asociaciones y Fundaciones que las mismas tengan entre sus fines la promoción y el desarrollo de la mediación familiar– de haber ejercido durante estos años funciones de mediación familiar.

La exigencia de los contratos acredita que ha existido o que existe una actividad laboral y el certificado, que se han desarrollado funciones de mediación familiar. Sin embargo, lo realmente objetivo es exclusivamente la existencia del contrato pues la certificación de haber desarrollado funciones de mediador realmente no aporta un gran valor en la medida que lo puede certificar cualquier entidad –asociaciones, fundaciones...– y basta

con que se manifieste que la persona en cuestión ha desarrollado dicho cometido, sin especificar ningún otro dato. Esta regulación posibilita una vía fácil para burlar el espíritu de la norma. Bastaría con una certificación por parte de una entidad, aunque no haya desarrollado jamás esa actividad. Por este motivo sería conveniente que en el contrato figurase, entre los cometidos, la mediación familiar y que en la acreditación se especificase el número de mediaciones y cometidos desarrollados en este ámbito durante el tiempo señalado.

En todo caso, se deberá aportar un certificado de vida laboral expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social.

D) Requisitos formales: la inscripción de los profesionales en el Registro de Mediadores

Para el ejercicio de la actividad de mediación, el artículo 13.2 de la Ley exige a las personas mediadoras “estar inscritas en el Registro de Mediación Familiar de Andalucía”, previsión que es repetida en el artículo 18.2 de la Ley cuando se dispone que “cualquier profesional que quiera desarrollar la mediación familiar como persona mediadora, o en su caso, como parte integrante, del equipo de personas mediadoras, además de reunir los requisitos exigidos por los artículos 12 y 13, respectivamente de esta Ley (Ley Andalucía 1/2009), deberá solicitar la inscripción en el Registro”⁵⁸.

Las solicitudes de inscripción en el Registro de Mediación Familiar de Andalucía se presentarán en la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de familias, correspondiente al domicilio designado a efectos de notificaciones en la Comunidad Autónoma de Andalucía por la persona solicitante⁵⁹.

Para la inscripción en el Registro deberá acreditarse el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Identificación personal.
- Titulación académica.
- Documentación acreditativa de la formación y experiencia profesional en mediación familiar.

⁵⁸ El Registro, como hemos expuesto en el epígrafe correspondiente, fue creado por la Ley; sin embargo, la norma remite al Reglamento la organización y funcionamiento, así como el procedimiento de inscripción... (art. 18.4 Ley Andalucía 1/2009). En estas circunstancias el cumplimiento del requisito de la inscripción era de difícil cumplimiento.

⁵⁹ Todo ello sin perjuicio de lo establecido por el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; así como por lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

La acreditación de la formación en mediación familiar se llevará a cabo con la certificación de la formación específica de postgrado en mediación familiar u homologada por aquellas con las condiciones del artículo 5 y, en su caso, la experiencia profesional en los términos que prevé la disposición transitoria única del Decreto Andalucía 37/2012⁶⁰.

- Requisitos para el ejercicio profesional.

El artículo 10.3 del Decreto 37/2012, remite a una futura Orden de la Consejería competente en materia de familias, que será la que aprobará el modelo de solicitud de inscripción en el Registro de Mediación Familiar, regulándose de manera pormenorizada la documentación a aportar en el momento de presentación de la solicitud. Esta referencia a una futura regulación pormenorizada de la documentación a aportar hace nacer, en estos momentos en los que todavía no se ha aprobado, dudas sobre qué documentación será requerida, sobre todo ahora que ya ha entrado en vigor el Decreto.

En todo caso, el modelo deberá contener, entre otras cuestiones, las exigidas en el artículo 9 del Decreto Andalucía 37/2012.

De este modo se deberán recoger:

a) Datos de identificación personal [art. 9.2.a)]:

- Nombre y apellidos.
- Número de Documento Nacional de Identidad o Número de Identificación de Extranjeros.
- Número/s de teléfono de contacto personal.
- Sexo.

b) Datos profesionales [art. 9.2.b)].

- Domicilio o domicilios donde se pretenda llevar a cabo la actividad de mediación en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En este asiento, se especificará si se trata de un lugar que facilite el acceso a las personas con discapacidad y/o movilidad reducida.
- Teléfono profesional y, en su caso, dirección electrónica y número de fax.
- En caso de personas colegiadas, Colegio Profesional al que pertenece y número de colegiación.
- Número de cuenta bancaria donde se realizarán los ingresos, en caso de personas mediadoras adscritas al sistema de turnos para la mediación familiar.
- Existencia de vinculación con un equipo de personas mediadoras ya inscrito en el Registro.
- Formación y experiencia profesional relacionada con la mediación familiar acreditativa del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 5.2 y en la disposición transitoria única del Decreto.

⁶⁰ Véase el epígrafe del *Régimen transitorio de habilitación de las personas mediadoras*.

Igualmente deberá hacerse constar la formación complementaria recibida en materia de igualdad de género y formación específica en lenguaje de signos o en idiomas [art. 9.5.a)].

2. Derechos y deberes de los mediadores familiares

La Ley recoge una serie de derechos y deberes de los mediadores en el ejercicio de su actividad que serán abordados a lo largo del trabajo y, por tanto, se opta ahora por una enumeración, salvo en el caso del derecho a percibir los honorarios y el deber de confidencialidad que se tratarán de forma separada⁶¹.

De esta manera se contemplan como derechos:

- a) Participar, cuando se solicite su intervención, en un proceso de mediación familiar⁶².
- b) Renunciar a iniciar o continuar un proceso de mediación desde el momento en que aprecie falta de voluntad por alguna de las partes o exista una imposibilidad manifiesta para llegar a un acuerdo, así como si concurre cualquier otra circunstancia que haga inviable el procedimiento⁶³.
- c) Percibir los honorarios o cuantías económicas que correspondan⁶⁴.
- d) Recibir de las partes en conflicto una información veraz y completa⁶⁵.
- e) Recibir asesoramiento del equipo de personas mediadoras en el que se encuentre inscrito en el Registro, si así se requiere, manteniendo la confidencialidad exigida⁶⁶.
- f) Cualquier otro que se establezca en la presente Ley y en sus normas de desarrollo.

⁶¹ Véase, sobre los derechos y deberes de los mediadores familiares, R. Luquin Bergareche: *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2007, pp. 114-118.

⁶² Véanse los artículos 9 Ley Castilla y León 1/2006, y 15 Ley Andalucía 1/2009.

⁶³ Véanse, entre otros, los artículos 15 Ley Andalucía 1/2009; 21 Ley Asturias 3/2007; 16 Ley Baleares 14/2010; 7 Ley Canarias; 11 Ley Castilla-La Mancha 4/2005; 9 Ley Castilla y León 1/2006; 4 Decreto Galicia 159/2003; 13 Ley Madrid 1/2007; 12 Ley País Vasco 1/2008; y 8 Ley Valencia 7/2001.

⁶⁴ Véanse los artículos 15 Ley Andalucía 1/2009; 21 Ley Asturias 3/2007; 9 Ley Baleares 14/2010; 7 Ley Canarias 15/2003; 11 Ley Castilla-La Mancha 4/2005; 9 Ley Castilla y León 1/2006; 4 Decreto Galicia 159/2003; 13 Ley Madrid 1/2007; 16 Ley País Vasco 1/2008; y 8 Ley Valencia 7/2001.

⁶⁵ Véanse los artículos 15 Ley Andalucía 1/2009, y 9 Ley Castilla y León 1/2006.

⁶⁶ Véanse los artículos 11 Ley Castilla-La Mancha 4/2005, 9 Ley Castilla y León 1/2006, y 4 Decreto Galicia 159/2003.

En cuanto a los deberes, recogidos en el artículo 16 de la Ley Andalucía 1/2009, se encuentran:

- a) Informar a las partes en conflicto, previamente al inicio del proceso de mediación, de las características y finalidad del procedimiento, así como de su coste económico aproximado cuando no proceda la gratuidad de la prestación.
- b) Conducir el procedimiento de mediación, facilitando la comunicación entre las partes para alcanzar un acuerdo satisfactorio para ellas, dentro de la legalidad vigente.
- c) Ejercer la actividad mediadora conforme a la buena fe y a la adecuada práctica profesional, y, en su caso, respetando las normas deontológicas del colegio profesional al que pertenezca.
- d) Velar en todas sus actuaciones por el interés preferente de los hijos e hijas menores y de las personas dependientes.
- e) Propiciar que las partes tomen sus propias decisiones y que dispongan de la información y el asesoramiento suficiente para que desarrollen los acuerdos de manera satisfactoria, libre, voluntaria y exenta de coacciones.
- f) Mantener la neutralidad e imparcialidad, respetando las posiciones de las partes, y preservar su igualdad y equilibrio durante el proceso de mediación, dando efectivo cumplimiento, en su caso, al principio de igualdad por razón de género.
- g) Redactar, firmar y entregar a las partes el documento de aceptación, las actas y los justificantes de la celebración y asistencia a las reuniones.
- h) Mantener la reserva y el secreto profesional respecto de los hechos conocidos durante el curso de la mediación.
- i) Velar por el cumplimiento de los principios establecidos en la presente Ley.
- j) Abstenerse de ofrecer a las personas en conflicto sus servicios fuera del campo de la mediación familiar o ejercer, con las mismas personas, otra función distinta de la mediación.
- k) Cualquier otro establecido en la presente Ley, así como en sus normas de desarrollo.

Entre estos deberes se encuentran, entre otros:

- La obligación de remitir a la Delegación provincial competente en materia de familias la información que a efectos estadísticos les sea solicitada de forma periódica, así como cuantos datos consideren relevantes, en el plazo de 15 días, a contar desde el

día siguiente al de la notificación del requerimiento realizado, pudiendo utilizarse los medios telemáticos (art. 14.1 Decreto Andalucía 37/2012).

A) Percibir los honorarios o cuantías económicas que correspondan

a) Honorarios en las mediaciones sin reconocimiento a la mediación gratuita

En relación a este derecho se prevé que los colegios profesionales podrán establecer honorarios orientativos en función de la complejidad y duración de la mediación familiar.

Esta posibilidad que se les otorga a los colegios profesionales en cuanto a la determinación de los honorarios, pese a ser correcta, hace resurgir, una vez más, la duda sobre la necesidad de crear un colegio profesional para los mediadores familiares. Con el sistema actual, los diferentes colegios fijarán honorarios distintos que finalmente pueden hacer más interesante a los ojos de las partes implicadas acudir a un determinado tipo de profesional, aunque es cierto que los honorarios son orientativos. La existencia de un colegio de mediadores solventaría este problema con la determinación de unos honorarios orientativos comunes para todos los profesionales.

b) Honorarios en las mediaciones con reconocimiento a la mediación gratuita

En los supuestos de mediación gratuita se prevé que los honorarios serán establecidos reglamentariamente, previsión que aún no se ha cumplido⁶⁷, recogiendo exclusivamente este supuesto en los casos en los que el beneficiario de la mediación familiar gratuita fuese sólo una de las partes en conflicto. En estos supuestos la otra parte o partes tendrían que abonar el coste de la mediación que proporcionalmente les corresponda, con arreglo a las tarifas que reglamentariamente se establezcan (art. 27.2 Ley Andalucía 1/2009).

Esta concreción siembra una duda importante en la medida que si inicialmente se indica que los colegios profesionales pueden fijar unos honorarios orientativos –se presume para las mediaciones en que las partes no son beneficiarias del derecho de gratuidad– y posteriormente se manifiesta que cuando una de las partes es beneficiaria de la mediación

⁶⁷ En otras Comunidades Autónomas se ha procedido a regular este importante aspecto de forma individualizada, entre otras Canarias –Orden de 10 de marzo de 2008, por la que se establece disposiciones de desarrollo de las actuaciones de mediación familiar y se fijan las tarifas de la mediación familiar en supuestos de gratuidad, regulados por Decreto 144/2007, de mayo de 2007, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Mediación Familiar–, Castilla y León –Decreto 61/2011, de 13 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar–, Cataluña –Orden JUS/484/2006, de 17 de octubre, por la que se fijan las tarifas en los procedimientos de mediación familiar– o Galicia –Orden de 5 de junio de 2008, por la que se fijan las tarifas de mediación familiar que deroga a su vez una orden anterior sobre la materia, concretamente la Orden de 12 de junio de 2003, por la que se fijan las tarifas de la mediación familiar en Galicia–.

cación gratuita la otra parte exclusivamente deberá abonar el coste proporcional que le corresponda con arreglo a las tarifas que se establezcan. Por tanto, parece que en estos últimos casos, los mediadores que asistan a la parte que no dispone de mediación gratuita deberán ajustar sus honorarios a lo establecido por la Administración en relación a la parte no beneficiaria del derecho. Este resultado no parece muy razonable en la medida que la Administración está determinando el importe de los honorarios de un profesional en relación a una persona que carece del derecho a la mediación gratuita. En este sentido la Orden Galicia de 5 de junio de 2008, prevé que “En el caso de que las partes o una de ellas no tengan derecho a la mediación gratuita, el importe de la sesión inicial no podrá ser superior a 60 euros” y en esa sesión “las partes y el/la mediador/a establecerán y aceptarán los precios de las siguientes”.

Sin embargo, igualmente es cierto que en los supuestos en que a una de las partes se le reconoce el derecho a la mediación gratuita por parte de la Administración, es ésta la que designa al profesional que realizará la función. Designación que se realiza entre los mediadores inscritos voluntariamente en el sistema por turno. Y es más, una vez designado disponen de diez días hábiles, contados desde la designación, para comunicar al registro si puede iniciar o no el proceso de mediación (art. 13.3 Decreto Andalucía 37/2012, pudiendo el mediador, con los datos proporcionados, no aceptar la mediación, aunque ello tendrá consecuencias⁶⁸.

Las normas que han regulado las cuantías de las retribuciones en los casos de reconocimiento del derecho a la gratuidad del procedimiento han fijado un importe medio por sesión de 60 euros⁶⁹. Esta cantidad se reduce a la mitad en el caso de que una de las dos partes en conflicto tenga reconocido el derecho a la mediación familiar gratuita (Canarias prevé expresamente la hipótesis de que sean tres o más las partes en conflicto en cuyo caso el importe se dividirá proporcionalmente entre todas ellas, calculándose de esta manera la que debe satisfacer la parte que no tenga reconocido, en su caso el derecho a la gratuidad de la prestación) e incluso algunas han determinado la retribución total por la mediación⁷⁰. Sin embargo, no han precisado cómo se debe actuar en los supuestos en los que a una o a varias de las partes no se les ha reconocido el derecho a la gratuidad.

La satisfacción de los honorarios corresponde a la Delegación Provincial competente en materia de familia, previa presentación de la correspondiente factura (art. 17.3 Decreto Andalucía 37/2012), que deberá ajustarse a los honorarios fijados por la futura norma. En los casos de imposibilidad de continuar el proceso de mediación, bien por causa

⁶⁸ Véase el epígrafe dedicado al Sistema por turnos.

⁶⁹ Véanse, entre otros, los artículos 13.1.a) Orden Canarias 10 de marzo de 2008, único Orden Cataluña JUS/484/2006, de 17 de octubre, 1 Orden Galicia 5 de junio de 2008. En Castilla y León el importe se ha fijado en 50 euros [art. 16.2.a) Decreto 61/2011].

⁷⁰ Las cantidades se han fijado en 360 euros cuando la mediación es total y en 180 cuando es parcial, véanse los artículos único de la Orden Cataluña JUS/484/2006, y primero de la Orden Galicia 5 de junio de 2008.

justificada alegada por la persona mediadora –por tanto, en los supuestos en que no se haya alegado causa alguna o no sea justificada en los términos previstos por la normativa no nacerá el derecho a ser retribuido– o porque las partes intervinientes decidan no continuar con el mismo, la persona mediadora recibirá la retribución que le corresponda, conforme al número de sesiones que se hayan celebrado (art. 17.4 Decreto Andalucía 37/2012).

Por último, el cobro de compensación económica u honorarios o gastos de la actividad mediadora, en los supuestos en que las partes tengan reconocida la gratuidad de la misma, está tipificada como una falta muy grave [art. 31.a) Ley Andalucía 1/2009].

B) *Confidencialidad en el proceso de mediación familiar*

La confidencialidad está recogida como principio en el artículo 9 de la Ley Andalucía 1/2009, bajo la rúbrica *Confidencialidad de la mediación familiar y secreto profesional de la persona mediadora* y a la vez como un deber en el artículo 16.h) de dicha Ley.

Este es un principio/deber que vincula a la persona mediadora⁷¹ –y a todos los miembros integrantes, en su caso en el equipo⁷²– y que le impide desvelar ningún dato, hecho o documento que conozca relativo al objeto de la mediación, no sólo durante el desarrollo de la mediación, sino incluso una vez finalizado el proceso⁷³.

⁷¹ Aunque el deber de confidencialidad también se extiende a las partes en algunas leyes autonómicas. Véanse el artículo 11.1 Ley Galicia 4/2001, y 4.b) Ley Madrid 1/2007.

⁷² La Ley Andalucía 1/2009, no contempla claramente el deber de confidencialidad de los miembros del equipo pues la referencia que existe es la recogida en el artículo 15.e) cuando contempla entre los derechos del mediador “Recibir asesoramiento del equipo de personas mediadoras que se encuentre inscrito en el Registro, si así se requiere, manteniendo la confidencialidad exigida”. Confidencialidad que no queda claro a quién va referida; si es entre el mediador y las personas integrantes del equipo, o sólo afecta al mediador o entre el mediador y las partes... Por este motivo, y debido a la importancia de la materia, proponemos de *lege ferenda* incorporar la fórmula del artículo 22.6 del Decreto Cataluña 139/2002, derogado por el Decreto 135/2012, cuando dispone que “El principio de confidencialidad se extiende a todas las personas que trabajan con el mediador o mediadora y mantengan una relación laboral o profesional”.

⁷³ La Ley Andalucía 1/2009, se refiere a la confidencialidad de hechos, datos o documentos. Sin embargo, sería interesante, en cuanto que supondría una mejora normativa, recoger las aportaciones del artículo 26 de la Ley Castilla-La Mancha 4/2005, artículo que va referido al expediente de mediación familiar cuando dispone que: “1. El expediente de mediación familiar y los demás documentos relativos al procedimiento incorporados a aquél, son confidenciales y no pueden ser divulgados, ni entregados por la persona mediadora a terceros. 2. No obstante lo anterior, el deber de confidencialidad del mediador cesa en los siguientes casos: a) Si todas las partes del procedimiento autorizan que se ponga en conocimiento el expediente o su entrega a terceras personas. b) Si, en los casos y circunstancias previstos en las leyes procesales, el Juzgado o el Ministerio Fiscal requieren el expediente. 3. La persona mediadora comunicará a la Consejería competente en materia de servicios sociales, los datos de cada mediación a efectos estadísticos, respetando la confidencialidad y el anonimato”.

Como se puede entender este deber de confidencialidad afecta especialmente a terceras personas en la medida que debido al carácter presencial de la mediación y voluntario de las partes, éstas estarán presentes en todas las sesiones, hecho que impide que puedan existir secretos derivados de la mediación entre las partes y el mediador⁷⁴.

Este deber de confidencialidad y secreto profesional tiene otra dimensión como es la concerniente a la prohibición de cualquier profesional que haya ejercido como persona mediadora de asistir o representar a ninguna de las partes en conflicto en un litigio posterior relacionado con ese proceso, debiendo comunicar al tribunal que ya ha ejercido de persona mediadora en caso de ser citado como testigo o designado como perito o perita (art. 17.3 Ley Andalucía 1/2009)⁷⁵.

Existen dos excepciones previstas al deber de confidencialidad⁷⁶:

⁷⁴ Esta presencialidad de las partes en todas las sesiones se deriva de las distintas regulaciones autonómicas y de los principios de la mediación familiar. Sin embargo, recientemente el artículo 34.2 del Decreto Cataluña 135/2012, prevé que “en atención a las circunstancias concretas del caso y a la voluntad de los participantes, la persona mediadora puede realizar sesiones individuales o conjuntas con todas o algunas de las personas o partes implicadas, pero en todo caso alguna de las sesiones tiene que ser conjunta con todas las partes implicadas”. Aunque esta opción puede resultar útil, entiendo que debe requerir el consentimiento de todas las partes y, aún así, estimo que fácilmente puede ir en contra de principios propios de la mediación, pues puede suscitar desconfianzas y favorecer espacios oscuros que dificulten llegar a un resultado satisfactorio.

⁷⁵ En este sentido, Pereira Pardo –“Aspectos jurídicos”, en E. Souto Galván: *Mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 55– entiende que “toda información y documentación obtenida en el transcurso del proceso de mediación será confidencial. Las partes no podrán solicitar la declaración en juicio del mediador familiar en calidad de perito o testigo, aunque bien es verdad que prácticamente toda la normativa, tanto autonómica como estatal recoge la posibilidad de que si la legislación así lo dispone, el mediador a requerimiento de la Autoridad Judicial deberá prestar declaración sobre el contenido de la mediación”. Más claros, en su exposición, resultan E. Gutiérrez Hernán y F. Corzón Pereira –Aspectos psicosociales, en E. Souto Galván: *Mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 299– cuando manifiestan que “el secreto profesional es fundamental para salvaguardar la información recibida de la vida íntima de las partes, no debe hacerse uso de la misma ni pasar información a otros servicios o profesionales. Igualmente, no debe pasar información recibida de una de las partes a la otra, cuando así lo manifieste la persona; de modo que la información solo se traspasará cuando previamente se haya acordado así entre las partes, y entre éstas y el/la mediador/a –esta afirmación debe tomarse con cierta cautela pues el carácter presencial de las sesiones y la naturaleza imparcial y neutral del mediador, no propician parcelas de confidencialidad de una de las partes con el mediador–. Tampoco se hará uso de la información obtenida durante el proceso de mediación, en caso de que las partes se encuentren en litigios o vía contenciosa posterior; es decir, no tiene obligación ni deber de declarar, en todo caso hablará brevemente de los acuerdos tomados por las partes durante la mediación. Igualmente, se puede negar –yo diría que se debe negar– a la petición de jueces de redactar informes sobre los temas y contenidos tratados en las sesiones de mediación”.

⁷⁶ En el País Vasco la confidencialidad se extiende a “toda la información obtenida –verbal o documental– en el transcurso del proceso de mediación será confidencial, incluso el resultado, salvo que las partes acuerden su ejecución, ratificación u homologación” [art. 8.b) Ley 1/2008].

- a) En primer lugar, cuando exista el consentimiento de todas las partes. Este consentimiento deberá hacerse expresamente y entendemos que deberá incorporarse al expediente⁷⁷.

La Ley contempla una cautela en este sentido cuando prevé que “únicamente se podrá proceder a la exposición o divulgación oral, impresa, audiovisual u otra de las sesiones o de la información obtenida de las mismas cuando se utilice con fines de investigación y formación⁷⁸, debiéndose realizar de forma anónima, de modo que no sea posible la identificación de las personas intervinientes en las mismas, y bajo el consentimiento expreso de quienes estén directamente afectados” [art. 16.h) Ley Andalucía 1/2009]. El consentimiento también se solicitará a los niños mayores de doce años. En el supuesto de menores de citada edad⁷⁹, éstos deberán ser oídos y entendemos que el consentimiento lo prestarán quienes ostenten sobre ellos la patria potestad⁸⁰.

- b) En segundo lugar, se excluye del secreto profesional, y, por tanto, del deber de confidencialidad, los casos en los que de la información obtenida en el proceso de mediación, se infiera la existencia de hechos delictivos o de amenazas para la vida o la integridad física de alguna de las partes o de cualquier otra persona que tenga o haya tenido algún tipo de relación con éstas, descendientes o ascendientes que

⁷⁷ La Ley Castilla-La Mancha 4/2005, prevé que “el mediador está obligado a mantener la reserva de los hechos que haya conocido en las sesiones de mediación, salvo que (...) exista aceptación expresa de las partes” (art. 8.3).

⁷⁸ El Decreto Catalán 139/2002, derogado por el Decreto 135/2012, disponía que “La persona mediadora queda exenta de la obligatoriedad de la confidencialidad Cuando la información no es personalizada y se utiliza para finalidades de estadísticas, de formación y de investigación” [art. 22.7.a)]. En un sentido similar el artículo 8.e) Ley Valencia 7/2001, que dispone: “En todo caso, no estará sujeta a este deber la información obtenida que no sea personalizada y se utilice para finalidades de formación o investigación”.

⁷⁹ La edad de doce años es común en la legislación civil. De esta manera se prevé en materia de: a) acogimiento cuando se dispone que “El acogimiento se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda, de las personas que reciban al menor y de éste si tuviera doce años cumplidos” (art. 173.2 Código civil); b) adopción cuando se prevé que: “Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años” (art. 177.1 Código civil) y c) tutela: “Antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los dos artículos anteriores, el Juez oír al Ministerio Fiscal y al tutelado, si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes” (art. 273 Código civil). Véase, el epígrafe *Intervención del menor en la concreción de su propio interés. La audiencia del menor*, en C. Castillo Martínez, “El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar”, en J. M. Llopis Giner (Coord.), *Estudios sobre la Ley valenciana de Mediación Familiar*, editorial práctica de derecho, Valencia, 2003, pp. 41-44.

⁸⁰ En la Ley Baleares 14/2010, se prevé expresamente no el consentimiento la difundir información, sino la posibilidad de intervenir en los procesos de mediación cuando se dispone que “Los menores de edad, si tienen suficiente juicio, y en todos los casos los mayores de 12 años pueden intervenir en los procedimientos de mediación que les afecten. Excepcionalmente, en los casos en que exista contradicción de intereses, los menores de edad pueden participar asistidos por un defensor o una defensora” (art. 5.2).

integren el núcleo familiar, aunque no sean parte en el proceso de mediación^{81,82}. En estos supuestos, al margen de que no se requiere el consentimiento de las partes, existe la obligación de informar a las autoridades competentes de tales hechos [art. 16.h) Ley Andalucía 1/2009]⁸³.

Por último, el incumplimiento del deber de confidencialidad y secreto profesional salvo en los supuestos previstos en el artículo 16.h) de la Ley está tipificado como una infracción muy grave [art. 31.d)]⁸⁴.

⁸¹ Esta excepción es consecuencia de la aceptación por la Ponencia de la enmienda 21 del Grupo Parlamentario Socialista (*Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 139, de 17 de diciembre de 2008). En este sentido, el Grupo Parlamentario Popular proponía una enmienda al artículo 8 (que en la Ley Andalucía 1/2009, sería el artículo 9), concretamente la 5, en la que se disponía que "...En cualquier caso, la persona mediadora está obligada a informar a las autoridades competentes de los datos que puedan revelar la existencia de una amenaza para la vida o integridad física o psíquica de una persona o de hechos delictivos" (*Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 130, de 3 de diciembre de 2008). Esta enmienda dio lugar a una transaccional que supuso la incorporación al artículo 9 de su inciso final, concretamente "y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 16.h)", (*Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 139, de 17 de diciembre de 2008).

⁸² En el Decreto Cataluña 139/2002, derogado por el Decreto 135/2012, se contemplaba como causa de eliminación del deber de secreto profesional "Cuando conlleva una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona" [art. 22.7.b)]. En un sentido similar se manifiesta la Ley Aragón 9/2011, cuando recoge entre los deberes del mediador "Mantener la confidencialidad necesaria sobre la información obtenida durante el procedimiento de mediación, excepto si comporta amenaza para la vida o integridad física o psíquica de una persona" [art. 10.e)]; el artículo 7.3.b) Ley Asturias 3/2007, que dispone que "No está sujeta al principio de confidencialidad la información obtenida que comporte una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona, en cuyo caso se pondrá en conocimiento de las autoridades competentes"; o el artículo 8.e) *in fine* de la Ley Valencia 7/2001, que prevé que "En todo caso, no estará sujeta a este deber la información obtenida que (...) comporte una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona, o dé conocimiento de un posible hecho delictivo". En Galicia se contempla igualmente una cláusula de esta naturaleza en el artículo 11.3 Ley 4/2001, precepto que dispone que "Cuando en el transcurso de la mediación surgieran indicios de comportamientos que supongan una amenaza para la vida o integridad física o psíquica de alguna de las personas afectadas por la mediación, los mismos se pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal". Por tanto, el deber se restringe a los supuestos en que existan indicios de comportamientos que supongan una amenaza para la vida o integridad física o psíquica de alguna de las personas que se encuentren *afectadas* por la mediación.

⁸³ Véase, sobre esta excepción al deber de confidencialidad, E. Gutiérrez Hernán y F. Corzón Pereira: "Aspectos psicosociales", en E. Souto Galván: *Mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 300.

⁸⁴ El incumplimiento del deber de confidencialidad está tipificado como infracción muy grave en todas las Comunidades Autónomas: Aragón –art. 28.d) Ley 9/2011–, Asturias –art. 28.c) Ley 3/2007–, Baleares –art. 28.3.b) Ley 14/2010–, Canarias –art. 17.c) Ley 15/2003–, Galicia –art. 21.c) Ley 4/2001–, País Vasco –art. 29.m) Ley 1/2008–, Castilla y León –art. 23.e) Ley 1/2006–, Madrid –art. 24.e) Ley 1/2007–, con la excepción de Castilla-La Mancha que lo tipifica como grave –art. 31.3.a) Ley 4/2005–.

V. DESIGNACIÓN DE LOS MEDIADORES

En el artículo 20 de la Ley Andalucía 1/2009, se distinguen, a los efectos de la designación de la persona mediadora, dos posibles escenarios que dependen de la naturaleza de la mediación; concretamente el criterio depende del carácter gratuito o no de la mediación.

1. Designación en los casos en que las partes no tienen reconocido el derecho a la mediación gratuita

En los supuestos en los que las partes no tienen derecho a la mediación gratuita o no la han solicitado, serán ellas mismas las que “podrán solicitar al Registro que les facilite la lista de personas mediadoras para designar ellas, de común acuerdo, al profesional o la profesional que intervendrá en el proceso de mediación familiar”⁸⁵. Esta previsión resulta absolutamente razonable, pues son las partes las que deciden libremente el profesional que intervendrá en su proceso de mediación familiar. Para ello, el Registro Andaluz de Mediadores Familiares les facilitará, en caso de que así lo soliciten, un listado con todas las personas inscritas para que puedan elegir.

Sin embargo, existen otras dos hipótesis que se pueden suceder, en los supuestos en los que las partes no tienen reconocido el derecho a la mediación gratuita, como son:

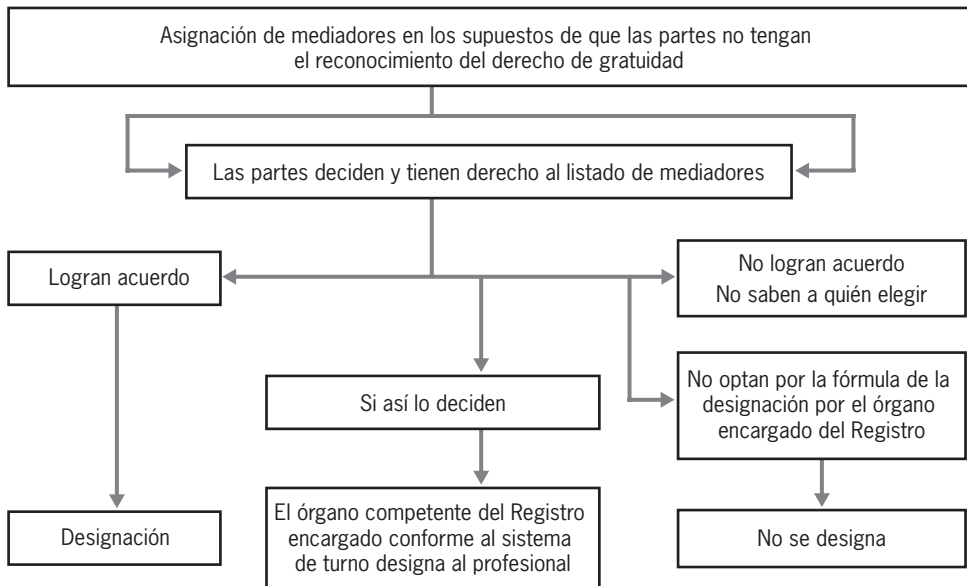
- a) No logran ponerse de acuerdo en la designación del profesional.
- b) No tienen criterio y solicitan que se les asigne un profesional.

En ambos casos, y siempre que así lo decidieran las partes, el órgano encargado del Registro designará a un profesional conforme al sistema de turno de reparto que tenga establecido la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de familia⁸⁶ (art. 21 Ley Andalucía y 13.1 y 20.1 Decreto Andalucía 37/2012) para la localidad donde se vaya a desarrollar la mediación⁸⁷.

⁸⁵ El Decreto Andaluz debería incluir, junto al listado de personas mediadoras, el correspondiente a equipos mediadores, siguiendo el ejemplo del artículo 15 de la Ley Castilla y León 1/2006.

⁸⁶ El artículo 21.2 de la Ley Andalucía 1/2009, atribuye la designación al “órgano encargado del Registro” y, en este sentido, el artículo 6.2 del Decreto Andalucía 37/2012, manifiesta que “el Registro dependerá orgánica y funcionalmente del Centro Directivo en materia de familia (...) sin perjuicio de la desconcentración de su gestión en las Delegaciones Provinciales”. Esta última previsión justifica el artículo 7.2.f) del mismo Decreto 37/2012, que atribuye a las Delegaciones Provinciales “la llevanza del sistema de turnos previsto en el artículo 13”.

⁸⁷ Para evitar problema en la puesta en marcha del sistema de turno, sería conveniente que se hubiera previsto, siguiendo el ejemplo del artículo 20 de la Ley País Vasco 1/2008, que la primera designación de la lista se efectuará por sorteo, y a partir de ella se efectuarán las siguientes por orden correlativo. Igualmente, por un principio de transparencia, la normativa andaluza debería contemplar expresamente el derecho a los mediadores inscritos y registrados en el sistema por turnos de tener acceso a los listados del turno para conocer el lugar que ocupan de forma actualizada.



2. Designación en los supuestos en que las partes (o una de ellas) tienen reconocido el derecho a la mediación gratuita

Cuando a las partes, o a una de ellas, se les reconozcan el derecho a la gratuidad en la mediación, corresponde de nuevo al órgano encargado del Registro la asignación del profesional que igualmente debe estar conforme al sistema de turno de reparto para la localidad donde se vaya a desarrollar la mediación.

3. Sistema por turnos

La Ley, como hemos visto en los apartados anteriores, hace referencia en varias ocasiones al sistema de turno de reparto para la asignación de los mediadores. Sin embargo, la regulación del mismo se ha efectuado por el Decreto Andalucía 37/2012, concretamente por el artículo 13, sin perjuicio de otras referencias como la contenida en el artículo 7.2.f) que le atribuye la llevanza del sistema a la Delegación Provincial competente en materia de familias.

En este sistema se integran los mediadores inscritos en el Registro que expresamente así lo soliciten y está previsto inicialmente para los supuestos en los que las partes (o una de ellas) tengan reconocido el derecho a la mediación gratuita aunque se extiende también a los casos en que las partes, sin tener reconocido el citado derecho, no logran elegir un

mediador o deciden que sea la propia Delegación Provincial quien lo haga⁸⁸. Por tanto, constituye un error grave confundir el sistema por turno con la mediación gratuita pues no siempre hay equivalencia o una correspondencia en la medida que el sistema por turno no siempre conlleva la existencia de una mediación gratuita y, sin embargo, la mediación gratuita siempre conlleva un sistema por turno para la designación del profesional.

A) *Procedimiento de designación*

La Delegación Provincial con competencia en materia de familias propondrá la designación de la persona mediadora que corresponda conforme al turno de reparto.

Una vez efectuada la propuesta de designación y antes de dictar la resolución, se trasladará a la persona mediadora y a las partes para que, en el plazo de diez días, puedan presentar las alegaciones que estimen oportunas incluidas las correspondientes a la abstención y recusación⁸⁹, si tuvieran conocimiento de la existencia de alguna de las causas contempladas –art. 20.2 Decreto Andalucía 37/2012– y el mediador deberá comunicar además “si puede iniciar o no, el proceso de mediación familiar” –art. 13.3 *in fine* Decreto Andalucía 37/2012–⁹⁰.

La resolución de designación de la persona mediadora se notificará a las partes (incluido el mediador) en un plazo no superior a dos meses contados desde la fecha en que la solicitud de designación hubiese tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación (Delegación Provincial con competencias en materia de familia) o, en su caso, desde que se hubiesen subsanado las deficiencias observadas.

En los casos en que la solicitud no se hubiese suscrito por todas las partes en conflicto, el plazo de dos meses comenzará a transcurrir desde el día siguiente en que quede acre-

⁸⁸ En el Decreto Galicia 159/2003, se prevé que el mediador será designado por la Consejería competente en materia de familia en los siguientes supuestos: “1. Acuerdo de las partes en la utilización del procedimiento de mediación pero no sobre el mediador. 2. Presentación de la solicitud de mediador por una sola de las partes. En estos supuestos la Consellería competente en materia de familia deberá recabar, con carácter previo a la designación del mediador, el consentimiento de la otra parte. 3. Interrupción de la mediación por desistimiento del mediador o por desacuerdo de las partes con el mediador, manteniendo la voluntad de continuar con el proceso de mediación, si no se designase un nuevo mediador por las partes. 4. Abstención o recusación del mediador designado, cuando las partes no lleguen a un acuerdo para la designación de un nuevo mediador” –art. 15–.

⁸⁹ Véase el epígrafe dedicado a la abstención y la recusación.

⁹⁰ El Decreto Cataluña 135/2012, es mucho más ágil en relación a los plazos. De esta manera la persona mediadora que, habiendo sido designada, no puede ser localizada a través de los medios de contacto habituales en un plazo de 2 días hábiles pierde la mediación asignada así como el orden del turno salvo que exista causa justificada. Una vez realizada la comunicación, en el plazo de 24 horas la persona mediadora tiene que manifestar expresamente si acepta o declina el encargo. La declinación exclusivamente se puede fundamentar en motivos profesionales, en los constitutivos de causa de abstención, o en motivos personales debidamente justificados (30.3 y 4).

ditada la voluntad, mediante la presentación del documento de aceptación del proceso en el Registro correspondiente firmado por cada una de las partes –art. 20.3 Decreto Andalucía 37/2012–.

Una vez descrito y analizado el procedimiento articulado por el Decreto andaluz en relación al sistema por turnos resulta conveniente, antes de pasar al epígrafe siguiente, realizar algunas observaciones, reflexiones sobre las carencias e insuficiencias del mismo y aportar algunas propuestas de *lege ferenda*, en orden a mejorar el sistema vigente.

Como hemos descrito anteriormente, la Delegación Provincial con competencia en materia de familias propondrá la designación de la persona mediadora que corresponda conforme al turno de reparto.

Esta es la única previsión del Decreto sobre el modelo del sistema por turnos; previsión que resulta a todas luces insuficiente.

En primer lugar partimos del hecho de que el sistema turnos se confeccionará conforme al sistema establecido por la Delegación Provincial –hecho que nos conduce a pensar que el sistema se articulará por provincias– pero no se concretan aspectos importantes como son los siguientes:

a) ¿Cómo se garantiza el orden de prelación en el sistema de turnos?

Esta cuestión requiere ser abordada con seriedad para evitar problemas y complicaciones innecesarias. La opción que parece más adecuada es aquella por la cual cada mediador, una vez solicitada su inscripción en el turno, se le asigna un código alfanumérico que permita conocer su posición en orden al sistema por turnos⁹¹.

b) ¿Puede un mediador estar inscrito en varios sistemas por turnos?

Esta es una cuestión importante, aunque inicialmente lo razonable será que el mediador ejerza su actividad exclusivamente en el lugar donde se halle su domicilio profesional. En el supuesto de ejercer la profesión en dos localidades dentro de la misma provincia tampoco habría problemas, pero ¿qué ocurre si ejerce la actividad en dos municipios de distintas provincias? En este último supuesto entiendo que no existiría inconveniente para que se inscribiera en los dos turnos pero en todo caso, para evitar situaciones que pudieran perjudicar la calidad del servicio, se le debería exigir la existencia de despacho profesional en ambas localidades.

⁹¹ En el caso de la Orden Castilla y León 1495/2007, prevé, sobre este particular, que “A los mediadores que, cumpliendo los requisitos para ello, se inscriban en el turno de oficio se les asignará un número de orden correlativo...Dicho número de orden se adjudicará en función del día y la hora de recepción del expediente completo en el registro general de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León” –art. 1–.

c) Cuáles son los criterios de asignación de los profesionales?

El único criterio que determina el Decreto Andalucía 37/2012, es aquel por el cual una vez que un mediador ha sido designado no inicie, no continúe su intervención, o en su caso, no comunique su disposición en el plazo de diez días pasará a ocupar el último lugar en el correspondiente turno, designándose este caso a la siguiente persona mediadora que corresponda... –art. 13.4–. De este precepto poco podemos extraer sobre los criterios, salvo que existirá un orden en el turno y que en el supuesto de que el mediador incurra en alguna de las acciones contempladas pasará a ocupar la última posición en ese listado y se designará al siguiente.

Con la regulación actual, que aporta una seguridad jurídica a los mediadores, se pierde flexibilidad en la medida que el sistema de turnos es provincial y los mediadores están, al menos teóricamente, todos incluidos en un turno correlativo. En consecuencia si con el sistema de turnos, es designado un mediador del municipio gaditano de Olvera y las partes son de Cádiz capital existirá, muy probablemente, un problema de movilidad. Es cierto que lo razonable será que cuando las Delegaciones provinciales organicen sus respectivos turnos tengan presente este aspecto, pero aun así se podrán producir agravios comparativos entre los distintos turnos provinciales.

Por esta razón entiendo que la mejor opción, y que debe ser recogida como una propuesta de *lege ferenda*, es la contemplada en la Orden Castilla y León 1495/2007, que establece como criterios el orden de inscripción y la menor distancia entre la localidad del domicilio del profesional y la localidad del domicilio de las partes –art. 2.1–⁹².

En la hipótesis de que las partes no residan en la misma localidad, se debe elegir, o al menos parece lo más sensato, entre los profesionales de la localidad más próxima a uno de los interesados, siendo razonable que si una de las partes es beneficiaria del servicio de mediación gratuita debe ser la localidad de esta última el punto de referencia para la designación del profesional⁹³. Este mismo criterio se debería seguir en los casos en que existen menores, personas con movilidad reducida, etc.

⁹² En Canarias los criterios de designación son el orden temporal de la inscripción en el turno y el partido judicial en el que el mediador desarrolle su actividad –art. 11.3 Decreto Canarias 144/2007–. Como curiosidad, en esta Comunidad Autónoma la designación corresponde al centro directivo competente en materia de justicia. En el caso de Valencia, sobre este particular, se manifiesta que “La Consejería competente en materia de mediación familiar regulará, mediante orden, los criterios que se utilicen para establecer el orden de prioridad entre las personas mediadoras registradas, con el fin de que el Centro de Mediación Familiar de la Comunitat Valenciana les remita, para efectuar la mediación, a quienes tengan reconocido el derecho a la mediación gratuita” –disposición adicional quinta Decreto Valencia 41/2007–.

⁹³ El Decreto Andalucía 37/2012, debería seguir el ejemplo del artículo 3.1 de la Orden 1495/2007, cuando dispone que “los números de orden asignados no tendrán carácter absoluto, sino que únicamente servirán para establecer la prelación a los efectos de la asignación de procedimientos de mediación familiar gratuita”.

Al margen de las consideraciones anteriores, entiendo que la posición en la lista dependerá del momento de la “solicitud” que realmente debe ser entendida como una comunicación previa. El mediador no deberá entregar ninguna documentación, salvo la solicitud, y la Administración no puede entrar a valorar la misma pues lo único que le corresponde es verificar que el mediador está inscrito en el Registro y darle de alta en el turno sin que quepa margen a la discrecionalidad.

Por último, sería conveniente que se contemplara expresamente el derecho de los mediadores a conocer en todo momento la posición que ocupan en el sistema.

B) Obligaciones de los mediadores y las consecuencias de los incumplimientos en el sistema por turnos

La solicitud de darse de alta en el sistema por turno por parte de los mediadores inscritos en el Registro Andaluz comporta una serie de obligaciones, entre las que destaca la correspondiente a participar en los procesos de mediación para los que hayan sido designados, con la excepción de que concurra una causa de abstención o recusación⁹⁴.

Una vez designado el mediador, si el mismo no iniciase, continuase o no comunicase su disposición en el plazo de diez días⁹⁵, el Decreto Andalucía prevé un retroceso en el sistema por turnos del profesional en la medida que “pasará a ocupar el último puesto en el sistema”⁹⁶, salvo que el mediador alegue una causa que se estime justificada por la Delegación competente en materia de familia –art. 13.4 *in fine* Decreto Andalucía 37/2012–. Entre estas causas debe encontrarse la imposibilidad de iniciación de la mediación por causas imputables a los mediados como se contempla, por ejemplo, en el artículo 15.4 del Decreto Castilla y León 61/2011.

Por último, el artículo 13.5 del Decreto Andalucía 37/2012, dispone que “contra las resoluciones dictadas en esta materia por la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de familias, podrá interponerse recurso de alzada ante la persona titular de la Consejería competente en materia de familias”.

⁹⁴ Véase el epígrafe dedicado a la abstención y la recusación.

⁹⁵ En el Decreto Cataluña 135/2012, el plazo previsto para que el mediador acepte la designación es de 24 horas.

⁹⁶ Todo ello sin perjuicio de que se pueda incoar el correspondiente expediente sancionador. En el Decreto Cataluña 135/2012, se prevé que “La persona mediadora que habiendo sido designada no pueda ser localizada para llevar a cabo una mediación, una vez se le haya enviado la designación pierde el turno que le corresponde y pasa al final del Registro de personas mediadoras” –art. 16.4–. En un sentido similar, el artículo 8.7 del Decreto Islas Baleares 66/2008, cuando dispone que: “La persona que haya sido designada y no pueda ser localizada para realizar la mediación, una vez que se le haya notificado de manera fehaciente según los datos que constan en el Registro de Mediadores, perderá el turno que le corresponda y pasará al final de la lista del turno de rotación”.

Esta redacción plantea algunas dudas, pues en los supuestos de designación por el sistema de turnos cuando no se ha reconocido o incluso no se ha solicitado la mediación gratuita, realmente las partes no están obligadas a asumir al mediador propuesto o asignado y les bastaría con acudir al listado y elegir uno. En los supuestos en que se ha reconocido el derecho de mediación gratuita tampoco plantea excesivos problemas pues si una de las partes no está conforme con la resolución de mediación, en virtud del principio de voluntariedad, basta con renunciar a la mediación. De todas maneras podría tener un sentido, en los supuestos de la existencia, en estos casos concretos, de recusación que no ha sido estimada por la Delegación Provincial.

Sin embargo, donde parece que tiene mucho sentido este recurso es desde la perspectiva del mediador cuando, por alguna de las causas previstas, se le imponga que “pasará a ocupar el último puesto en el sistema”. En estos supuestos, con independencia del origen de la designación del mediador, éste con una resolución de esta naturaleza se ve perjudicado en su ejercicio profesional y, por tanto, resulta razonable abrir esta vía de recurso.

VI. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA MEDIACIÓN GRATUITA

La solicitud de mediación gratuita se realizará junto con la designación del mediador y el documento de aceptación de las partes, tramitándose de forma simultánea.

De esta manera, la resolución de designación de la persona mediadora y en su caso, de reconocimiento del derecho a la mediación gratuita serán notificadas a las partes, en un plazo no superior a dos meses desde el momento en que tuvo entrada en el registro del órgano competente para resolver o, en su caso, desde que se hayan subsanado las deficiencias observadas⁹⁷.

Transcurridos los dos meses, sin que se haya recibido notificación de la resolución expresa, la solicitud de mediación familiar gratuita debe entenderse como desestimada (art. 20.4 Decreto Andalucía 37/2012).

Ante las resoluciones desestimatorias expresas o presuntas del derecho a la mediación gratuita se prevé la interposición de recurso de alzada ante la persona titular de la Consejería competente en materia de familias (art. 20.5 Decreto Andalucía 37/2012).

⁹⁷ No obstante, cuando no se haya suscrito por todas las partes en conflicto la solicitud de designación, el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente en que quedase acreditada la voluntad de todas las partes implicadas mediante la presentación en el Registro del documento de aceptación del proceso de mediación firmado por cada una de ellas (art. 20.3 *in fine* Decreto Andalucía 37/2012).

1. Supuestos ordinarios que dan lugar al reconocimiento del derecho

La Ley Andalucía 1/2009, manifiesta que “la mediación será gratuita para aquella parte que cumpla los requisitos económicos establecidos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, y demás normas aplicables”. Por tanto, en virtud de la citada previsión cualquier persona que reúna los requisitos de la Ley de asistencia gratuita estaría en disposición de que le fuera reconocido el citado derecho.

Sin embargo, el Decreto Andalucía 37/2012, introduce algunas matizaciones a las previsiones de la Ley cuando manifiesta, en su artículo 17.1, que “previa presentación de la correspondiente solicitud serán personas beneficiarias de la mediación gratuita aquellas que... cumplan los requisitos siguientes:

- a) Tener reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, al amparo de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, y demás normas aplicables, en relación con el mismo conflicto familiar para el que se solicita la mediación.
- b) Cumplir los requisitos económicos establecidos en la citada Ley 1/1996, de 10 de enero, en los términos del presente Reglamento”.

Al margen de los requisitos citados, se encuentra el relativo a la legitimación, al empadronamiento y a la residencia en alguno de los municipios andaluces (art. 2.3 Decreto Andalucía 37/2012), sin olvidar, como es lógico, que los conflictos que se pretendan abordar sean susceptibles de ser tratados mediante la mediación.

Por tanto, tras el Decreto Andalucía 37/2012, no resulta suficiente, como mantiene la Ley Andalucía 1/2009, que el solicitante reúna los requisitos económicos para ser beneficiario de la asistencia jurídica obligatoria sino que se precisa que “tenga reconocido el derecho” que no es igual que limitarse a reunir los requisitos para ello. Pero a su vez, y después de que quede reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita es necesario, en la medida que el requisito se contempla como acumulativo del anterior, que se cumplan los requisitos económicos establecidos en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. Esta previsión inicialmente parece una perogrullada pues si ha sido reconocido el derecho será como consecuencia de que se cumplen los requisitos establecidos. Sin embargo, como hemos expuesto, el Decreto, exige que se cumplan los requisitos “en los términos del presente Reglamento”.

De esta manera, una vez reconocido el derecho a la justicia jurídica gratuita, el solicitante debe acreditar que sus recursos e ingresos económicos, computados anualmente por to-

dos los conceptos y por unidad familiar, no superen el doble del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) vigente en el momento de efectuar la solicitud⁹⁸.

En este sentido, el Decreto Andalucía 37/2012, contempla como unidades familiares las siguientes:

- a) La integrada por los cónyuges no separados legalmente o por las parejas de hecho inscritas en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma Junta de Andalucía y, si los hubiere, los hijos e hijas menores con excepción de los que se hallaren emancipados.
- b) La formada por el padre, la madre o ambos y los hijos e hijas menores con excepción de los que se hallaren emancipados.

Estas unidades no difieren en gran medida, incluso en la redacción, de las recogidas en el artículo 3.2 de la Ley 1/1996, pues la única diferencia es que ésta última, en el primer supuesto, no recoge las parejas de hecho.

Por tanto, realmente no se aprecian unas diferencias significativas, salvo la mencionada en el párrafo anterior, entre los requisitos que dan lugar al nacimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita y a la mediación gratuita.

Esta casi ausencia de diferencia entre ambos regímenes o más bien la adopción de los criterios de la asistencia jurídica gratuita para la mediación familiar gratuita resulta absolutamente lógico. No tendría sentido que los requisitos para la obtención del derecho a la mediación gratuita fuesen más severos que los exigidos para la asistencia jurídica en la medida que la mediación como medio de solución extrajudicial de los conflictos tiene entre sus objetivos reducir la litigiosidad en los juzgados y tribunales. Por esta razón no parece muy sensato que los requisitos fuesen menos rígidos para obtener la asistencia jurídica gratuita cuando lo que se pretende es evitar los litigios judiciales.

Lo que no resulta tan sensato es que se exija el reconocimiento previo de la asistencia jurídica gratuita⁹⁹. Sería suficiente con que la Delegación Provincial en materia de familia verificara si se reúnen los requisitos para la obtención de la asistencia jurídica, sin exigir

⁹⁸ El artículo 18.1 del Decreto Andalucía manifiesta que “De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, se reconocerá el derecho a la mediación familiar gratuita a aquellas personas físicas cuyos recursos e ingresos económicos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, no superen el doble del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) vigente en el momento de efectuar la solicitud”. Sin embargo, realmente el artículo 3.1 de la Ley 1/1996, se refiere al salario mínimo profesional.

⁹⁹ En las Comunidades de Asturias y Canarias, entre otras, se dispone, en un sentido muy similar a lo articulado para Andalucía, que “la prestación del servicio de mediación será gratuita para quienes reúnan la condición de beneficiarios del derecho de asistencia jurídica gratuita...” (arts. 26.1 Ley Asturias 3/2007, y 21 Ley Canarias 15/2003).

este reconocimiento, sobre todo teniendo presente que es aquella misma institución la que reconoce el derecho a la mediación gratuita¹⁰⁰.

La única excepción podría ser aquella en la que se inicia la mediación, una vez iniciado el proceso judicial, y donde las partes tienen reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita¹⁰¹. En este supuesto debería ser suficiente demostrar que se dispone del reconocimiento del citado derecho.

En este escenario se propone de *lege ferenda* una nueva redacción del artículo 17 del Decreto Andalucía 37/2012, con el fin de reconocer el derecho a la mediación gratuita a:

- a) Los que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.
- b) Los que reúnan las condiciones para que les pudiera ser reconocida la asistencia jurídica gratuita, incluyendo como modalidad de unidad familiar las parejas de hecho inscritas en el Registro de Parejas de Hecho de Andalucía.
- c) Los que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 18.3 del Decreto Andalucía 37/2012.

¹⁰⁰ La Ley Galicia 4/2001, resulta más clara y práctica en este sentido cuando manifiesta que “la prestación del servicio de mediación será gratuita para todas aquellas personas que reúnan, o puedan reunir, la condición de beneficiarias del derecho de asistencia jurídica gratuita...” (art. 9.1).

¹⁰¹ En Aragón se prevé, como uno de los supuestos, que el servicio de mediación será gratuito en el caso de “iniciación de la mediación por la Autoridad Judicial, los solicitantes deberán tener reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita” [art. 24.1.b) Ley 9/2011].

Requisitos ordinarios para el reconocimiento del derecho a la mediación gratuita		
Estar empadronado y tener la residencia en alguno de los municipios andaluces (art. 2.3 Decreto Andalucía 37/2012)		
Estar legitimado	<p>Art. 3 Ley Andalucía 1/2009</p> <p>a) Personas unidas por vínculo conyugal, o integrantes de parejas de hecho conforme a la definición dada por el artículo 3.1 de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho.</p> <p>b) Personas con descendientes comunes no incluidas en el apartado anterior.</p> <p>c) Hijos e hijas biológicos.</p> <p>d) Personas unidas por vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad.</p> <p>e) Personas adoptadas o acogidas y sus familias biológicas, adoptivas o acogedoras.</p> <p>f) Personas que ejerzan funciones tutelares o de curatela respecto de quienes estén bajo su tutela o curatela.</p>	
	<p>Conflictos que en el ámbito privado surjan entre las personas mencionadas en el artículo 3, sobre los que las partes tengan poder de decisión, y siempre que guarden relación con los siguientes asuntos:</p> <p>a) Los procedimientos de nulidad matrimonial, separación y divorcio.</p> <p>b) Las cuestiones relativas al derecho de alimentos y cuidado de personas en situación de dependencia, conforme a la definición reflejada en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y la Atención a las Personas en Situación de Dependencia.</p> <p>c) Las relaciones de las personas menores de edad con sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, personas tutoras o guardadoras.</p> <p>d) El ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela.</p> <p>e) Los conflictos derivados del régimen de visitas y comunicación de los nietos y nietas con sus abuelos y abuelas.</p> <p>f) Los conflictos surgidos entre la familia adoptante, el hijo o hija adoptado/a y la familia biológica en la búsqueda de orígenes de la persona adoptada.</p> <p>g) Los conflictos surgidos entre la familia acogedora, la persona acogida y la familia biológica.</p> <p>h) La disolución de parejas de hecho.</p>	
<i>Conflictos deben ser susceptibles de ser abordados mediante la mediación</i>		
Tener reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, al amparo de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, y demás normas aplicables, en relación con el mismo conflicto familiar para el que se solicita la mediación.		
Cumplir los requisitos económicos establecidos en la citada Ley 1/1996, de 10 de enero, en los términos del presente Reglamento.	1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, se reconocerá el derecho a la mediación familiar gratuita a aquellas personas físicas cuyos recursos e ingresos económicos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, no superen el doble del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) vigente en el momento de efectuar la solicitud.	Constituyen modalidades de unidad familiar las siguientes: a) La integrada por los cónyuges no separados legalmente o por las parejas de hecho inscritas en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma Junta de Andalucía y, si los hubiere, los hijos e hijas menores con excepción de los que se hallaren emancipados. b) La formada por el padre, la madre o ambos y los hijos e hijas menores con excepción de los que se hallaren emancipados.

2. Supuestos extraordinarios

El Decreto Andalucía 37/2012, contempla dos situaciones de “reconocimiento excepcional”, que requieren, como es razonable, que se cumplan los requisitos de legitimación, y el concerniente al empadronamiento que hemos expuesto en el epígrafe anterior.

En primer lugar cuando la persona solicitante ostente la condición de ascendiente de una familia numerosa de categoría especial¹⁰², es decir, las familias integradas por¹⁰³:

- Cinco o más hijos¹⁰⁴.
- Cuatro hijos de los cuales al menos tres procedan de parto, adopción o acogimiento permanente o preadoptivo múltiples¹⁰⁵.
- Familias con cuatro hijos cuando sus ingresos anuales, divididos por el número de miembros que las componen, no superen en cómputo anual el 75% del salario mínimo interprofesional vigente, incluidas las pagas extraordinarias¹⁰⁶.

Y, en segundo lugar, se encuentran las personas con discapacidad señaladas en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, así como a las personas que las tengan a su cargo cuando actúen en un conflicto familiar en su nombre e interés.

En este sentido, conforme al artículo 1.2 de la citada Ley son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. Sin embargo, el mismo precepto señala que, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%. Y, en todo caso, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los

¹⁰² Son ascendientes a los efectos de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, “al padre, a la madre o a ambos conjuntamente cuando exista vínculo conyugal y, en su caso, al cónyuge de uno de ellos. Se equipara a la condición de ascendiente a la persona o personas que, a falta de los mencionados en el párrafo anterior, tuvieran a su cargo la tutela o acogimiento familiar permanente o preadoptivo de los hijos, siempre que éstos convivan con ella o ellas y a sus expensas” (art. 2.3).

¹⁰³ Debe tenerse presente, como prevé el artículo 4.3 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, que cada hijo discapacitado o incapacitado para trabajar computará como dos para determinar la categoría en que se clasifica la unidad familiar de la que forma parte.

¹⁰⁴ Artículo 4.1.a) de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

¹⁰⁵ Artículo 4.1.a) de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

¹⁰⁶ Artículo 4.2 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

En ambos supuestos se requiere que la unidad familiar no supere el cuádruplo del IPREM vigente en el momento de efectuar la solicitud.

El artículo 18.3 del Decreto Andalucía 37/2012, en una lectura inicial, parece que en los supuestos expuestos se “procederá al reconocimiento excepcional del derecho a la mediación familiar gratuita”, como fruto de un acto reglado. Si esto fuese así no parece necesario hacer referencia a un reconocimiento excepcional. Sin embargo, cuando se analiza el artículo 18.3.a) del Reglamento, que contempla el supuesto de las familias numerosas especiales, se observa que existe discrecionalidad cuando se manifiesta que “el órgano competente *podrá conceder* excepcionalmente, mediante resolución motivada, el reconocimiento del derecho...”.

En el supuesto segundo, el relativo a las personas con discapacidad, el elemento de discrecionalidad no parece existir cuando el artículo 18.3.b) dispone que “en las mismas condiciones económicas previstas en el apartado anterior, las personas con discapacidad...”.

Estas condiciones económicas son, como hemos expuesto, que no supere el cuádruplo del IPREM vigente en el momento de efectuar la solicitud y, por tanto, si procedemos a una lectura conjunta del apartado tercero del artículo 18 y de la letra a) del mismo apartado el resultado es el siguiente:

Se procederá al reconocimiento excepcional del derecho a la mediación familiar gratuita a las personas con discapacidad señaladas en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, cuando no se supere el cuádruplo del IPREM vigente en el momento de efectuar la solicitud. Con la redacción actual, la discrecionalidad no tiene espacio en este supuesto.

En este escenario, el único reconocimiento excepcional es el previsto para las familias numerosas especiales, pues el concerniente a las personas con discapacidad parece ser un supuesto reglado y ordinario.

3. Comprobación y verificación de la insuficiencia económica

La solicitud para la concesión del beneficio de la mediación familiar gratuita implicará la autorización para que el órgano competente recabe a las Administraciones, Registros públicos u organismos públicos competentes la información que resulte necesaria para comprobar la capacidad económica de los solicitantes, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

En todo caso, se podrán recabar los datos de renta y patrimonio de la Agencia Tributaria, así como los facilitados por el Catastro Inmobiliario, en relación a los valores catastrales de las fincas rústicas y urbanas pertenecientes a las personas solicitantes, excluida la vivienda habitual.

El Decreto Andalucía 37/2012, incluso prevé otros mecanismos de control o comprobación de la insuficiencia de recursos cuando dispone que se tendrán en cuenta además de las rentas y otros bienes patrimoniales o circunstancias que declare la persona solicitante, los signos externos que manifiesten su real capacidad económica, negándose el derecho a la mediación familiar gratuita si dichos signos revelan con evidencia que ésta dispone de medios económicos que superan los límites fijados en el presente Reglamento.

En este sentido, la circunstancia de ser la persona solicitante propietaria de la vivienda en que resida habitualmente, no constituirá por sí misma obstáculo para el reconocimiento del derecho, siempre que aquélla no sea suntuaria.

VII. FASES DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN FAMILIAR^{107,108}

1. Inicio del procedimiento

El inicio del procedimiento de mediación familiar, como manifiesta el artículo 20 de la Ley Andalucía 1/2009, se producirá a petición de todas las partes en conflictos o a instancia de una ellas^{109,110}. En este último caso, la Ley Andalucía 1/2009, requiere que aquella

¹⁰⁷ En el proyecto de ley remitido al Parlamento, la regulación del procedimiento de mediación era muy parca y exclusivamente contemplaba, en su capítulo IV, los artículos dedicados al desarrollo de las actuaciones de mediación (art. 17), la designación de la persona mediadora (art. 18), el contenido de los acuerdos (art. 19) y, por último, los supuestos de gratuidad de la prestación (art. 20) (*Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 70, de 5 de septiembre de 2008). La composición final del capítulo IV fue el fruto de distintas enmiendas del Grupo Parlamentario Socialista. De este modo, la enmienda 23 es la responsable de la redacción del vigente artículo 20, en el proyecto el artículo 17, que tenía una redacción y un contenido difícil de definir cuando manifestaba: “Reglamentariamente se determinará el procedimiento de mediación familiar, en el que deberá regularse, al menos, el modo de inicio, siempre a solicitud de los interesados, el desarrollo del procedimiento y constatación de las respectivas actas; la duración y el modo de finalización”. La enmienda 24 incorporó al texto el actual artículo 20 *Inicio*, la enmienda 25 es la responsable del artículo 22 *Reunión inicial*, la enmienda 26 incorporó el artículo 23 *Desarrollo del procedimiento*, la enmienda 27 introdujo el artículo 24 *Duración del procedimiento* y, por último, a la enmienda 28 se debe el artículo 25 *Finalización del procedimiento*. Véase el contenido de las enmiendas en *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 130, de 3 de diciembre de 2008) y el informe de la Ponencia donde se aceptaron e incorporaron al proyecto las citadas enmiendas (*Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 139, de 17 de diciembre de 2008).

¹⁰⁸ Véase, sobre las fases del proceso de mediación familiar, R. Luquin Bergareche: *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2007, pp. 121-151 y J. G. Portela: “Estructura y fases de la mediación”, en H. Soletto Muñoz y M. Otero Parga: *Mediación y solución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 225-233.

¹⁰⁹ El artículo 20 de la Ley Andalucía 1/2009, fue fruto de la enmienda 24 del Grupo Parlamentario Socialista. Véase el informe de la Ponencia (*Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 139, de 17 de diciembre de 2008).

¹¹⁰ En puridad el proceso de mediación familiar no comienza hasta el momento en que se celebra la reunión inicial que es en la que se el que determina el *dies a quo* del cómputo de los plazos del proceso. Véase el epígrafe dedicado a la duración del procedimiento. Así el artículo 25.1 del Decreto Andalucía 37/2012, manifiesta

acredite su consentimiento en el plazo de un mes desde que se solicita la mediación (art. 20). Entiendo que esta previsión está contemplada para los supuestos de mediación con reconocimiento del derecho de gratuidad o cuando las partes, o una de ellas, solicita a la Administración la designación del profesional¹¹¹. En los casos de mediaciones privadas, la Administración no tiene constancia del inicio de un proceso de mediación y será el mediador el que, en el supuesto de que la mediación sea solicitada exclusivamente por una de las partes en conflicto, el que podría ponerse en contacto con la otra u otras partes para que muestren su conformidad para iniciar el proceso que podría tener un plazo de un mes para prestar su consentimiento. Con todo, resulta más sencilla la fórmula por la que el profesional convoca a todas las partes para la reunión inicial, y la no comparecencia de una de las partes supondrá la carencia de voluntad de comenzar el proceso.

2. Duración del procedimiento

La duración del procedimiento de mediación es una cuestión significativa en la medida que resulta conveniente, por no decir necesario, para un adecuado desarrollo del proceso, que desde el inicio de la actividad mediadora, las partes, entre las que se incluye el mediador o en su caso el equipo de mediadores, tengan presentes los plazos que disponen para lograr un acuerdo.

Resulta innegable la dificultad para determinar la duración de un procedimiento concreto, pues como bien dispone el artículo 24.1 de la Ley Andalucía 1/2009, puede depender de “la naturaleza, complejidad y conflictividad de las cuestiones objeto de mediación planteadas por las partes”. Con todo, la Ley exige a la persona mediadora que una vez que haya escuchado a las partes, realice una “previsión razonable” de la duración del proceso.

A) Plazo máximo de los procedimientos

El plazo máximo para el desarrollo de una mediación será de tres meses, a contar desde el momento en que se levante el acta inicial¹¹². El Decreto Andalucía 37/2012, a diferencia de las restantes normas autonómicas, determina incluso el número de sesiones y la duración máxima de las mismas. De este modo, se prevé que el número máximo de sesiones

que “Levantada el acta (de la reunión inicial) se iniciará el proceso de mediación que se desarrollará de acuerdo a las pautas fijadas por las partes en conflicto y la persona mediadora”.

¹¹¹ Véase el epígrafe dedicado al Sistema de turnos.

¹¹² El plazo máximo fijado por la Ley Andalucía 1/2009, es el más común en el resto de las leyes autonómicas: Ley Baleares 14/2010 –art. 15–; Ley Castilla y León 1/2006 –art. 16.2–; Ley Castilla-La Mancha 4/2005 –art. 20.1–; Ley Valencia 7/2001 –art. 18–; Ley Asturias 3/2007 –art. 13–; Ley Canarias 15/2003 –art. 13–; Ley Galicia 4/2001 –art. 14–. En otras como es el caso del País Vasco se prevé un plazo de cuatro meses (Ley País Vasco 1/2008 –art. 23–), en Aragón y Cataluña son 60 días (Ley Aragón 9/2011 –art. 18–, Ley Cataluña 15/2009 –art. 27– y Decreto Cataluña 135/2012 –art. 34.5–).

por proceso de mediación será de seis, salvo que por causa justificada, tuvieran que ser ampliadas; serán sesiones que tendrán una duración máxima de sesenta minutos¹¹³. La ampliación del número de sesiones estimamos que debe ser una prerrogativa del mediador que es al que debe corresponder valorar la existencia de causa justificada. Cabe interrogarse, en los casos de prórroga, que analizaremos en el apartado siguiente, cuál es el máximo de sesiones permitidas. En este supuesto el número máximo será de otras seis pero, entiendo que la propuesta razonada debe incluir este aspecto.

El incumplimiento del plazo máximo está tipificado como infracción grave cuando no exista causa justificada [art. 30.d) Ley Andalucía 1/2009].

B) Prórroga del plazo máximo de los procedimientos de mediación

La Ley Andalucía 1/2009, prevé que “cuando se aprecie la necesidad de ampliar el plazo previsto en el apartado anterior para la consecución del acuerdo, se podrá proponer que se prorrogue por un período que no excederá de otros tres meses” –art. 24.2–.

Esta última previsión ha sido desarrollada por el Decreto Andalucía 37/2012, que despeja muchas de las incógnitas que suscita la Ley y entre las que se encuentran: ¿quién o quiénes deben solicitar la prórroga? ¿Se tiene que autorizar o bastará la mera solicitud? ¿Ante quién se solicitará, en su caso, la prórroga? ¿Cuál es el plazo de solicitud? ¿Qué plazo hay de resolución? ¿Qué efectos tiene el silencio? En caso de que la resolución sea desestimatoria, ¿existen vías de recurso?

La facultad de solicitar la prórroga corresponde a las personas mediadoras y a las partes que deben estar todas conformes por una cuestión de sentido común. Si el mediador, como profesional, estima que no es necesaria una prórroga, ¿qué sentido tiene continuar?; y si las partes, o alguna de ellas, rechazan la posibilidad de prórroga, igualmente no tiene sentido la solicitud, pues uno de los principios básicos de la mediación es la voluntariedad, sin olvidar la presencialidad¹¹⁴.

¹¹³ El Decreto Cataluña 135/2002, fija también en seis el número máximo de sesiones es seis en las mediaciones en las que participen hasta cuatro partes –art. 34.1–, si bien el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña, con carácter excepcional, puede autorizar, a petición conjunta de las partes y de la persona mediadora, un número mayor de sesiones cuando la complejidad y naturaleza del asunto y, en su caso, el número de partes lo aconsejen. La duración máxima de las sesiones en esta Comunidad será de 90 minutos –art. 34.4–.

¹¹⁴ En este sentido el artículo 15.1 de la Ley Baleares 14/2010, dispone que “El mediador o la mediadora y las partes pueden acordar, si lo consideran adecuado, prorrogar este plazo por el tiempo que el mediador o la mediadora considere necesario en relación con la expectativa de acuerdo existente”. Esta concepción parece razonable y más apegada a la autonomía de la voluntad de las partes pues todas ellas son las que deciden prorrogar el plazo, conforme al criterio del profesional mediador. En un mismo sentido, se manifiesta el artículo 34.1 Decreto Cataluña 135/2012. Aunque, por ejemplo, el artículo 18 de la Ley Aragón 9/2011, sólo requiere una propuesta razonada del mediador familiar, pero entiendo que ello no impide que haya un previo acuerdo entre las partes y el

El sistema andaluz opta por una doble condición para la existencia de prórroga del plazo máximo de tres meses: a) el acuerdo de las partes, entre las que se incluye el mediador, y b) la autorización por el órgano competente de la Administración.

De esta manera, la solicitud de la prórroga del plazo inicialmente previsto para el proceso de mediación se realizará mediante escrito razonado, entendiéndose que debe estar firmado por todas las partes y el mediador. Esta solicitud habrá de presentarse al menos 15 días antes de la finalización de los tres meses desde la fecha del acta de iniciación ante la persona titular de la Delegación de la Consejería competente en materia de familias¹¹⁵.

La persona titular de la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de familias resolverá la solicitud de autorización en un plazo máximo de 15 días a contar desde la fecha de presentación de la misma en el registro del órgano competente en la materia para resolver.

C) Reflexiones en torno a la duración de los procesos de mediación

Ni la Ley Andalucía 1/2009, ni el Decreto Andalucía 37/2012 dicen nada sobre el sentido del silencio y tampoco sobre la posibilidad de recurso en los supuestos de negativa de la autorización de prórroga a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el artículo 20 del Decreto Andalucía 37/2012, en relación a la designación de la persona mediadora y al reconocimiento del derecho a la mediación gratuita.

Este hecho debe hacernos pensar varias cuestiones de fondo sobre el procedimiento de mediación que salen a la luz al abordar el tema de la duración del mismo. Así, resulta necesario plantearse si la Ley y el Reglamento pueden entrar a regular en todos los procedimientos, ya sean gratuitos u ordinarios, el número de sesiones, la duración máxima de las mismas e incluso someter a autorización una posible prórroga.

Resulta compleja una una respuesta unitaria para todos los procedimientos de mediación. Pero si distinguimos entre los ordinarios, es decir, aquellos en los que dos particulares de

mediador. Más taxativo es el artículo 16.2 Ley Castilla y León 1/2006, cuando reserva esta facultad en exclusiva en manos del mediador cuando dispone que “En casos excepcionales y debidamente justificados, a juicio de la persona mediadora, la duración podrá ser prorrogada por otros tres meses más”.

¹¹⁵ En algunas Comunidades Autónomas basta con el acuerdo de las partes y el mediador, como en el artículo 15.1 de la Ley Baleares 14/2010, o en el supuesto del artículo 16.2 de la Ley Castilla y León o Ley Castilla-La Mancha 4/2005 –art. 20.1–. En el País Vasco se prevé que “en situaciones en que, transcurrido ese plazo, se aprecie la posibilidad de llegar a acuerdos y se solicite expresamente por ambas partes, la persona mediadora podrá prorrogar la mediación por un plazo máximo de otros dos meses”. En consecuencia, es una facultad del mediador que requiere una solicitud expresa por las partes que intervienen en el proceso –Ley País Vasco 1/2008 (art. 23)–. En otras Comunidades Autónomas, como es el caso de Asturias, no queda claro si se debe solicitar autorización pues exclusivamente se prevé la posibilidad de prórroga “cuando se aprecie su necesidad a solicitud de las partes o del propio mediador familiar” –Ley Asturias 3/2007 (art. 13)–.

manera absolutamente privada deciden acudir a un profesional mediador para solventar un problema familiar, de aquellos gratuitos en los que los particulares son beneficiarios de la mediación gratuita y donde corresponde a la Administración la designación de los profesionales que intervendrán, resulta más sencillo.

En los procedimientos ordinarios no resulta razonable que sea el Ejecutivo el que determine el número máximo de sesiones o el número máximo de minutos por cada una de ellas. Incluso carece de justificación la necesidad de solicitar una autorización de prórroga en la medida que son los particulares los que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad deciden acudir a un profesional. En estos supuestos, debe ser el profesional el que decida el número de sesiones o su duración y serán los particulares los que deberían decidir si continúan haciendo uso de los servicios del profesional o no. Sí que parece razonable fijar un plazo máximo para evitar una prolongación indefinida de un procedimiento, pero la prórroga en estos casos la deberían decidir libremente las partes y el mediador, como ocurre en distintas Comunidades Autónomas¹¹⁶.

En cambio, en los supuestos de procedimientos de mediación gratuita, nos encontramos ante un servicio público en el que corresponde a la Administración seguir los procedimientos y abonar los emolumentos a los profesionales que prestan sus servicios. En estos supuestos sí es razonable que se determinen el número máximo de sesiones y el tiempo de las mismas, en la medida que se suele retribuir a los mediadores por sesión, e incluso se acostumbra a someter a autorización la prórroga. El procedimiento de autorización en estos casos sería un auténtico procedimiento administrativo y, por tanto, en los supuestos en que fuese desestimatoria podría interponerse recurso de alzada ante el titular de la Consejería competente en materia de familia, pudiendo ser oportuno incluso un informe, debido al carácter técnico del órgano, del Consejo Andaluz de Mediación Familiar aunque para ello haya que ampliar las funciones que tiene atribuidas este órgano en el Decreto Andalucía 37/2012. Igualmente la falta de resolución en plazo es susceptible de producir un silencio administrativo positivo conforme al artículo 43 de la Ley 30/1992¹¹⁷.

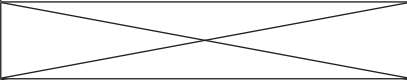

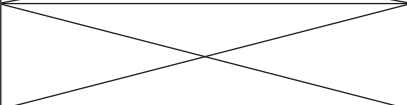
¹¹⁶ Véase nota 114.

¹¹⁷ En este sentido resulta muy acertada la regulación del Decreto Cataluña 139/2002, cuando, en su artículo 13 *Supuestos de mediación sujetos al Reglamento*, dispone que: "1. Las personas que pueden pedir la designación de una persona mediadora son las personas que cumplen los requisitos del artículo 5 de la Ley y las dos o una de las partes tienen reconocido el derecho a la asistencia gratuita o cumplen los requisitos para dicho reconocimiento y formulan la correspondiente solicitud. El Centro también designará la persona mediadora en virtud de la resolución judicial dictada en los procesos que se siguen por los conflictos que especifica el citado artículo 5 de la Ley. 2. Las personas que no reúnen los requisitos del apartado anterior y desean el servicio de un mediador o mediadora pueden consultar la relación de personas mediadoras del Centro. A estas mediaciones les es de aplicación el capítulo V de la Ley, de acuerdo con el contenido del artículo 24.3 de la misma Ley". Por tanto, todos los demás supuestos no se someterán al Reglamento. Véase, en un sentido, similar, el artículo 6 de la Ley Baleares 14/2010.

Régimen actual en materia de duración del procedimiento de mediación

	Proceso ordinario de mediación familiar	Proceso gratuito de mediación familiar
Plazo máximo	3 meses desde el acta de iniciación.	
Prórroga	3 meses máximo.	
Requisitos para la prórroga	Acuerdo entre todas las partes, incluido el mediador. Presentación de la solicitud ante el titular de la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de familia antes de 15 días de la finalización del plazo máximo.	
Plazo de resolución	15 días.	
Silencio administrativo	„„„„„„„„„	
Recursos	„„„„„„„„„	

Propuestas de lege ferenda en materia de duración del procedimiento de mediación

	Proceso ordinario de mediación familiar	Proceso gratuito de mediación familiar
Plazo máximo	3 meses desde el acta de iniciación.	
Prórroga	3 meses máximo.	
Requisitos para la prórroga	Acuerdo entre todas las partes, incluido el mediador. Presentación de la solicitud ante el titular de la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de familia antes de 15 días de la finalización del plazo máximo.	Acuerdo entre todas las partes, incluido el mediador.
Plazo de resolución		
Silencio administrativo		
Recursos		

3. Reunión inicial

Una vez designado el profesional que intervendrá en el proceso de mediación, se prevé que aquel convocará a las partes en conflicto a una reunión inicial. Esta reunión tendrá un doble objeto o naturaleza.

El primer objeto, naturaleza formal, tiene como propósito informar a las partes de sus “derechos, deberes, de los principios rectores de la mediación, de las características del procedimiento, de la duración, de los honorarios profesionales, en su caso” (art. 22 Ley Andalucía 1/2009), y, cuando sea preciso, sobre la necesidad de recibir asesoramiento jurídico o sobre la conveniencia de la intervención de otro u otra profesional para la redacción del acuerdo que se alcance (art. 24.1 Decreto Andalucía 37/2012)¹¹⁸. Esta información tiene por objeto proporcionar a las partes el conocimiento adecuado para decidir libremente sobre la intervención en el proceso de mediación¹¹⁹.

La Ley exclusivamente tipifica como infracción leve expresamente la falta de información por parte del mediador, con carácter previo del proceso, sobre el coste de la mediación en los supuestos de no gratuidad [art. 29.b) Ley Andalucía 1/2009]. Sin que ello sea obstáculo para poder sancionar la falta de información previa al proceso sobre las características y la finalidad del procedimiento, pues este es un deber que se contempla en el artículo 16 de la Ley y el incumplimiento de cualquier otro deber que incumba a la persona mediadora, contenido en el citado artículo, que no esté calificado como infracción grave o muy grave será constitutivo de una infracción leve [art. 29.d) Ley Andalucía 1/2009].

El segundo objeto, de naturaleza material, comienza con la exposición por la partes, de las cuestiones en conflicto y los motivos para acudir a este mecanismo para solventarlo. Es en este momento cuando el profesional debe determinar la pertinencia o no de la mediación.

¹¹⁸ En Baleares se exige al mediador, en la reunión inicial, al margen del deber de informar a las partes, verbalmente y de manera comprensible, de las características principales del proceso de mediación y de sus efectos, que les entregue “un pliego que contenga los principios por los que se rige la mediación y los derechos y las obligaciones de ambas partes” [art. 13.b) Ley Baleares 14/2010]. En algunas Comunidades Autónomas se exige al mediador en la primera reunión que informa sobre la mediación gratuita, véase art. 18.2 Decreto Castilla y León 61/2011.

¹¹⁹ En el caso de la Ley País Vasco 1/2008, se exige que en la reunión inicial “las partes acreditarán su identidad y sus vínculos conyugales, familiares, de pareja de hecho o convivenciales mediante cualquier modo admitido en Derecho y de igual modo la persona mediadora acreditará su condición” [art. 21.1.a)]. En un sentido similar, el artículo 13.1.a) Ley Baleares 14/2010, cuando dispone que: “a) Las partes tienen que acreditar sus datos personales, y tienen que consignar el nombre y los apellidos, el documento nacional de identidad (o un documento equivalente), la mayoría de edad –o, si no, la emancipación– y la residencia habitual. También tienen que consignar la condición civil de matrimonio, soltería, viudedad, separación o divorcio; la circunstancia de constituir pareja estable, de hecho o grupo de convivencia, y, si procede, el régimen económico matrimonial o de la pareja”. Estas cautelas resultan muy acertadas, tanto en los casos en que la designación del profesional se ha realizado por la Administración como cuando han sido los particulares los que han decidido el mediador por un principio de seguridad jurídica, fundamentalmente, ante la naturaleza de los acuerdos que se pueden adoptar.

El profesional no debe iniciar el proceso si estimase que resulta inviable¹²⁰ y especialmente cuando se hallasen situaciones de violencia de género o malos tratos hacia algún miembro de la familia (art. 24.2 Decreto Andalucía 37/2012).

Como, ya expusimos en su momento, podemos apreciar que el Decreto determina de forma muy amplia a los sujetos pasivos de los malos tratos o de la violencia de género, cuando se refiere a “algún miembro de la familia” y entiendo que, entre otras cuestiones, no debe extenderse a todos los miembros de la familia pues bastará que entre las partes que pretendan abordar un conflicto mediante la mediación no existan este tipo de fenómenos violentos.

El Decreto exige que la decisión de no iniciar el proceso sea comunicada, por escrito y de forma razonada, a las partes y a la Delegación Provincial competente en materia de familia en el plazo de diez días (art. 24.3 Decreto Andalucía 37/2012). Como es razonable, en el supuesto de que el profesional decida no iniciar el proceso de mediación, debe comunicarlo a las partes y debe hacerlo de forma razonada pero la comunicación a la Administración, pese a ser obligatoria, no parece necesaria en los casos en que las partes no tienen reconocido el derecho a la mediación gratuita y, por tanto, el mediador no ha sido designado por la Administración mediante el sistema de turnos. El sentido de la comunicación parece que se circunscribe a la necesidad de la Administración de conocer el desarrollo de un servicio público, que es como debe ser considerada la mediación gratuita, y poder actuar en consecuencia, designando un nuevo mediador o dando por finalizado el proceso de mediación. Y, por tanto, en los demás supuestos parece una intromisión en la esfera privada de las partes.

En el supuesto de que sea viable el inicio del proceso, o así lo parezca, se concretarán las cuestiones que serán objeto de medición y se planificarán las sesiones a realizar.

De la reunión inicial, el profesional levantará un acta donde constarán, como explicita la Ley Andalucía 1/2009, el lugar y fecha de celebración, las personas que han participado, el objeto de la mediación y la aceptación por las partes de los principios y deberes de la mediación (art. 23.1). Además, debe constar el reconocimiento de la plena capacidad de obrar de las partes y de la voluntariedad de las mismas para acceder a la mediación, así como la posibilidad de que las personas usuarias puedan presentar sugerencias o quejas sobre el mismo, dirigidas a la Delegación Provincial competente en materia de familias (art. 24.3 Decreto Andalucía 37/2012).

Este acta será firmada por todas las partes en conflicto y por la persona mediadora, siguiendo la expresión del artículo 23.1 *in fine* de la Ley Andalucía 1/2009, que a su vez reproduce la contenida en el artículo 22 Ley País Vasco 1/2008, “como prueba de enten-

¹²⁰ Véase el epígrafe sobre las formas de finalización del proceso de mediación, pues muchas de las causas que dan por finalizado el procedimiento pueden, cuando sean detectadas en la reunión inicial, impedir que comiencen.

dimiento y aceptación de las condiciones de la mediación”¹²¹ y se entregará copia de la misma a cada una de las partes (art. 24.4 Decreto Andalucía 37/2012)^{122,123}.

Pese a la previsión de la Ley no me parece razonable que se tenga que entregar el acta de la reunión inicial, con el contenido que hemos descrito, pues como hemos expuesto el objeto principal es servir de aceptación de la mediación. Por tanto, en los casos en que el mediador decida, en la reunión inicial no continuar con el procedimiento entiendo que debería ser suficiente con la comunicación prevista en el artículo 24.2 del Decreto Andalucía 37/2012. Por este motivo, de *lege ferenda* sería oportuno que exclusivamente fuese preceptivo el levantamiento del acta de la primera reunión cuando el mediador –con independencia de la posición de alguna de las partes en cuanto al conflicto o al proceso de mediación– decida continuar con el proceso, por no existir causa que lo impida, sin que ello sea obstáculo para que el profesional entregue el documento justificativo de asistencia.

Para concluir este epígrafe es conveniente realizar una observación sobre el consentimiento de las partes para someterse a una mediación. Como hemos expuesto, el artículo 20 de la Ley Andalucía 1/2009, manifiesta que “El procedimiento de mediación familiar se iniciará a petición de todas las partes en conflicto o a instancia de una de ellas. En este último supuesto, tendrá que acreditarse el consentimiento de la otra u otras, debiendo comunicarse en el plazo de un mes a contar desde que se solicita la mediación”. Y, después, tanto la Ley como el Decreto se refieren a que el acta inicial se firmará como “prueba de entendimiento y aceptación de las condiciones de la mediación”. Este panorama resulta confuso en la medida que se solicita el consentimiento en los supuestos en los que el procedimiento se inició a instancias de una de ellas y después las dos tienen que firmar el acta inicial como prueba de conformidad y entendimiento.

Por este motivo, entiendo que el consentimiento en los casos en los que el procedimiento se inició a instancia de una de las partes es exclusivamente una aceptación para acudir a la reunión inicial. Trámite que es importante y necesario, sobre todo en los procesos en los que se ha solicitado la mediación gratuita, pues la designación del profesional y el reconocimiento del derecho van de forma paralela (art. 20.3 Decreto Andalucía 37/2012).

¹²¹ El Decreto Andalucía 37/2012, manifiesta que “el acta inicial será firmada por todas las partes en conflicto y por la persona mediadora como prueba de conformidad...” (art. 24.4).

¹²² En el artículo 29.c) Ley Andalucía 1/2009, se tipifica como infracción leve “No facilitar a las partes una copia del documento de aceptación”.

¹²³ En Castilla y León el acta inicial es sustituida por “el documento de compromiso de participación en el procedimiento de mediación familiar”. Documento que indicará el número previsible de sesiones que, a su juicio, pueden ser necesarias y en el que deberán constar, como mínimo, los derechos y deberes de las partes y de la persona mediadora familiar, el reconocimiento de la plena capacidad de obrar de las partes y de la voluntad de las mismas para acceder a la mediación y la posibilidad de los participantes en el procedimiento de presentar sugerencias y quejas sobre el mismo (art. 18.2 y 3 Decreto 61/2011).

Y no tendría sentido designar al profesional ni reconocer el derecho de gratuidad si una de las partes ya muestra su disconformidad.

El consentimiento en sentido estricto para el proceso concreto de mediación se debe producir cuando las partes presten su conformidad tras estar informados de sus derechos, deberes, posibles honorarios, principios y objeto concreto de la mediación¹²⁴.

Igualmente, debido a la naturaleza que tiene el documento inicial como prueba de conformidad del proceso de mediación, puede ocurrir que alguna de las partes solicite un tiempo para decidir si firma o no el acta, situación que no se encuentra prevista en la regulación que parece que exige que se firme el acta inmediatamente. Es cierto que no se puede demorar *sine die* el plazo para la firma del acta pero, en estos casos, se podría fijar en el plazo de un mes siguiendo el ejemplo del artículo 20 de la Ley Andalucía 1/2009, y en el supuesto de no producirse la firma se le daría por desistido.

4. Desarrollo de la mediación

El desarrollo de las sesiones se hará conforme a los compromisos asumidos en la reunión inicial. Son escasas las previsiones en cuanto al desarrollo del proceso de mediación y que se recogen en los artículos 23 de la Ley Andalucía 1/2009 y 25 del Decreto Andalucía 37/2012.

De esta manera, como prevé el artículo 23 del Decreto Andalucía 37/2012, el mediador a lo largo del proceso podrá proponer la presencia, por una parte, de profesionales¹²⁵ y por otra, de personas que, por su relación con las partes, pudieran facilitar la resolución del conflicto o abrir otras posibles vías de solución. En ambos casos se requerirá la aceptación por las partes¹²⁶.

Igualmente, la obligación de presencialidad también se aplica al desarrollo del proceso. En cuanto a esta cuestión se prevé expresamente como un deber de las partes en conflicto

¹²⁴ Resulta interesante la terminología que emplea el artículo 29.c) *para referirse al acta de la reunión inicial en la medida que acertadamente lo denomina documento de aceptación* en la medida que es realmente el documento que muestra la conformidad de las partes con el inicio de la mediación.

¹²⁵ Estos profesionales estarán sujetos a los principios de confidencialidad, buena fe y no intervención en caso de litigio judicial entre las partes (art. 23.2 Decreto Andalucía 37/2012).

¹²⁶ El Decreto Cataluña 135/2012, prevé que “las personas mediadoras designadas para realizar una mediación del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña pueden actuar acompañadas de una persona mediadora en prácticas si las partes dan su consentimiento. La persona mediadora en prácticas está sujeta a los principios de la mediación y, en especial, al deber de confidencialidad” (art. 20).

[art. 5.d) Ley Andalucía 1/2009]¹²⁷ y, como un principio, en el capítulo II de la Ley 1/2009, bajo la rúbrica *De los principios de la mediación familiar*, cuando se dispone que “todas las personas participantes estarán obligadas a asistir personalmente a las sesiones, sin que puedan valerse de personas intermediarias o representantes” (art. 10)¹²⁸.

A) *Deber de comparecencia a las sesiones*

En primer lugar, se prevé que en el caso de que no comparezcan todas o alguna de las partes a cualquiera de las sesiones a las que hayan sido convocadas por causa justificada, deberá señalarse una nueva sesión por una sola vez, en el plazo de los diez días siguientes como prevé el artículo 25 del Decreto Andalucía 37/2012. Por tanto, una vez fijada una nueva sesión la falta de asistencia por segunda vez supondrá el cierre del proceso de mediación.

En ambos casos se deberá comunicar, por parte del mediador, a las partes y a la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de familias –art. 25.2–, previsión que tiene sentido en los supuestos de mediación gratuita pero en los demás casos parece que carece de justificación esta obligación que recae en los mediadores y que supone un exceso de fiscalización de una actividad privada.

B) *Deber de redactar el documento justificativo de asistencia*

La Ley Andalucía 1/2009, dispone que “de cada una de las sesiones que se celebren se podrá redactar, a petición de cualquiera de las partes, el correspondiente documento justificativo de asistencia” –art. 23.2–, siendo a su vez reconocido el derecho de las partes a obtener copia del mismo –art. 4.h)–. Derecho que entiendo que nace al amparo del artículo 23.2, cuando las partes lo han solicitado.

El incumplimiento de este deber está tipificado en el artículo 29.c) de la Ley Andalucía 1/2009, cuando dispone que constituye infracción leve “no facilitar a las partes una copia del documento de los justificantes de las sesiones”, que igualmente entiendo que se produce cuando tras solicitarlo al mediador, este no hace entrega de los mismos.

Sin embargo, el Decreto Andalucía 37/2012, ha ido más allá de lo previsto en la Ley cuando impone al mediador la obligación de redactar un documento de asistencia, en el que quedará constancia de la fecha de la reunión y duración de la misma, entregándose

¹²⁷ De hecho, como veremos en el epígrafe de las causas de finalización del procedimiento, se encuentra la falta de asistencia a las sesiones.

¹²⁸ Como puede apreciarse este deber se extiende a todas las personas participantes, es decir, las partes y la persona mediadora.

una copia del mismo a cada una de las partes en conflicto y quedando otra en poder del mediador. El desarrollo reglamentario se ha podido extralimitar en la medida que la Ley ha configurado el deber de entregar el documento justificativo de asistencia como un derecho de las partes que se hará efectivo si lo solicitan mientras que el Decreto lo ha configurado como una obligación del mediador con independencia de la solicitud de las partes.

El justificante de asistencia tiene sentido fundamentalmente en los supuestos de los procesos de mediación que se realizan al amparo del reconocimiento de gratuidad, donde la justificación de la asistencia constituye un documento necesario del expediente que deberá remitir el mediador a la Administración cuando haya concluido el proceso¹²⁹. En los demás supuestos, parece lógico que el documento de justificación solo se emita si las partes lo solicitan.

Por este motivo, sería conveniente de *lege ferenda* distinguir ambos supuestos con el fin de evitar burocratizar en exceso el proceso, sobre todo en los supuestos de mediaciones en las que las partes no tienen reconocida la gratuidad del procedimiento.

5. Finalización del procedimiento

La finalización del procedimiento de mediación familiar puede producirse tanto por la decisión de las partes, o de una de ellas, o por decisión de la persona mediadora, en una serie de supuestos aparentemente reglados recogidos en el artículo 25 de la Ley Andaluza 1/2009. En la medida que, como expondremos seguidamente, existe una cláusula de cierre que aporta una gran amplitud a los supuestos en que se puede dar por concluido el proceso.

De esta manera se recogen como formas de finalización del procedimiento:

- Acuerdo total o parcial de las partes.
- Falta de acuerdo entre las partes.
- Desistimiento libre y voluntario de cualquiera de las partes en conflicto.
- Renuncia de la persona mediadora.
- Cualquier otra causa que se desprenda del contenido de la presente Ley y de sus normas de desarrollo.

¹²⁹ En la Orden Canarias 10 de marzo de 2008, dispone que “La celebración de cada sesión de mediación se acreditará mediante la firma de los asistentes en la ficha de seguimiento que se apruebe en modelo normalizado dejando constancia de fecha y lugar de celebración”. De esta manera, se distingue la acreditación de la celebración de las sesiones por parte del mediador ante la Administración, de la justificación de asistencia que resulta de utilidad exclusivamente a las partes (art. 13.2).

A) *Formas de finalización del proceso*

a) *Acuerdo total o parcial de las partes*

La primera forma de finalización del procedimiento es el acuerdo de las partes. Este acuerdo puede ser total o parcial en la medida que se solventen todas o solo algunas de las cuestiones que se fijaron como objeto de la mediación en el acta inicial que se levantó tras efectuar la primera reunión y que fue firmada por las partes y por la persona mediadora –art. 23 Ley Andalucía 1/2009–.

b) *Falta de acuerdo entre las partes*

La falta de acuerdo puede producirse en dos supuestos. El primero, dentro de los plazos establecidos para el desarrollo de la mediación, y se produce en los casos en que las partes o una de ellas manifiesta la imposibilidad de reconducir la situación para llegar a un acuerdo sobre el objeto de la mediación o cuando el profesional aprecia la posición irreconciliable entre las partes en orden a llegar a un acuerdo. En este caso la única solución es dar por finalizada la mediación. La otra posibilidad es que hayan transcurrido los plazos para el desarrollo de la mediación sin haber llegado a ningún acuerdo entre las partes y sin que se contemple la ampliación de los plazos.

El hecho de que se dé por finalizada una mediación por falta de acuerdo no significa que las partes no puedan reiniciar un nuevo proceso de mediación cuando lo estimen oportuno en los casos en que no se les haya reconocido a las partes el derecho a la mediación gratuita. Sin embargo, en los casos en que sí se produjo el reconocimiento del citado derecho, no podrán solicitar nuevamente la mediación gratuita, para la resolución del mismo conflicto, hasta transcurrido un año desde la finalización del proceso¹³⁰ –arts. 27.3 Ley Andalucía 1/2009 y 27.3 Decreto Andalucía 37/2012–, sin que esto sea obstáculo para que ellos puedan de forma privada acudir a otro proceso de mediación¹³¹.

c) *Desistimiento libre y voluntario de cualquiera de las partes en conflicto*

La Ley Andalucía 1/2009, establece como causa de finalización el desistimiento de cualquiera de las partes, desistimiento que se encuentra contemplado como el primer derecho de las partes en conflicto a ejercer en cualquier momento de la mediación –art. 4.a)–. Esta exigencia, que inicialmente parece razonable, puede resultar un tanto excesiva en algunas ocasiones en la medida que en un proceso de mediación pueden intervenir distintas partes

¹³⁰ El *dies a quo* debe ser el del acta de finalización del proceso de mediación –art. 27.1 Decreto Andalucía 1/2009–.

¹³¹ Dentro de los supuestos en que no se ha llegado a un acuerdo a estos efectos debe incluir el desistimiento.

que pueden estar a la vez en una misma posición respecto a unas de las cuestiones objeto de la mediación y a la vez en una posición antagónica con respecto a otra. Resulta razonable que cuando las partes solo sean dos y una de ellas desista, se dé por concluido el proceso. No se puede mantener la misma posición cuando en una mediación con una pluralidad de partes, una decide desistir del proceso. En este caso, entiendo que habría que verificar si la ausencia de esa parte en el proceso cercena la viabilidad del objeto de la mediación. Si es así, no tiene ningún sentido continuar. En el caso contrario lo lógico sería seguir con el mismo proceso –claro está que los posibles acuerdos no afectarán a la parte que se ha desistido– por un principio de economía procedimental.

El Decreto exige a la persona mediadora comunicar a la Administración los supuestos en que se dé por finalizado el proceso por desistimiento de alguna o de todas las partes intervinientes, lo indicará expresamente en la información que remita al Registro de Mediación Familiar. En este caso sería una buena práctica que el desistimiento se efectuara por escrito de la parte implicada –así se deduce del artículo 4.a) de la Ley Andalucía cuando exige que el desistimiento debe ser notificado a la persona mediadora y no dice comunicado o transmitido– y ese documento se incorporará al expediente.

Por último, estimo que en los casos de desistimiento, en los supuestos de mediaciones con reconocimiento del derecho a la mediación gratuita, será de aplicación el artículo 27.3 del Decreto Andalucía 37/2012 que prevé que “concluido el procedimiento de mediación sin que las partes hayan alcanzado acuerdo alguno, se podrá solicitar nuevamente la mediación gratuita, para la resolución del mismo conflicto, una vez transcurrido un año desde la finalización del proceso”.

d) Renuncia de la persona mediadora

La renuncia de la persona mediadora está contemplada como un derecho en el artículo 15.b) de la Ley Andalucía 1/2009, que puede ejercer el profesional “desde el momento en que aprecie falta de voluntad por alguna de las partes o exista una imposibilidad manifiesta para llegar a un acuerdo, así como si concurre cualquier otra circunstancia que haga inviable el procedimiento”. En los supuestos en que se dé por terminado el proceso de mediación por entender que no cumplirá sus objetivos, el profesional “lo indicará expresamente en la información que remita al Registro de Mediación Familiar” (art. 27. 2. Decreto Andalucía 37/2012)¹³².

¹³² Cuando la mediación fuese gratuita esta renuncia deberá ser razonada [art. 15.b) Ley Andalucía 1/2009].

e) *Cualquier otra causa que se desprenda del contenido de la presente Ley y de sus normas de desarrollo*

Esta causa, sin parangón en la legislación autonómica comparada, y convertida en cláusula de cierre, conlleva una enorme amplitud a la vez que aporta una gran indeterminación pues deja incluso a merced de las futuras normas de desarrollo la concreción de otras formas de finalización del proceso de mediación.

Dentro de la misma se pueden incluir algunas causas contempladas expresamente en las regulaciones de otras comunidades autónomas como son, por ejemplo:

- *Transcurso del plazo previsto para la mediación*¹³³: Esta causa realmente debe subsumirse dentro de la relativa a la falta de acuerdo entre las partes, pues aquel debe producirse en un espacio temporal previamente fijado que no excederá inicialmente de tres meses¹³⁴.
- *Falta injustificada a las sesiones*¹³⁵: La asistencia, además de forma presencial, a las sesiones es uno de los deberes de las partes en conflicto –art. 5.d) Ley Andalucía 1/2009–. El Decreto Andalucía 37/2012, como hemos expuesto páginas atrás, prevé que “en el caso de que no comparezcan todas o alguna de las partes a cualquiera de las sesiones a las que hayan sido convocadas por causa justificada, deberá señalarse una nueva sesión por una sola vez, en el plazo de los diez días siguientes”. Por tanto, una vez fijada una nueva sesión, en los supuestos de falta de asistencia justificada, la falta de asistencia por segunda vez supondrá el cierre del proceso de mediación. Igual solución se produce cuando se produce una inasistencia injustificada. En ambos casos se deberá comunicar, por parte del mediador, a las partes y a la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de familias –art. 25.2–.
- *Falta de colaboración entre las partes*¹³⁶: Esta es una condición que le corresponde evaluar a la persona mediadora en el desarrollo del proceso de mediación. La falta de colaboración impide el desarrollo normal de la mediación e impide o, en el mejor de los casos, dificulta notablemente la posible adopción de acuerdos. Todo ello sin olvidar el deber de las partes de “actuar con buena fe, de forma respetuosa y con predisposición a la búsqueda de acuerdos en todo el proceso de mediación...” –art. 5.b) Ley Andalucía 1/2009–.

¹³³ Véanse los epígrafes dedicados a la finalización del proceso de mediación.

¹³⁴ Esta causa está contemplada entre otras Comunidades Autónomas en Asturias –art. 14.c) Ley 3/2007– y Castilla-La Mancha –art. 21.d) Ley 4/2005–.

¹³⁵ Esta causa está contemplada, expresamente, entre otras Comunidades Autónomas, en Aragón –art. 19.1.c) Ley 9/2011–, Baleares –art. 16.1.c) Ley 14/2010– y País Vasco –art. 24.1.c)–.

¹³⁶ Aragón –art. 19.1.a) Ley 9/2011–, Baleares –art. 16.1.a) Ley 14/2010–, 21.2.a) Ley Madrid 1/2007 y País Vasco –art. 24.1.a)–.

- *Incumplimiento de las condiciones establecidas*¹³⁷: El inicio del proceso de mediación conlleva la aceptación de las pautas fijadas por las partes en conflicto y la persona mediadora y de las generales establecidas en la Ley Andalucía 1/2009 y en el Decreto 37/2012. Estas pautas quedan reflejadas en el acta inicial, documento que como expusimos, es firmado por las partes en prueba de conformidad. En consecuencia el incumplimiento de las condiciones establecidas para el desarrollo de la mediación puede producir una terminación de la mediación.
- A propuesta del mediador ante cualquier causa previa o sobrevenida que haga insostenible la continuación de la mediación familiar.
- *Supuestos de violencia de género o malos tratos hacia algún miembro de la familia*¹³⁸: La mediación familiar en Andalucía está prevista para solventar conflictos familiares de naturaleza no violenta. Por este motivo, se prevé que si la persona mediadora detectara situaciones de violencia de género o malos tratos hacia algún miembro de la familia no iniciará el proceso –art. 24.2 Decreto Andalucía 37/2012–. Es cierto, que la norma se refiere al inicio del proceso pero, si no se tuvo conocimiento del hecho al inicio, se podrá finalizar el mismo en el momento en que se tenga constancia de ello. La calificación de la infracción por “realizar actuaciones de mediación, conociendo la existencia de una situación de violencia de género o malos tratos hacia algún miembro de la familia” es de muy grave –art. 31.i) Ley Andalucía 1/2009–.
- Cuando se detecte que el conflicto debe ser abordado desde otra forma de intervención o tratamiento.

B) *El acta de finalización de la mediación*

El procedimiento de mediación, como dispone la Ley Andalucía 1/2009, concluirá con la sesión final, de la que se levantará acta (art. 23.3) en la que constarán los datos personales de los intervinientes, el número de sesiones celebradas y si se han alcanzado o no acuerdos y, en su caso, una breve referencia a los mismos (25.4 Decreto Andalucía 37/2012)¹³⁹.

¹³⁷ Cfr. Aragón –art. 19.1.b) Ley 9/2011–, Baleares –art. 16.1.b) Ley 14/2010– y País Vasco –art. 24.1.b)– y Madrid – 21.2.b) 1/2007–.

¹³⁸ En la Ley de Castilla-La Mancha 4/2005, está contemplada expresamente entre las formas de finalización del proceso de mediación “por decisión de la persona mediadora en especial cuando se tenga constancia de la existencia de malos tratos a los hijos menores o al otro miembro de la pareja”.

¹³⁹ El acta de la sesión final solo se producirá cuando el proceso haya llegado a su finalización, con o sin acuerdo. En los demás casos como son, por ejemplo, el desistimiento de cualquiera de las partes en conflicto, la renuncia de la persona mediadora o la falta de asistencia injustificada a las sesiones, entiendo que no es necesaria la realización de la citada acta. Con todo, hay Comunidades Autónomas que contemplan expresamente que en estos supuestos también se levantará el acta. En este caso, el artículo 22.3 de la Ley Castilla-La Mancha 4/2005,

Esta dispone la ley que será firmada por las partes y la persona mediadora en prueba de conformidad, sin especificar si es una conformidad con la finalización de la mediación o es con los acuerdos adoptados, siendo esta una cuestión fundamental para conocer la fecha de la validez de los acuerdos. En el caso de que una de las partes se negase a firmar, lo hará constar en el acta la persona mediadora.

Esta cuestión es solventada inicialmente por el artículo 25.5 del Decreto Andalucía 37/2012, cuando manifiesta que una vez firmada el acta final, los acuerdos alcanzados serán vinculantes, válidos y obligatorios para todas las partes siempre que en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos. Sin embargo, posteriormente dispone que los acuerdos –recordemos que en el acta solo se indicará una breve referencia a los mismos– se formalizarán en documento privado¹⁴⁰, que será firmado por todas las partes intervinientes, documento que será entregado a todas las partes que hayan intervenido en el proceso de mediación.

En este escenario entiendo que, en el caso de que el acta y del documento privado se redacten en momentos distintos, el acta exclusivamente vinculará en cuanto a los acuerdos contemplados en la misma, es decir, aquello recogido en la breve referencia¹⁴¹. Y solo será el documento privado, una vez firmado, el que otorgará validez, obligatoriedad y vinculación a aquello que no esté contemplado en el acta, sin perjuicio de entender que tiene una eficacia retroactiva al momento de la firma del acta.

El contenido de los acuerdos, en los que se deberán tener como prioridad el interés superior y el bienestar de las personas menores¹⁴² y de los dependientes (art. 26.2 *in fine* de la

cuando dispone que “Si la causa de la terminación fuera alguna de las otras expresadas en esta Ley, la persona mediadora hará constar que el procedimiento ha terminado, respectivamente, bien por desistimiento de cualquiera de las partes, bien por decisión suya, bien por el transcurso del plazo, o por ser intentada sin efecto”.

¹⁴⁰ En la Ley Castilla-La Mancha 4/2005, se ha optado por otro mecanismo en la medida que los acuerdos se contendrán en el acta y serán las partes las que “podrán compelerse recíprocamente a elevar a escritura pública los acuerdos alcanzados en el procedimiento de mediación familiar y documentarlos en el acta final” (art. 24).

¹⁴¹ En este sentido resulta más acertada la fórmula de la Ley Castilla-La Mancha 4/2005, cuando dispone que “Si la causa de terminación fuera el acuerdo entre las partes, el mediador hará constar de manera clara, completa y comprensible los acuerdos alcanzados” (art. 22.2) o de la Ley Aragón 9/2001, cuando exige que el acta final recoja una “síntesis del conflicto y acuerdos alcanzados” [art. 19.2.d)]. En un sentido similar, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, cuando dispone que “el acta final determinará la conclusión del procedimiento, y en su caso reflejará los acuerdos alcanzados de forma clara y comprensible...” (art. 22.3).

¹⁴² Véase, sobre el interés del menor en la mediación: C. Enrique Arivi: “La relevancia del interés del menor en la mediación familiar”, en E. Souto Galván: *Mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 241-249; C. Castillo Martínez: “El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar”, en J. M. Llopis Giner (coord.): *Estudios sobre la Ley valenciana de Mediación Familiar*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2003, pp. 25-58; M^a. A. Calzadilla Medina: “La mediación familiar y la protección jurídica del menor”, en F. Romero Navarro (compilador): *La mediación. Una visión plural*, Gobierno de Canarias, 2005, p. 435; y A. M^a. Pérez Vallejo: “La mediación familiar como instrumento al servicio del interés superior del menor”, en Herrera Campos, R. y Barrientos Ruiz (coords.): *Derecho y familia en el siglo XXI: el derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI*, Universidad de Almería, 2011, pp. 327-342.

Ley Andalucía 1/2009)¹⁴³ podrá incluir toda o una parte de los conflictos que se acordaron abordar en la reunión inicial y que así se contemplaron en ese acta, y deberán respetar las normas de carácter imperativo establecidas en la legislación vigente¹⁴⁴.

Por último, la adopción de acuerdos manifiestamente contrarios al Derecho que causen perjuicio grave a la Administración o a las partes sometidas a la mediación, está tipificada como una infracción muy grave [art. 31.f)].

VIII. ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

La Ley Andalucía 1/2009 reconoce como un derecho de las partes en conflicto la recusación de los profesionales mediadores designados –art. 4.c)– y a su vez, la abstención como un deber de los profesionales que en caso de no hacerlo, en los supuestos contemplados en la Ley, podrán ser sancionados por la comisión por una infracción grave –art. 30.b)–¹⁴⁵.

Resulta casi innecesario hacer referencia a la especial naturaleza de la mediación, donde las partes deciden introducir a un profesional para intentar solventar o canalizar un conflicto mediante la adopción de acuerdos. En la medida que esta confianza de imparcialidad del profesional se pudiera ver comprometida, podría verse igualmente comprometida la

¹⁴³ El Grupo Parlamentario Popular propuso, en la fase parlamentaria de enmiendas, la incorporación de un nuevo precepto, concretamente el 6 bis, bajo la rúbrica *Interés del menor y personas dependientes* que disponía que “Las actuaciones de mediación familiar se fundamentarán siempre en la protección de los derechos de los menores y personas dependientes” [enmienda tercera al Proyecto de Ley reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (*Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 130, de 3 de diciembre de 2008)]. Finalmente fue eliminada por una transaccional y se aceptó la enmienda 18 del Grupo Parlamentario Socialista que incorporaba la frase “y de las personas en situación de dependencia”. Véase el Informe de la Ponencia (*Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 139, de 17 de diciembre de 2008).

¹⁴⁴ Véanse, sobre los efectos del acuerdo de mediación, M^a. Pereira Pardo: “Aspectos jurídicos”, en E. Souto Galván: *Mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 68-73 y M. Torrero Muñoz: “El acuerdo de mediación familiar”, J. M. Llopis Giner (coord.): *Estudios sobre la Ley valenciana de Mediación Familiar*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2003, pp. 89-114.

¹⁴⁵ También tiene la consideración de infracción grave en Aragón, –art. 27.b) Ley 9/2011–, Asturias –art. 29.c) Ley 3/2007– Baleares –art. 28.2.a) Ley 14/2010–; art. 31.3.d) Ley Castilla-La Mancha 4/2005–: La aceptación del cargo de mediador o su no abstención a sabiendas de estar incurso en las causas establecidas en los artículos 10 y 12 de esta Norma. La Ley Castilla y León 1/2006 distingue dos infracciones en materia de abstención, la primera muy grave y la segunda grave: a) “Incumplir el deber de abstenerse de intervenir cuando concurra causa de abstención o el de tomar parte por una solución o medida concreta, en ambos casos de forma que cause perjuicio constatable y objetivo a cualquiera de las partes” –art. 23.b)– y b) “Incumplir el deber de abstenerse de intervenir cuando concurra causa de abstención o el de tomar parte por una solución o medida concreta, en ambos casos sin causar perjuicio a cualquiera de las partes” –art. 24.a)–. De igual manera, la Ley País Vasco que tipifica como muy grave “La intervención en un proceso de mediación cuando se dé alguna de las causas de incompatibilidad o abstención” –art. 28.i)– y como grave “La intervención en un proceso de mediación cuando se dé alguna de las causas de incompatibilidad o abstención de forma que cause perjuicio constatable y objetivo a cualquiera de las partes” –art. 29.k)–.

mediación o incluso cabría el riesgo de que el mediador pudiera perder ese elemento de imparcialidad y conducir a una de las partes hacia una solución al conflicto “injusta para él”, provocando a medio plazo una inestabilidad, en su caso, de los acuerdos alcanzados.

En este punto es conveniente despejar dos incógnitas para continuar con la exposición del tema. En primer lugar, si el régimen de la abstención y la recusación se aplica a las mediaciones que se engloban dentro del servicio público, concretamente a las gratuitas o si también son de aplicación a las mediaciones privadas. En segundo lugar, conviene resolver si las causas del artículo 17 de la Ley constituyen un *numerus clausus* o también deberían tenerse presentes las previstas en el artículo 28 de la Ley 30/1992.

En cuanto a la primera de las cuestiones, parece evidente que las causas contempladas en el artículo 17 de la Ley Andalucía 1/2009 se aplican a las mediaciones en las que alguna de las partes (o las dos) tienen reconocido el derecho a la gratuidad del servicio; sin embargo, resulta más cuestionable la aplicación al resto de mediaciones.

La Ley andaluza y su Reglamento no hacen distinción entre un tipo de mediación y otro a los efectos de la abstención y recusación y, por tanto, resultaría correcto aplicarlas en todos los supuestos de mediación aunque sea criticable.

La segunda de las cuestiones no resulta una gran incógnita pues el artículo 28 de la Ley 30/1992, es legislación básica para todas las Administraciones Públicas y, por tanto, no puede ser obviada por la legislación sectorial autonómica. En consecuencia, debería ser de aplicación en todas las mediaciones con reconocimiento del derecho de gratuidad.

En resumen, podríamos entender que existen dos soluciones o posiciones compatibles con la legislación actual:

- a) Las causas de abstención del artículo 17 de la Ley Andalucía 1/2009, y las del 28 de la Ley 30/1992, que se aplican a las mediaciones gratuitas.
- b) Las causas de abstención del artículo 17 de la Ley Andalucía 1/2009 se aplican a todas las mediaciones sin distinción y las del artículo 28 de la Ley 30/1992, exclusivamente a las gratuitas. En este caso podríamos entender que las causas del artículo 17 son realmente causas de inhabilidad y, por ello, se extiende a todas las mediaciones¹⁴⁶.

¹⁴⁶ El artículo 10 de la Ley Valencia 7/2001 no contempla expresamente la abstención sino que se refiere a las incompatibilidades de la persona mediadora cuando dispone que: “No podrá intervenir como persona mediadora familiar aquel que haya ejercido profesionalmente contra alguna de las partes. Del mismo modo, no podrá actuar posteriormente en caso de litigio entre las partes”. De igual manera, el artículo 7 de la Ley Baleares 14/2010 se refiere a causas de incompatibilidad. Véase, sobre las incompatibilidades, C. Carramolino: “Los sujetos de la mediación”, en J. M. Llopis Giner (coord.): *Estudios sobre la Ley valenciana de Mediación Familiar*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2003, pp. 161-162.

El propósito de la Administración sería salvaguardar o garantizar un mínimo adecuado desarrollo de una actividad profesional.

En este sentido, resulta interesante el artículo 4.c) de la Ley Andalucía 1/2009, cuando contempla como derecho de las partes la recusación del profesional designado para el proceso de mediación, exclusivamente si se da alguna de las causas de abstención y recusación del artículo 17 de la Ley. De este modo podríamos interpretar que cuando se refiere a profesional designado se refiere al designado por la Administración –designación que, como hemos expuesto, se produce en los supuestos de mediación gratuita y también cuando las partes solicitan ayuda a la Administración para designar un profesional– y en estos casos las partes podrán recusar cuando concorra alguno de los supuestos del artículo 17 de la Ley. Aunque lo cierto es que esta interpretación tiene puntos débiles como, por ejemplo, que cuando las partes contratan los servicios de un profesional también lo están designando para el caso concreto. Por tanto, parece deducirse que exclusivamente se puede recusar en los casos previstos en el citado artículo. Solución que no resulta satisfactoria pues, como hemos mencionado, el artículo 28 de la Ley 30/1992, es legislación básica y debiera ser aplicable a los procesos de mediación gratuita.

En este sentido, resulta interesante la distinción que realiza la Ley Castilla-La Mancha 4/2005, cuando por una parte contempla el deber de los mediadores de “abstenerse de intervenir como mediador en los casos en que se ejercite la mediación por personas vinculadas a la Administración Pública cuando concurren en las mismas las causas que determina el artículo 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y cuando se ejercite por profesionales no dependientes de la Administración cuando concurren circunstancias que comprometan su neutralidad o imparcialidad y, en especial, las previstas en el artículo 12 de la presente Norma” –art. 10.i)–.

De esta manera, en la Ley de Castilla-La Mancha 4/2005, se obliga a las personas vinculadas a la Administración Pública a abstenerse, como no puede ser de otro modo, en los supuestos del artículo 28 de la Ley 30/1992. En el caso de profesionales no dependientes de la Administración este deber se originará cuando se vea comprometida la neutralidad o imparcialidad, y en especial en los supuestos del artículo 12 de la Ley Castilla-La Mancha 4/2005¹⁴⁷.

Con todo, nuestras propuestas de *lege ferenda* para el ámbito andaluz son las siguientes:

¹⁴⁷ Artículo 12 Ley Castilla-La Mancha 4/2005: “1. El mediador no podrá ejercer esta función si existe: a) Un vínculo de parentesco por consanguinidad hasta el cuarto grado o de afinidad hasta el segundo con alguna de las partes o con las personas que asuman su representación o defensa. b) Una amistad íntima o una enemistad manifiesta con alguna de las partes o con las personas que asuman su representación o defensa. c) Un conflicto de intereses con alguna de las partes que comprometa su imparcialidad. 2. No podrá actuar como mediador quien, con anterioridad al inicio del procedimiento de mediación, haya intervenido profesionalmente en defensa de los intereses personales de una de las partes en contra de la otra”.

- a) Especificar que los artículos 17 de la Ley Andalucía 1/2009 y 28 de la Ley 30/1992, se aplicarán a las mediaciones realizadas por profesionales dependientes de la Administración y en todo caso a las mediaciones en las que alguna de las partes tengan reconocido el derecho a la gratuidad del servicio.
- b) Establecer como deber de los mediadores no vinculados a la Administración a comunicar a las partes la existencia de cualquiera de las causas contempladas en los artículos citados en el apartado anterior y que sean ellas las que decidan si desean continuar con ese profesional o no. Lo que no resulta razonable es que, por ejemplo, dos hermanos con un conflicto no puedan acudir a un primo hermano mediador para solucionarlo. Bastaría con que los dos estuviesen conformes y así lo hicieran constar expresamente en el acta de iniciación¹⁴⁸.

Incluso la situación puede resultar aún más grotesca. Pensemos en el supuesto de una pareja divorciada de común acuerdo, que tienen problemas en cuanto al régimen de visitas de los hijos: no podrían acudir al abogado (se presume también mediador) que les asistió a los dos en el divorcio¹⁴⁹.

En estos casos, deberían ser los colegios profesionales los que, de acuerdo al Código Deontológico, determinasen las responsabilidades de sus profesionales, sin perjuicio de las responsabilidades que les pudieran exigir sus clientes¹⁵⁰.

¹⁴⁸ En este sentido, el artículo 11 de la Ley Castilla y León 1/2006, prevé, por una parte, como causa de abstención: Tener vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado con alguna de las partes intervinientes en la mediación, con sus asesores, representantes legales o mandatarios y tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas citadas en el apartado anterior. Pero en ambos supuestos establece expresamente la excepción siguiente: “salvo que todas las partes en conflicto, teniendo conocimiento de la existencia de la causa de abstención, estén de acuerdo en elegir a la persona incurso en dicha causa de abstención como mediadora y lo manifiesten por escrito ante la misma”. El artículo 7 de la Ley Baleares 14/2010, bajo la rúbrica *Causas de incompatibilidad*, comienza con la siguiente excepción: “Excepto cuando haya acuerdo de las partes que integran la parte familiar, no se puede llevar a cabo la mediación en los siguientes casos...”.

¹⁴⁹ En el Decreto Cataluña 135/2012, se prevé como causa de abstención: haber intervenido profesionalmente en defensa de los intereses de una de las partes, en contra de la otra. Sin embargo, se prevé que la misma no produce efectos en el supuesto de que las partes admitan explícitamente y por escrito a esta persona mediadora (art. 31.3).

¹⁵⁰ El Reglamento Cataluña 139/2002, contiene un capítulo, integrado por un único artículo, dedicado a las normas deontológicas. Entre las normas se encuentran la que dispone que “El mediador o mediadora ha de mantener durante todo el proceso imparcialidad total respecto a las partes. En el caso de que no pueda, por algún motivo, o crea que no puede ser absolutamente imparcial ya que hay algún vínculo de parentesco, afectivo o familiar con alguna de las partes o bien amistad o enemistad con alguna de ellas o con algunos de sus familiares, tiene que informar a las partes de este hecho y dejar la mediación. Estas circunstancias se extienden también a las personas profesionales que comparten despacho con la persona mediadora” (art. 22.4) y la que manifiesta que “La persona mediadora no puede aceptar una mediación en que su intervención sea incompatible con sus intereses. Los conflictos de intereses entre la persona mediadora y las partes también se extienden a las personas profesionales que comparten despacho con el mediador o mediadora. Tampoco puede llevar a cabo ninguna actividad profesional con una de las partes o las dos, salvo de la estricta actuación que mantenga como persona mediadora” (art. 22. 5). Véase, sobre los principios deontológicos de la mediación familiar, E.

1. Causas de abstención y recusación

El artículo 17.1 de la Ley contempla los supuestos de abstención de la persona mediadora y que son:

- a) Haber realizado actuaciones profesionales relacionadas con las titulaciones especificadas en el artículo 13.1, a favor o en contra de alguna de las partes.
- b) Que exista vínculo de parentesco por consanguinidad hasta el cuarto grado o afinidad hasta el segundo grado, amistad íntima o enemistad manifiesta entre la persona mediadora, ya actúe individualmente o como parte integrante del equipo de personas mediadoras, y alguna de las partes.
- c) Que la persona mediadora tenga intereses económicos, patrimoniales o personales en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudieran influir los resultados de la mediación.

Como se puede observar las causas se corresponden, con alguna matización, salvo la primera, con algunas de las contempladas en el artículo 28 de la Ley 30/1992¹⁵¹.

2. Procedimiento de recusación y abstención

La Ley Andalucía 1/2009 resulta muy escueta en cuanto al procedimiento a través del cual se articulará en su caso la abstención y la recusación. Exclusivamente se prevé que “las partes en conflicto podrán promover la recusación de la persona mediadora en cualquier momento del proceso, en los términos que se determinen reglamentariamente” –art. 17.4– y posteriormente se dispone, en el precepto dedicado a la asignación del mediador, que “el procedimiento para resolver las causas de abstención y recusación se determinarán reglamentariamente, siendo el órgano encargado del Registro el competente para resolver estos procedimientos” –art. 21.3–.

En consecuencia, la Ley Andalucía 1/2009 exclusivamente prevé el derecho de las partes a poder plantear la recusación en cualquier momento y que el órgano competente para resolver será el encargado del Registro Andaluz de Mediación Familiar, quedando remitidos todos los aspectos del procedimiento a un posterior Reglamento.

Gutiérrez Hernán y F. Corzón Pereira: “Aspectos psicosociales”, E. Souto Galván: *Mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 295-304.

¹⁵¹ Véase, sobre las causas de abstención y recusación, S. Fernández Ramos y J. M^o. Pérez Monguió: *La imparcialidad en el procedimiento administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2012.

El Decreto Andalucía 37/2012, desarrollo reglamentario de la Ley Andalucía 1/2009, no contiene, como podía ser de esperar con la redacción de los artículos 17 y 22 de la Ley, una regulación, al menos de los principales aspectos de los procedimientos de abstención y recusación.

De este modo el artículo 22 del citado Reglamento, bajo la rúbrica *Abstención y Recusación*, en primer lugar dispone que “Las personas mediadoras en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el artículo 17.1 de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, se abstendrán de intervenir en el proceso de mediación”.

Para referirse posteriormente a la recusación para establecer que “Cualquiera de las partes en conflicto comunicará por escrito la recusación de la persona mediadora a la Delegación provincial competente en materia de familias, como responsable del Registro, lo que pondrá fin al proceso de mediación”.

Por tanto, y ante este escenario, poco se puede concluir en relación a los procedimientos de abstención y recusación, salvo alguna crítica derivada de las lagunas ocasionadas por las imprecisiones.

Especialmente es significativa la regulación de la recusación. De este modo, es razonable que las partes puedan recusar en cualquier momento¹⁵² –aunque este último aspecto no se mencione expresamente– al mediador una vez que se aprecie o se conozca la existencia de la causa correspondiente. Sin embargo, no resulta plausible que la mera comunicación al titular del Registro de la existencia de una causa suponga el fin del proceso de mediación. Este automatismo puede dar lugar a un uso cicatero del instrumento por las partes que puede perjudicar incluso, en los supuestos de mediación gratuita, al profesional en sus expectativas.

Por este motivo, es conveniente de *lege ferenda* que se contemple la necesidad de conceder el trámite de audiencia a la persona mediadora en todos los procedimientos de recusación¹⁵³, que se establezcan unos plazos y se contemple, aunque ya se encuentra en la Ley 30/1992, la suspensión de los plazos de duración del procedimiento durante el trámite del incidente. Si la resolución fuese estimatoria de la recusación se debería abrir de oficio un procedimiento sancionador por la falta de abstención del profesional y en caso de que fuese desestimatoria, las partes, al menos las que son beneficiarias de la mediación gratuita, deberían seguir con el proceso o desistir del procedimiento. En los demás supuestos, si las partes están conformes, no hace falta acudir, pese a la existencia de la causa, al instrumento de la recusación, pues sería suficiente la designación por las mismas de un nuevo mediador.

¹⁵² Véase, en este sentido, el artículo 31.5 Decreto Cataluña 135/2012.

¹⁵³ Véanse, en este sentido, los artículos 20.2 Ley Asturias 3/2007, 6.3 Decreto Galicia 159/2003, y 14.3 Ley País Vasco 1/2008.

IX. CONSEJO ANDALUZ DE MEDIACIÓN FAMILIAR

1. Naturaleza y funciones

El Consejo Andaluz de Mediación Familiar es un órgano, creado por el Decreto Andalucía 37/20012, en su capítulo quinto, y adscrito a la Consejería competente en materia de familia¹⁵⁴.

Es un órgano colegiado de participación y colaboración al que se le reconoce un marcado carácter técnico, y al que se le atribuyen, al menos así lo expresa el artículo 28.1 del Decreto Andalucía 37/2012, facultades de decisión, consulta y supervisión en materia de mediación familiar¹⁵⁵. Sin embargo, una vez analizadas las funciones que le corresponden en virtud del artículo 31 del Decreto Andalucía 37/2012, realmente goza de unas mínimas facultades de decisión salvo las correspondientes a aunar criterios de actuación en relación con la aplicación del código deontológico de la persona mediadora, infracciones e imposición de sanciones y actualización de tarifas –art. 31.g)– o la aprobación de los planes de formación continua presentados por las entidades públicas y privadas –art. 31.k)–, siendo las de “fomento” las más significativas. Igualmente destaca entre las funciones: atribuir a las comisiones que formen parte del Consejo la realización de actuaciones diferentes de las que le vengán asignadas en el reglamento de régimen interno pues, realmente es una función de naturaleza organizativa o doméstica.

¹⁵⁴ La Ley Andalucía 1/2009 no tiene ninguna referencia específica a este órgano, aunque en la disposición adicional primera, bajo la rúbrica *Órgano de participación*, se dispone que “Se creará un órgano destinado a la participación y colaboración en el desarrollo de las actuaciones de mediación familiar en Andalucía. Reglamentariamente se determinará su creación, fines, composición, denominación y régimen de funcionamiento”. Como curiosidad, esta Disposición fue incorporada en el trámite de enmiendas al proyecto de ley, concretamente es consecuencia de la enmienda núm. 30, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. Véanse las enmiendas presentadas en el *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* núm. 130, de 3 de diciembre de 2008.

¹⁵⁵ Véanse la Comisión Autónoma de Mediación Familiar –Ley Madrid 1/2007 (art. 7)–, del Consejo de Mediación Familiar de la Comunitat Valenciana –Decreto Valencia 41/2007– y del Consejo Asesor de Mediación Familiar en el País Vasco –Decreto País Vasco 84/2009–.

Funciones del Consejo Andaluz de Mediación Familiar	
Decisión	<p>Aunar criterios de actuación en relación con la aplicación del código deontológico de la persona mediadora, infracciones e imposición de sanciones y actualización de tarifas –art. 31.g)–.</p> <p>Aprobación de los planes de formación continua presentados por las entidades públicas y privadas –art. 31.k)–.</p>
Consulta y supervisión	<p>Conocer e informar, con carácter previo, los proyectos normativos de la Consejería competente en materia de familias que regulen materias que afecten a la mediación familiar –art. 31.e)–.</p> <p>Conocer, asesorar e informar sobre los criterios a seguir para que los cursos de formación en mediación cumplan con los requisitos adecuados y garantías de calidad –art. 31.h)–.</p> <p>Realizar las actuaciones de asesoramiento y apoyo en materia de mediación familiar relacionadas con la formación de las personas mediadoras –art. 31.i)–.</p>
Fomento	<p>Promover el desarrollo, seguimiento y evaluación de los objetivos relacionados con la mediación familiar –art. 31.b)–.</p> <p>Impulsar las actuaciones y medidas que fomenten el desarrollo y mejora continua de la mediación familiar en Andalucía –art. 31.c)–.</p> <p>Promover la participación de las personas usuarias, así como de las entidades y organismos andaluces implicados en la prestación y control de calidad de los servicios –art. 31.d)–.</p> <p>Promover el desarrollo de programas, actividades y campañas informativas y de formación sobre mediación familiar –art. 31.j)–.</p>
Organizativas	<p>Atribuir a las comisiones que formen parte del Consejo la realización de actuaciones diferentes de las que le vengán asignadas en el reglamento del régimen interno –art. 31.f)–.</p>
Otras	<p>Elaborar una memoria anual de sus actividades, así como de la situación de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuyo contenido tendrá que incluir una evaluación del impacto del género –art. 31.a)–.</p>

2. Composición y funcionamiento

La regulación del funcionamiento y composición del Consejo Andaluz de Mediación de Andalucía se contempla en los artículos 29 y 30 del Decreto Andalucía 37/2012; preceptos que, sin entrar de momento en otras cuestiones, no constituyen un ejemplo de sistemática. Así, el artículo 29 bajo la rúbrica, *funcionamiento*, define la estructura del órgano, y el artículo 30 del Decreto Andalucía 37/2012, *Composición del Pleno del Consejo Andaluz de Mediación Familiar*, establece las dieciséis personas que compondrán el citado órgano pero, como veremos, el precepto va más allá del contenido presumible en virtud de su rú-

brica e incluye cuestiones de organización que hubiera sido más oportuno, desde el punto de vista sistemático, que se hubieran abordado en el artículo 29 del Reglamento.

A) *Composición*

El Consejo se estructura en un pleno y dos Comisiones permanentes: a) Comisión de impulso y calidad de la mediación profesional y b) Comisión de asesoramiento en materia formativa, sin perjuicio de que el Pleno, como se prevé en el artículo 28.3 del Decreto Andalucía 37/2012, pueda constituir comisiones técnicas sobre materias concretas.

El Decreto exclusivamente determina la composición del Pleno¹⁵⁶, una composición que puede ser considerada amplia en la medida que el Pleno se integra por dieciséis personas, conforme a la siguiente distribución:

a) Presidente o Presidenta: Persona titular de la Consejería competente en materia de familias.

b) Catorce vocalías:

Siete vocalías en representación de la Administración Autonómica con rango de Director o Directora General, todas ellas designadas por las personas titulares de las correspondientes Consejerías a las que se encuentran adscritas:

- Persona titular de la Dirección General competente en materia de familias.
- Tres personas en representación de la Consejería competente en materia de familias.
- Una en representación de la Consejería competente en materia de justicia.
- Una persona en representación de la Consejería competente en materia de salud.
- Una persona en representación de la Consejería competente en materia de educación.

Tres vocalías, con nivel de rector o rectora, en representación de las Universidades Públicas de Andalucía, que impartan las titulaciones de Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social, Educación Social, u otras homólogas de carácter educativo, social, psicológico o jurídico, a designar por el Consejo Andaluz de Universidades.

¹⁵⁶ La ausencia de concreción de los miembros de las Comisiones Permanentes y la falta de capacidad del Consejo (entendiendo que del Pleno) para hacerlo –la única función que se le reconoce es la de atribuir a las Comisiones que formen parte del Consejo la realización de actuaciones diferentes de las que vengan asignadas en el Reglamento del régimen interno– junto con la falta de aprobación de la orden de funcionamiento conlleva que la actividad del Consejo no pueda desplegarse plenamente. Con todo, lo cierto es que el Decreto ha entrado en vigor en el mes de junio de 2012 y, por tanto, hasta que no se designen los miembros este problema no se planteará y para entonces esperemos que la citada orden se encuentre publicada.

Tres vocalías, con nivel de decano o decana, en representación de los Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, relacionados con el ámbito educativo, social, psicológico o jurídico.

- Persona en representación de los mediadores y mediadoras, designada por sorteo desde el Centro Directivo competente en materia de familias, previa solicitud de participación formulada por las personas mediadoras inscritas en el Registro un mes antes de la fecha prevista para la constitución del órgano.
- La persona titular de la Subdirección General competente en materia de familias, la cual actuará como secretaria o secretario, con voz, pero sin voto.

Una vocalía que corresponderá a una persona en representación de los mediadores y mediadoras, designada por sorteo desde el Centro Directivo competente en materia de familias, previa solicitud de participación formulada por las personas mediadoras inscritas en el Registro un mes antes de la fecha prevista para la constitución del órgano.

Como podemos observar de la composición prevista, la mayoría corresponden a la Administración (9), Universidad (3), Colegios profesionales (3) y mediadores (1).

De esta manera, la Administración se ha reservado la presidencia y la secretaría y un número significativo de vocales que permiten a la Administración poder obtener la mayoría en cualquier votación, pues el presidente más las siete vocalías ya suman un total de ocho de los quince miembros con derecho a voto, sin olvidar el voto dirimente del presidente que se le reconoce en el artículo 30.1.a) del Decreto al atribuirle las funciones previstas en el artículo 23 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 93 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

El sistema de designación de los vocales resulta significativo:

a) Representantes de la Administración: personas titulares de las correspondientes Consejerías a las que se encuentran adscritas.

b) Representantes de las Universidades: Consejo Andaluz de Universidades.

Estos representantes, como nivel de rector, –la referencia al nivel es innecesaria pues en las universidades andaluzas, los máximos responsables se denominan rectores o rectoras– de universidades públicas y, por tanto, los rectores de las privadas deben quedar excluidos, exclusión que debe ser rechazada pues lo determinante deben ser las titulaciones que imparten y no la naturaleza de la entidad en la que lo hacen. Al margen de esta cuestión, se requiere que las universidades impartan alguna de las siguientes titulaciones: Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social, Educación Social, u otras homólogas de carácter educativo, social, psicológico o jurídico. Esta referencia a otras homólogas resulta un foco de confusión pues, como hemos expuesto anteriormente, el término no resulta muy afortunado y requiere ser concretado especialmente en el ámbito de la formación básica de los mediadores.

El problema desde la perspectiva de la designación de los representantes de las universidades en el Consejo es más teórico que real, pues no existe actualmente ninguna universidad andaluza que no imparta alguna o algunas de las titulaciones señaladas y, por tanto, todas son candidatas a integrar a su representante en el Consejo.

- c) Representantes de los colegios profesionales. Este resulta el sistema más complejo, pues finalmente depende de un sorteo que se celebrará desde el Centro directivo competente en materia de familia entre los colegios profesionales, que cuenten con personas colegiadas inscritas en el Registro y así lo soliciten un mes antes de la fecha prevista para la constitución del órgano. Resulta llamativo que baste con que los colegios cuenten con personas colegiadas pues se debería optar por un sistema que también tuviese en cuenta a los colegios con mayor número de personas inscritas como mediadores. No resultaría razonable que se quedara fuera del sorteo el colegio con más inscritos en el Registro. Por este motivo, podría resultar acertado garantizar un puesto en el Consejo al Colegio con más personas registradas y sortear las otras dos plazas.

El representante será el decano o decana o equivalente, pues el Decreto requiere ese nivel. Podría resultar inicialmente extraño que se haga alusión al término “nivel de” pero con ello se evita tener que mencionar otras figuras equivalentes como son presidente o presidenta.

B) *Funcionamiento*

La previsiones de funcionamiento en el Decreto Andalucía 37/2012, son casi inexistentes y referidas al Pleno en la medida que el artículo 28.3 remite a una futura orden, que será aprobada por la persona titular de la Consejería competente en materia de familias, el régimen de funcionamiento del Consejo.

Con todo determina o concreta cuatro aspectos:

- a) Periodicidad de las reuniones del Pleno: de forma ordinaria cada año y de forma extraordinaria cuando así lo solicite un tercio de sus miembros o la persona que lo presida.
- b) El mandato de los miembros del Consejo será de cuatro años, sin perjuicio de su renovación y de la posibilidad de remoción y sustitución de los mismos a propuesta del órgano por el que fueron designados.
- c) El presidente o presidenta desarrollará las funciones previstas en el artículo 23 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 93 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO BERMEJO, A.: *Divorcio sin pleito. El abogado y la mediación familiar*, Tecnos, Madrid, 2009.

BOUCHE PERIS, J. e HIDALGO MENA, F. (coords.): *Mediación familiar*, Tomo I, Dikinson, Madrid, 2009.

CALZADILLA MEDINA, M^a. A.: “La mediación familiar y la protección jurídica del menor”, en ROMERO NAVARRO, F. (compilador): *La mediación. Una visión plural*, Gobierno de Canarias, 2005, p. 435.

CARRAMOLINO, C.: “Los sujetos de la mediación familiar”, en LLOPIS GINER, J. M. (coord.): *Estudios sobre la Ley valenciana de Mediación Familiar*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2003, pp. 161-162.

CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.): *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, Madrid, 2011.

CASTILLO MARTÍNEZ, C.: “El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar”, en LLOPIS GINER, J. M. (coord.): *Estudios sobre la Ley valenciana de Mediación Familiar*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2003, pp. 25-58.

ENRIQUE ARIVI, C.: “La relevancia del interés del menor en la mediación familiar”, en SOUTO GALVÁN, E.: *Mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 241-249.

ESCOBAR PÉREZ, C.; SÁNCHEZ MAJADAS, G. y LÓPEZ ANDRÉS, T. (eds.): *Trabajo social, familia y mediación*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2006.

GARCÍA PRESAS, I.: “Los deberes con relación al menor de las partes y de la persona mediadora en España en el ejercicio de la mediación familiar”, en *Anuario de Psicología Jurídica*, nº 19, 2009, pp. 93-102.

GUTIÉRREZ HERNÁN, E. y CORZÓN PEREIRA, F.: “Aspectos psicosociales”, en SOUTO GALVÁN, E.: *Mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 300.

LÓPEZ SAN LUIS, R.: “Situación de la mediación familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, *Actualidad Civil*, nº 22, 2010.

LÓPEZ SAN LUIS, R.: “Cuestiones a debatir sobre el proyecto de ley de mediación familiar de la Comunidad Autónoma de Andalucía”, en HERRERA CAMPOS, R. y BARRIENTOS RUIZ (coords.): *Derecho y familia en el siglo XXI: el derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI*, Universidad de Almería, 2011, pp. 225-242.

LÓPEZ SAN LUIS, R. (coord.): *Aportaciones de la mediación en el marco de la prevención, gestión y solución de conflictos familiares*, Comares, Granada, 2011.

LLOPIS GINER, J. M. (coord.): *Estudios sobre la Ley valenciana de Mediación Familiar*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2003.

LUQUIN BERGARECHE, R.: *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2007.

MATA DE ANTONIO, J. M^a: “Mediación familiar ante las formas familiares atípicas”, *Acciones e Investigaciones Sociales*, nº 19, 2004, pp. 25-126.

NEBREDÁ DÍAZ DE ESPADA, S. y SANTA MARÍA VIZOSO, E.: “Tomando contacto con la mediación familiar en Andalucía y su demostrada utilidad en los conflictos intergeneracionales”, *Revista de Trabajo y Acción Social*, nº 30, 2003, pp. 49-74.

PARKINSON, L.: *Mediación familiar*, Gedisa, Barcelona, 2005.

PÉREZ GIMÉNEZ, M^a. T.: “La mediación familiar en el marco del protocolo familiar”, *Actualidad Civil*, nº 9, 2010.

PEREIRA PARDO, M.: “Aspectos jurídicos”, en SOUTO GALVÁN, E.: *Mediación familiar*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 52-58.

PÉREZ VALLEJO, A. M^a: “La mediación familiar como instrumento al servicio del interés superior del menor”, en HERRERA CAMPOS, R. y BARRIENTOS RUIZ (coords.): *Derecho y familia en el siglo XXI: el derecho de familia ante los grandes retos del siglo XXI*, Universidad de Almería, 2011, pp. 327-342.

PORTELA, J. G.: “Estructura y fases de la mediación”, en SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M.: *Mediación y solución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 225-233.

RODRÍGUEZ LLAMAS, S.: *La mediación familiar en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

ROMERO NAVARRO, F. (compilador): *La mediación: una visión plural*, Consejería de la Presidencia y Justicia, Gobierno de Canarias.

ROMERO NAVARRO, F.: “La formación en mediación familiar en las universidades públicas y privadas de España”, *Revista de Trabajo Social*, vol. 11, nº 2, 2011, pp. 89-103.

RONDÓN GARCÍA, L.: *Bases para la mediación familiar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

SOLETO MUÑOZ, H. y OTERO PARGA, M.: *Mediación y solución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2007.

SOUTO GALVÁN, E.: *La mediación. Un instrumento para la conciliación*, Dykinson, Madrid, 2010.

SOUTO GALVÁN, E. (dir.): *Mediación familiar*, Dikyson, Madrid, 2012.

TORRERO MUÑOZ, M.: “El acuerdo de mediación familiar”, LLOPIS GINER, J. M. (coord.): *Estudios sobre la Ley valenciana de Mediación Familiar*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 2003, pp. 89-114.

Capítulo V. CONSIDERACIONES SOBRE EL *STATUS* JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DE LOS MENORES INGRESADOS EN CENTROS DE PROTECCIÓN EN ANDALUCÍA

María Luisa Roca Fernández-Castanys

I. INTRODUCCIÓN

En tiempos de crisis tan profunda como la actual se produce un importante incremento de las necesidades de ciertos colectivos especialmente frágiles como desempleados, ancianos o niños. Respecto de estos últimos¹, el impacto de la situación económica se deja sentir, no sólo en la disminución de la renta o la calidad de vida de sus familias, sino también en términos de exclusión social. En este difícil contexto, la función asistencial de la Administración cobra, más que nunca, un especial protagonismo si bien su eficacia se ve considerablemente mermada por el odioso obstáculo, a veces insalvable, de las limitaciones presupuestarias².

¹ Defensor del Pueblo Andaluz: *Informe Especial relativo a la gestión realizada por el Defensor del Menor de Andalucía correspondiente al año 2011*, BOPA núm. 28, de 21 de junio, p. 118.

El importante papel que el Defensor del Pueblo en el ámbito de los servicios sociales se destaca por L. Salameo Teixidó: "Los mecanismos de control como garantía de los derechos de los usuarios de centros y establecimientos de servicios sociales", en A. Ezquerro Huerva: *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 203 y ss.

² Como señala el Defensor del Menor Andaluz: "los poderes públicos están obligados, aún en tiempos de crisis, a prestar una especial protección a la infancia", de ahí que, a pesar de las limitaciones, recortes, y contención del gasto público deba demandarse de dichos poderes que "promuevan e incrementen cuantas medidas y actuaciones

La crisis económica junto con otros factores (como el incremento del número menores extranjeros no acompañados que llegan a nuestro país o el progresivo aumento de las familias desestructuradas), ha producido un significativo aumento de las situaciones de riesgo o desamparo³ con la inmediata intensificación del papel tutelar de la Administración que, de este modo, ha pasado a asumir un muy relevante papel en apoyo o sustitución de las familias⁴ a través de la llamada “tutela administrativa”, “automática” o *ex lege*.

1. Tutela automática y guarda administrativa

Prescindiendo de un análisis en profundidad de los problemas que esta figura plantea⁵, debe decirse que la tutela automática procede respecto de aquellos menores que se en-

sean necesarias para combatir el impacto de la crisis en las personas menores”. Por añadidura se produce la paradoja de que el incremento de familias necesitadas de auxilio público, se acompaña de una creciente desconfianza hacia la intervención de la Administración y, en particular, de los Servicios Sociales que perciben “como un enemigo”, al temer que su intervención pueda desembocar en una retirada de los hijos fundada en su precaria situación económica. En definitiva, si bien se valoran las mejoras realizadas en las épocas anteriores a la crisis en los recursos públicos destinados a menores, tales esfuerzos “estaban lejos de alcanzar un estado óptimo en la protección de la infancia”, concluyéndose que tales avances “no pueden ni deben verse afectados con los recortes de políticas dirigidas a este sector de la población”. Defensor del Pueblo Andaluz, *Ibidem*, pp. 119-123.

³ Declarada la situación de desamparo, la Administración debe adoptar las medidas que sean precisas para proteger a los menores con la mayor celeridad. Desde este punto de vista, algunos autores afirman que su actuación “no es subsidiaria”, porque debe actuar necesariamente (así, véase B. Vargas Cabrera: *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 2004).

Sin embargo, debe puntualizarse que cuando se dice que la actuación de la Administración es subsidiaria, debe entenderse que se hace referencia a que ésta sólo entra en juego cuando los demás mecanismos fallan. En caso de que existiese familia extensa que pudiera hacerse cargo del menor desamparado, no procederá la asunción de la tutela por la Administración, sino el llamamiento del familiar obligado conforme a las reglas de la tutela ordinaria, pues como señala el art. 239 del Cc.: “La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172. Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste”.

⁴ El papel del Estado como garante último de los derechos de los menores se ha puesto de manifiesto por M^a. B. Sainz-Cantero Caparrós y E. Pardo Martínez: *Régimen jurídico de los centros de protección y reforma de menores*, Comares, Granada, 2010 pp. 10 y 22. Por su parte, el papel de la familia como institución al servicio de sus miembros se destaca por C. Alemán Bracho en “La familia, prestadora y destinataria de prestaciones”, *Documentación Administrativa*, nº 271-272, 2005, p. 241. Véase también M. Vivanco Sánchez: “Constitución de la tutela automática”, (Ref. *La Ley* 1959/2001), p. 1.

⁵ Como tuve ocasión de destacar en un anterior trabajo (véase M^a. L. Roca Fernández-Castany: “Régimen jurídico-administrativo de la tutela asistencial de menores y de los centros de protección”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 80, 2011, pp. 305-340) el Código Civil no diferencia con nitidez los distintos regímenes de protección de los menores ya que la Sección 1^a del Capítulo V del Título VII del Libro Primero, se titula “De la guarda y acogimiento de menores”, induciendo a confusión ya que, además de la guarda y el acogimiento, regula también la tutela con lo cual se acaba mezclando lo que son regímenes de protección (tutela y guarda) con lo que son medidas de protección (acogimiento e internamiento). Esta falta de precisión se ha denunciado por diversos autores, así, entre otros, J. Egea Fernández: “Comentario al artículo 173 del Código Civil”, en R. Bercovitz-Rodríguez Cano (coord.): *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 88; L.

cuentran en situación de *desamparo*. Muy relacionada con ella aparece la guarda, prevista para cuando quienes tienen potestad sobre el menor justifiquen no poder atenderlo por alguna circunstancia grave o cuando así lo acuerde un juez⁶. La tutela presupone la guarda, es decir, desde el momento en que se constituye, el ente público asume las funciones que integran la patria potestad (art. 172.1 Cc). En cambio, la guarda no implica aquélla pues, en este caso, el ente público asume únicamente el ejercicio de las funciones personales respecto del menor, pero no su tutela⁷.

A) Acogimiento familiar y residencial

Pues bien, tanto la tutela administrativa como la guarda implican la separación del menor de las personas con las que convivía y pueden articularse mediante el acogimiento familiar o mediante internamiento en un centro residencial (“institucionalización”). Esta última opción es “la última de las últimas medidas”, ya que sólo procederá cuando no sea posible o recomendable el acogimiento familiar⁸, de manera que, como establece la normativa de menores y reiteradamente señala la jurisprudencia⁹, “asumida por la entidad pública la tutela (...) el acogimiento familiar provisional es una de las modalidades más indicadas de

Rodríguez Sol: “La protección y acogimiento de menores en el Derecho español”, (Ref. *La Ley* 13787/1993), p. 9, o F. Benito Alonso: “Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la Ley y guarda”, (Ref. *La Ley* 11848/2001).

⁶ De los datos reflejados en el *Boletín Estadístico de Protección a la Infancia 2009*, elaborado por la Dirección General de Familias y la Infancia, resulta que el número y tasa de niños bajo tutela varía mucho de unas comunidades autónomas a otras. La tasa nacional de niños tutelados es de 382 por cada cien mil menores de 18 años. Ceuta y Melilla se encuentran muy por encima de la media nacional, seguidas de Murcia, Cataluña, Asturias y Andalucía que, a pesar de estar por encima de la media, tienen una tasa más moderada. En el extremo opuesto se encuentran la Navarra, Aragón, Castilla y León, Extremadura y Castilla La Mancha que no llegan a una tasa de 220 por cien mil.

⁷ Como señala S. Llebaría Samper.: *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 95 “no debe confundirse lo que es la titularidad de la guarda –asumida conforme al art. 172.1 ó 2– con lo que supone el ejercicio de la misma (...). Por tanto, estamos examinando cómo se ejerce la guarda de la que ya es titular la entidad pública, bien por quedar aquélla embebida en el cargo tutelar que asume con respecto del menor desamparado (art. 172.1), bien por serle solicitada y conferida dicha guarda por quien proceda, u ordenada por el juez (172.2)”.

⁸ La subsidiariedad del acogimiento residencial frente al familiar está presente en todas las normas sobre esta materia, así véase por ej. el art. 36 de la LMA; Por su parte, en el Preámbulo del Decreto 355/2003, de 26 de diciembre (BOJA núm. 245, de 22 de diciembre), que regula el Acogimiento residencial de menores donde se subraya que el internamiento en un centro de protección aparece previsto como una alternativa al acogimiento familiar. Además del interés superior del menor dicha opción tiene un fundamento económico pues, como señala el Defensor del Pueblo “la adopción de la medida de acogimiento familiar frente al residencial supone un importante ahorro para las arcas públicas”, pues, según consta en su informe, durante el ejercicio 2009 alrededor de 6.000 menores disfrutaron de medidas de protección, de los que alrededor de 3.600 estuvieron acogidos por familias y más de 2.700 en centros residenciales, ascendiendo el gasto para estos últimos a 72 millones de euros y 35 millones para la subvención de entidades colaboradoras.

⁹ SAP de Cantabria 52/2003, de 4 de febrero (AC 2003\1345).

su ejercicio, puesto que evita el ingreso en una institución”, sin que con ello quiera decirse que, por excepción, en determinados supuestos (menores cercanos a la mayoría de edad, con trastornos graves de conducta, problemas de salud, o grupos de hermanos numerosos), pueda resultar más beneficioso para el menor su ingreso en un centro residencial¹⁰.

En esta línea, el Anteproyecto de Ley de actualización de la legislación sobre protección a la infancia prevé una modificación del art. 172 del Cc en la que se establece el acogimiento familiar como regla general y, en particular, en aquellos casos en que se trate de menores de 6 años, sin que se contemple el ingreso de los menores de 3 años salvo “imposibilidad debidamente acreditada de adoptar otra medida de protección”.

B) Especial referencia al acogimiento residencial

A día de hoy, el acogimiento residencial tiene una *ratio* de aplicación muy alta casi equiparable al acogimiento familiar, de manera que el número de niños institucionalizados es muy significativo¹¹.

El régimen jurídico de los menores ingresados en centros de protección merece una consideración especial. El simple hecho del internamiento conlleva la modulación y, en algún caso, la supresión de algunos de sus derechos fundamentales con las importantísimas consecuencias que ello conlleva en el desarrollo de su vida cotidiana y, a medio y largo plazo, en la conformación su personalidad. Estas reflexiones anticipan la trascendencia del tema cuya investigación se acomete: todas las posibles intervenciones que puedan influir en la conformación de los derechos u obligaciones de estos menores –que, no puede olvidarse, se encuentran en una delicadísima situación al encontrarse separados de su núcleo familiar– deben hacerse con las ineludibles garantías, velando, en todo caso, por su superior interés.

Consciente de la envergadura del tema, no pretendo agotar todas las cuestiones que suscita, por lo que me limitaré a ofrecer una visión general de algunas de los principales problemas que plantea. Para ello, he considerado oportuno partir del concepto y clasificación de los centros, en cuanto los perfiles de los derechos y deberes de los menores pueden

¹⁰ Así se constata en numerosos estudios especializados la materia. En esta línea, señalan A. Bravo y F. J. del Valle: “Crisis y revisión del acogimiento residencial y su papel en la protección infantil”, *Papeles del Psicólogo*, vol. 30 (I), 2009, p. 42 que “la función que cumple en la actualidad esta medida protectora difícilmente pudiera ser cubierta por alternativas familiares. Por una lado, debido a la complejidad de las necesidades de estos jóvenes que requieren atención especializada y, por otro, por la dificultad que entrañaría encontrar familias acogedoras que posean un suficiente nivel de capacitación, formación y dedicación para cubrir las necesidades de estos menores”.

¹¹ Durante el ejercicio 2009 alrededor de 6.000 menores disfrutaron de medidas de protección, de los que alrededor de 3.600 estuvieron acogidos por familias y más de 2.700 en centros residenciales, Defensor del Pueblo Andaluz: *Informe especial...*, op. cit., p. 122.

alterarse en función del concreto programa que éstos desarrollan. En el proceso, he considerado imprescindible detenerme en la consideración de los Reglamentos de Organización y Funcionamiento (ROF), instrumentos clave para la configuración de la vida de los menores en los mismos, para finalizar con una breve exposición de sus concretos derechos.

II. LOS CENTROS DE PROTECCIÓN DE MENORES

1. Consideraciones previas

Hasta fechas muy recientes la doctrina ha prestado muy escasa atención a los problemas que plantea la vertiente administrativa de la tutela *ex lege*. Con contadas excepciones¹², la mayor parte de las investigaciones se realizan desde una óptica iusprivatista, centradas, por tanto, en analizar la naturaleza jurídica de este peculiar régimen de protección con el fin de determinar en qué medida le resultarían aplicables las previsiones sobre la tutela ordinaria y, supuesta dicha aplicación, los modos en que debería modularse –en su caso– para adaptarla a la diferente realidad que la tutela administrativa implica.

No obstante, como hace ya años pusiera de manifiesto TOLIVAR ALAS¹³, si bien es cierto que “la raíz de la cuestión viene situándose en el campo civil y sus aspectos más frondosos en la concreta rama del Derecho de familia”, debe tenerse muy presente la función coadyuvante que pueden prestar otros ordenamientos como el penal, el laboral y, como no, el administrativo, pues, a día de hoy, “las garantías asistenciales, o de prestación de servicios sociales (no) aparecen suficientemente reguladas ni aseguradas, aunque estén garantizadas constitucionalmente como principio rector de la política social y económica”¹⁴.

Esta insuficiencia normativa ha sido especialmente significativa en relación con los centros de menores: ninguna regulación de detalle sobre los mismos se contiene en la normativa estatal¹⁵ y la actuación del legislador regional –competente en la materia– se produce con

¹² L. Tolivar Alas: “Aspectos jurídico-administrativos de la protección de menores”, *Revista de Administración Pública*, nº 124, 1991, pp. 35-63.

¹³ *Ibidem*, p. 35.

¹⁴ M. Villa Rubio: “Protección de menores desamparados”, en S. Espiau Espiau y A. Vaquer Aloy (eds.): *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 69. Entre los trabajos centrados en los aspectos administrativos del problema pueden citarse el de A. de Palma del Teso: *Administraciones públicas y protección de la infancia*, INAP, Madrid, 2006.

¹⁵ La Exposición de Motivos del Anteproyecto de la Ley Orgánica complementaria al Anteproyecto de Ley de Actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia denuncia, en particular, el déficit normativo existente en relación con los centros de menores con dificultades de adaptación o trastornos de conducta.

un sorprendente –e injustificado– retraso¹⁶, de manera que las primeras normas en las que se regulan los distintos aspectos relacionados con su régimen jurídico administrativo se publican a retortero de las denuncias sobre los desajustes de la regulación existente que se considera desfasada y palmariamente insuficiente¹⁷ para hacer frente a las nuevas necesidades sociales¹⁸. Por fortuna, el nuevo siglo trae consigo valiosas aportaciones en las que se pone de manifiesto la exigua regulación de determinados aspectos de esta materia cuya trascendencia resulta indudable para la lograr una protección efectiva y de calidad de los menores ingresados.

2. Marco normativo vigente en Andalucía

En la Comunidad Autónoma Andaluza, el marco vigente se construye a partir de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM) dando lugar a una intrincada red de disposiciones de gran complejidad que ha dado lugar que el propio Defensor del Pueblo Andaluz hable de “maraña legislativa”¹⁹.

En primer lugar, se sitúan la Ley 1/1998, de 20 de abril, del Menor de Andalucía (LMA)²⁰ y la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, disposiciones que se concretan las líneas maestras del sistema de la regulación de los centros de protección.

En segundo lugar, se sitúan diversas normas reglamentarias que se insertan, bien en el genérico marco del sistema de servicios sociales (p. ej. el Decreto 87/1996, de 20 de

¹⁶ Idéntica demora denuncia en la normativa reguladora de los centros residenciales para personas mayores S. Fernández Ramos en su excelente trabajo: “Los centros residenciales para personas mayores, especial referencia a Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 67, 2007, pp. 21 y ss.

¹⁷ En 1999, el *Informe Especial del Defensor del Pueblo Andaluz al Parlamento sobre el Sistema de Protección de Menores* (Tomo I), destacaba la importancia de acometer el desarrollo reglamentario de la LMA, desarrollo del que dependía su efectividad habida cuenta “la dificultad de aplicación directa del texto legal”. Este informe está disponible a texto completo en la página del Defensor del Pueblo Andaluz, apartado “Informes especiales”: http://www.defensor-and.es/informes_y_publicaciones/informes_estudios_y_resoluciones/informes_especiales/informe_0000/proteccion_menores/index.html.

¹⁸ El número de menores tutelados por entes públicos ha aumentado considerablemente durante los últimos años por diversos factores entre los que pueden citarse: la crisis económica; el incremento del número menores extranjeros no acompañados que llegan a nuestro país o el progresivo aumento de las familias desestructuradas.

¹⁹ Informe Especial del Defensor del Pueblo Andaluz relativo a la gestión realizada por el Defensor del Menor de Andalucía correspondiente al año 2011 (BOPA núm. 28, de 21 de junio), p. 7. Para A. Ocaña Rodríguez: “En busca de una más adecuada regulación del régimen de protección de menores”, *Abogados de Familia* (Ref. *La Ley* 1008/2006), p. 3, si bien se trata de “un marco administrativo lleno de buena técnica y de excelentes intenciones (...), falla a causa de una inadecuada ordenación de los medios personales, materiales, de tiempo y de procedimiento”.

²⁰ Véase arts. 36 y ss.

febrero²¹, que regula la autorización, registro y acreditación de los servicios sociales de Andalucía), bien en el contexto específico de la protección de menores (tal es el caso del Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, sobre Acogimiento Residencial de Menores o el Decreto 42/2002, de 12 de febrero, sobre Régimen de Desamparo, Tutela y Guarda Administrativa). En estas normas se contienen algunas referencias concretas sobre la medida de alojamiento residencial y a las características de los centros.

Asimismo, deben tenerse en cuenta una serie de Órdenes –muchas de ellas de reciente publicación– en las que se contiene una regulación pormenorizada de los centros. Entre ellas, destacan la de 9 de noviembre de 2005²², que regula la cooperación entre la Consejería para la Igualdad y Bienestar social y las entidades colaboradoras en el acogimiento residencial en Centros de Protección de Menores y la de 23 de octubre de 2007 que aprueba el Reglamento Marco para Organización y Funcionamiento de los mismos²³.

Culminan el sistema los Reglamentos de Organización y Funcionamiento de que *deben* dotarse (aunque no siempre lo hagan) cada uno de los centros en los que se reflejan los derechos de los menores, las normas de convivencia y los criterios para el ejercicio de la potestad de corrección²⁴.

Como se advierte, estos reglamentos juegan un decisivo papel en la conformación de los derechos de los menores ingresados, pues en ellos se especifican algunos aspectos esenciales de su vida diaria (régimen de visitas, salidas al exterior, conductas prohibidas, posibles sanciones, etc.) que, de otro modo, quedarían confiadas a la discrecionalidad del centro, provocando una inadmisibles arbitrariedad, así como la imposibilidad de control jurisdiccional de su actividad. El relevante papel de dichos reglamentos justifica que, más adelante, se haga una especial referencia a los mismos, si bien, previamente, considero preciso detenerme en la delimitación del concepto de centro de protección y sus clases.

²¹ Modificado por Decreto 102/2000, de 15 de marzo.

²² BOJA núm. 222, de 14 de noviembre.

²³ BOJA núm. 223, de 13 de noviembre. Su promulgación se anuncia, en el propio Preámbulo de la norma, como “ineludible” habida cuenta “la necesidad de crear una reglamentación propia para los centros de protección de menores ubicados en el ámbito territorial y competencial de nuestra Comunidad Autónoma, que defina las líneas maestras de su organización y funcionamiento, recogiendo los criterios de carácter técnico y jurídico que den cumplimiento a las distintas disposiciones legales, al objeto de unificar una regulación adecuada que sea operativa y eficaz y, sobre todo, que permita a la Administración garantizar los derechos, así como el cumplimiento de las obligaciones, de cada menor que se encuentre en los centros de protección”.

²⁴ En Andalucía, desde el año 2003, todos los centros de protección están obligados a aprobarlos (art. 22 del Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, que aprueba el Reglamento sobre Acogimiento Residencial de Menores, BOJA núm. 245, de 22 de diciembre).

3. Concepto y clases de centros de protección

A) Concepto

Los Centros de protección²⁵ pueden definirse como los espacios convivenciales destinados a la guarda y educación de los menores sobre los que se haya adoptado alguna de las medidas contempladas en el artículo 172 del Código Civil. Se trata de un recurso a disposición de los servicios sociales especializados de infancia y familia, que se ofrece como alternativa –y, en algunos casos, como complemento– al medio familiar, cuando así lo determinen los intereses de cada uno de aquéllos. La Orden de 28 de julio de 2000²⁶, prevé que éstos deben asumir la responsabilidad sobre el desarrollo integral del menor, garantizándole la adecuada satisfacción de sus necesidades biológicas, afectivas y sociales en un ambiente de seguridad y protección, potenciando experiencias de aprendizaje y el acceso a los recursos sociales en las mismas condiciones que cualquier otra persona de su edad.

Como puede apreciarse, la noción de “centro de protección” ha experimentado una importante evolución de manera que, lejos de las frías “casas de expósitos”²⁷, se pretende que éstos reproduzcan el modelo de convivencia familiar, garantizando la *atención integral* al menor, no limitada, por tanto, a aspectos físicos (alimentación, o salud) sino comprensiva de otros como la cultura y ocio²⁸. Tal cambio de orientación se plasma claramente en el texto del Preámbulo de la Orden de 9 de noviembre de 2005²⁹, en el que puede leerse que

²⁵ Véase el artículo 17 del Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, y la Orden de 23 de octubre de 2007, que aprueba el Reglamento Marco para la Organización y Funcionamiento de los Centros de Protección de Menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Entre las escasísimas definiciones doctrinales sobre el concepto de centros de protección puede destacarse la propuesta por M^a. B. Sáinz-Cantero Caparrós y E. Pardo Martínez, *Régimen jurídico...*, op. cit., p. 65, que los configuran como “recursos residenciales alternativos a la intervención en un entorno familiar y de carácter predominantemente educativo, organizados para favorecer las condiciones normalizadas de vida de los menores cuya tutela o guarda ha sido asumida por la Administración competente en materia de protección de menores”.

²⁶ Que regula los requisitos materiales y funcionales de los Servicios y Centros de Servicios Sociales de Andalucía y aprueba el modelo de solicitud de las autorizaciones administrativas, véase su Anexo I (punto 2.5.2).

²⁷ Sobre la evolución de los sistemas de protección de los menores en España, véase J. Sevilla Bujalance: *Los niños expósitos y desamparados en nuestro Derecho histórico*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2001.

²⁸ El punto 2.4.1 del Anexo I de la Orden de 28 de julio de 2000 (BOJA núm. 102, de 5 de septiembre), que regula los requisitos materiales y funcionales de los Servicios y Centros de Servicios Sociales de Andalucía y aprueba el modelo de solicitud de autorizaciones administrativas, prevé –dentro de los requisitos funcionales específicos de los centros de protección– que en éstos se garantizará “por medios propios o ajenos”, la atención integral a los menores en el conjunto de sus necesidades básicas de alimentación, salud (en todos sus aspectos), educación, así como las de ocio y cultura, durante las veinticuatro horas de todos los días del año, sin que la prestación del servicio pueda repercutir negativamente el periodo vacacional del personal del Centro.

²⁹ Esta Orden regula la cooperación entre la Consejería y las entidades colaboradoras en el acogimiento residencial en Centros de Protección de Menores.

los centros de protección “han pasado a ser pequeñas unidades convivenciales, en las que seis u ocho menores reciben atención por equipos de cuatro o cinco educadores (...) así como personal técnico, que intentan reproducir patrones de relación basados en los que hoy nuestra sociedad considera como modelos de familias, tanto en la atención prestada en el propio centro como en el esfuerzo de normalización e integración familiar que se realiza con cada menor”³⁰.

El ingreso del menor debe hacerse en el centro que resulte más adecuado a sus necesidades y por el tiempo que resulte *imprescindible*³¹, de manera que como señaló la Presidenta de la Asociación estatal de acogimiento familiar (ASEAF) en su comparecencia ante la Comisión Especial del Senado para el estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines³², deberían establecerse límites temporales razonables en los que se lleven a cabo los trabajos de retorno del menor a su familia o la búsqueda de otras alternativas, evitando que los menores permanezcan en estos centros la mayor parte de su vida ocupando plazas de forma permanente y saturando las instituciones. Además, como apuntilla el Defensor del Pueblo³³, el ingreso de un menor en uno de estos centros es compatible –en su caso, y siempre que convenga a su interés– con el mantenimiento de relaciones personales y con la estancia en su propia familia o con familias colaboradoras los fines de semana o periodos vacacionales.

B) Clases

La tipología de los centros de menores trasluce el deseo de que su estructura y funcionamiento reproduzca, en la medida de lo posible, la de una familia, de manera que el menor pueda recibir una atención personalizada. No existe un único tipo de centro de protección, sino una multiplicidad de ellos. Son los siguientes:

³⁰ Por provincias, Sevilla alberga un total de 54 centros de protección, seguida de Granada con 48; Cádiz con 41; Málaga con 35; Almería con 31; Huelva con 27 y Córdoba y Jaén con 20. En cuanto a los menores acogidos, la mayoría se encuentran en Sevilla, donde se presta atención a 483 menores desamparados; seguida de Cádiz, donde se acoge a 465 menores; Málaga, con 430 menores; Granada, con 363; Huelva, con 339; Almería, con 295; Jaén, con 223 y Córdoba, con 160 (datos disponibles en la URL: <http://www.diariocritico.com/2010/Diciembre/noticias/244934/menores-junta.html>).

³¹ La provisionalidad del internamiento se subraya en diversas disposiciones. Así, el art. 8 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, prevé que “Los menores sujetos a medidas de protección tienen derecho a no estar institucionalizados más que el tiempo estrictamente necesario para la aplicación de una medida alternativa. En todo caso, el ingreso en un centro residencial, o la integración en una familia acogedora, deberá ser cuidadosamente planificada, dando apoyo a los menores para las fases de preparación al ingreso, acoplamiento y adaptación a la nueva situación”.

³² BOCG-Senado de 17 de noviembre de 2010, p. 14.

³³ Defensor del Pueblo (2009), p. 83.

a) Casas y residencias

El art. 19 del Decreto 355/2003, clasifica los centros de protección en casas y residencias. Las primeras se configuran como núcleos de convivencia ubicados en viviendas normalizadas (pisos o viviendas unifamiliares independientes, adosadas o pareadas)³⁴ que *siguen los patrones de unidades familiares*. Por su parte, bajo el nombre de residencias se incluyen los centros que agrupan varios núcleos de convivencia *similares a las casas* y en los que los menores acogidos comparten habitualmente los espacios comunes. La previsión de que dichos centros sigan “los patrones de unidades familiares” se refiere a la necesidad de que el número de menores acogidos sea lo más reducido posible, facilitando, de este modo, un más estrecho contacto con ellos y creando, al mismo tiempo, un entorno de convivencia más cálido, cercano y acogedor³⁵.

b) Públicos y privados

A su vez, en función de su titularidad los centros pueden ser públicos (o “propios”) y privados (colaboradores)³⁶. Dentro de los primeros pueden incluirse, además de aquellos cuya titularidad y gestión corresponde a la Administración, los que son gestionados por entidades con personalidad jurídico-privada dependientes de ésta (caso de las Fundaciones) o por gestores privados. Por su parte, los centros privados son aquéllos cuya titularidad corresponde a una entidad colaboradora, entendiéndose por tales aquellas instituciones privadas *sin ánimo de lucro* que estén habilitadas para ejercer las funciones de guarda y atención residencial de los menores desamparados, y que hayan suscrito el correspondiente documento de colaboración con la Administración. Estos últimos son, como regla general, mucho más numerosos. Así, por ejemplo, en Andalucía, a 31 de diciembre de 2010, la red institucional contaba con 2.721 plazas distribuidas en un total de 276 centros de protección de los cuales, tan sólo 20 son propios, siendo los restantes 256 conveniados o concertados con entidades y corporaciones locales³⁷. Unos y otros integran la red pública de centros de protección de menores³⁸.

³⁴ Art. 2.5.2.2 de la Orden de 28 de julio de 2000.

³⁵ La Orden de 28 de julio de 2000, afina aún más al precisar que las residencias tendrán capacidad para acoger entre 9 y 35 menores, procurando que su distribución se asemeje a una vivienda familiar. Por su parte, respecto de las casas, podrá tratarse tanto de “pisos como de viviendas unifamiliares independientes, adosadas o pareadas”.

³⁶ La posibilidad de entidades colaboradoras de la Administración en la protección de menores se reconoce en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre.

³⁷ Las plazas ofertadas en los distintos programas se distribuyen del siguiente modo: 600 en acogida inmediata; 1.773, de acogimiento residencial básico y 348 en programas para necesidades específicas: conflicto social, trastornos de conducta, discapacidad y madres gestantes (Defensor del Pueblo Andaluz, *Informe especial...* (2011), p. 100).

³⁸ La idea de sistema como reflejo del compromiso público con la asistencia social, se pone de manifiesto por F. J. Villar Rojas: “Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios”, *Documentación Administrativa*, nº 271-272, 2005, p. 391.

Para el desempeño de sus funciones, los centros colaboradores reciben la correspondiente subvención de la Administración³⁹ siendo, precisamente, la insuficiencia de recursos económicos el mayor problema que se viene denunciando para el logro de una eficaz protección de los menores, dificultad que se ha incrementado sensiblemente durante los últimos años a raíz de los problemas financieros de las Administraciones Públicas, lo que es especialmente preocupante en el caso de las Corporaciones Locales. Como denuncia el Defensor del Pueblo Andaluz, ello puede poner en peligro la continuación de las acciones de prevención que le han sido legalmente encomendadas⁴⁰, además de que la política de recortes puede producir efecto no deseado desembocando en un gasto superior al ahorro pretendido, ya que al no atajarse la situación de riesgo mediante la adopción de las correspondientes medidas preventivas, la Administración se verá abocada a declarar el desamparo del menor y asumir su guardia y custodia, lo que resulta mucho más costoso⁴¹.

c) De primera acogida, residenciales y especializados

Finalmente, con independencia de su tipología, una última clasificación puede hacerse en función del programa que desarrollen, distinguiéndose entre los centros de primera acogi-

³⁹ En cualquier caso, siempre que la Administración haya delegado la gestión de los centros en entidades privadas debe exigirse las mismas una total transparencia en la gestión de los gastos como requisito indispensable para que su actuación se adecue a los principios de eficacia y eficiencia recogidos en la Constitución, impidiendo que su actividad se realice con fines lucrativos (Defensor del Pueblo (2009), *op. cit.* p. 415).

⁴⁰ En la p. 119 de su *Informe especial...* (2011), *op. cit.*, puede leerse que: “Las limitaciones presupuestarias han incidido de manera especial en las Corporaciones locales cuyas arcas se encuentran bastante diezmadas por la actual situación económica. Como bien es sabido, sus ingresos se han visto reducidos drásticamente, lo que a la postre se ha traducido en una merma de servicios entre los que se encuentran los prestados en materia de prevención, cuando es precisamente en situaciones como las que vivimos en los últimos años por los efectos (...) de la crisis, es cuando más se impone potenciar la atención en el ámbito preventivo. Unas acciones que deben ir encaminadas a detectar situaciones de riesgo e intervenir en el propio medio familiar y social en que se desenvuelven a fin de evitar situaciones de maltrato y de desprotección”.

⁴¹ Debe tenerse en cuenta el importante coste económico que supone el mantenimiento de cada niño ingresado. De conformidad con lo dispuesto en el Anexo IV de la Orden de 9 de noviembre de 2005, que regula la cooperación entre la Consejería y las entidades colaboradoras en el acogimiento residencial en Centros de Protección de Menores, el coste diario por cada menor ingresado puede llegar a alcanzar los 120 euros en el caso de que se trate de niños con trastornos de conducta, de manera que el coste mensual de cada niño ingresado superaría los 3.500 euros, lo que es otro argumento a favor del acogimiento familiar que resulta mucho más económico. Defensor del Pueblo, *Informe especial...* *op. cit.*, p. 120.

da (o acogida inmediata⁴²) los que desarrollan programas de atención residencial básica⁴³ –que son los más numerosos– y, por último, los que desarrollan programas específicos con menores que presentan necesidades especiales o tienen dificultades de adaptación en su comportamiento y que, por sus características, necesitan una atención especializada en función del tratamiento que precisen (menores en con trastornos de conducta, extranjeros⁴⁴, menores con problemas de adicción, en situación de dificultad social...).

Es posible que un mismo centro desarrolle más de un programa⁴⁵. En tal caso, éstos deberán ser compatibles entre sí y no afectar al normal desarrollo de la atención a los perfiles y problemática de los menores atendidos debiendo ubicárseles en unidades funcionales o módulos convivenciales independientes. Ahora bien, esta previsión, si bien ideal, es frecuentemente incumplida en la práctica, hasta el punto que no sólo se mezclan menores que deberían estar separados en función del programa de protección, sino, lo que es más, grave, a menudo se ingresa en centros de protección a menores que, por haber cometido algún ilícito de los contemplados en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores, deberían de ingresar en un centro de reforma y no en un centro de protección.

La necesidad de diferenciar con claridad distintos supuestos en los que procede la institucionalización se subraya en el Informe de la Comisión Especial del Senado para el Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines⁴⁶, en el que se insiste en la necesidad de *especialización*⁴⁷.

⁴² Son aquellos en los que se atiende, con carácter de urgencia y en horario ininterrumpido a los menores que se encuentren en grave situación de desprotección o en alto riesgo físico o psíquico, teniendo como objetivo el estudio y diagnóstico del menor y su entorno socio-familiar, en aras a determinar la medida y recurso de protección más adecuados así como el plan a seguir con su menor y su familia.

El ingreso en estos centros es siempre temporal, en tanto se sustancie el procedimiento que determine la medida a adoptar.

⁴³ En estos centros se ofrece al menor el alojamiento, la convivencia y la educación que precisa para su desarrollo integral por el periodo necesario hasta que pueda producirse el retorno a su familia si fuera posible, la preparación para la emancipación o vida autónoma cuando cumplan dieciocho años o se adopte otra medida alternativa.

⁴⁴ En relación con la tutela de los menores extranjeros, véase E. Fernández Masía: "Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España", (Ref. *La Ley* 1642/2001).

⁴⁵ Así lo prevé la Orden de 9 de noviembre de 2005 (BOJA núm. 222, de 14 de noviembre), que regula la cooperación entre la Consejería y las entidades colaboradoras en el acogimiento residencial de los Centros de Protección de Menores.

⁴⁶ *BOCG-Senado* de 17 de noviembre de 2010, p. 52.

⁴⁷ Entre las recomendaciones que recoge el informe en relación a los centros de protección se recoge la de "Diferenciar los distintos supuestos que dan lugar a la institucionalización, a través del acogimiento residencial, para su adaptación a las necesidades de los menores, distinguiendo, entre otros, el caso de los menores extranjeros no acompañados o de menores con carencias socio-familiares que, por su edad o circunstancias no

C) Los Reglamentos de Organización y Funcionamiento

a) Concepto

La existencia de los Reglamentos de Organización y Funcionamiento (ROF) está plenamente justificada. Como se ha dicho acertadamente⁴⁸, no es recomendable que las leyes del sector (de servicios sociales, o, de menores) realicen una regulación detallada de del régimen de funcionamiento aplicable a todos los centros. Lo más adecuado –sin perjuicio de su debido respeto a unas pautas generales– es dejar en manos de la Administración titular de cada centro la definición de su concreto régimen propiciando una regulación flexible que se acomode a sus peculiaridades pues, como se ha visto, no existe un único tipo de centros de menores sino una variada tipología de los mismos y, por ende, unas diversas necesidades.

Dichos reglamentos se revelan, por tanto, como una pieza clave para la articulación de la convivencia de los menores ingresados al concretar para cada centro los instrumentos y procedimientos materiales, personales y relacionales de la intervención con los menores, lo que deberán hacer con el debido respeto a los principios y criterios y directrices establecidos en el Reglamento Marco⁴⁹ así como a las demás disposiciones legales vigentes.

b) Naturaleza jurídica

Por lo que atañe a su naturaleza jurídica, si se conviene que trata de reglamentaciones de servicio público, su calificación como verdaderos reglamentos no plantea problema alguno existiendo una consolidada doctrina⁵⁰ y jurisprudencia al respecto. Sentada su naturaleza reglamentaria, es preciso aclarar que su aprobación corresponde a la Dirección General de Menores (art. 52 del Decreto 355/2003) no a los centros que carecen de competencia

puedan adaptarse al ámbito familiar, del caso de los menores con graves trastornos de conducta, para los que deben habilitarse centros especializados y destinarse programas especiales”.

⁴⁸ Véase el excelente trabajo de A. Ezquerro Huerva: “El estatuto jurídico de los usuarios de centros y establecimientos de servicios sociales”, en A. Ezquerro Huerva (coord.): *Ciudadanos y...*, op. cit., p. 121.

⁴⁹ Aunque con notable retraso, el Reglamento Marco ha sido definitivamente aprobado en Andalucía en el año 2007 (BOJA núm. 223 de 13 de noviembre), debiendo todos los Centros que dispusiesen de Reglamentos de Organización adoptados con anterioridad a dicha fecha ajustar su con tenido a lo dispuesto en él.

⁵⁰ Como manifestara ya hace muchos años ALBI, F., en su clásico *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960, p. 520, “las normas para el desarrollo de los servicios son (...) cosa ajena a la concesión propiamente dicha y se derivan de situaciones generales de obligada observancia, reflejo de la potestad reglamentaria de la Administración, que no pueden involucrarse en un proceso licitatorio más que con una coincidencia puramente material y externa” para añadir que “la simultaneidad de Reglamento y contrato no es una característica exclusiva de la concesión (...), puesto que dicha circunstancia se presentará en todos los casos en que se produzca la colaboración de un particular con la Administración Pública”; en el mismo sentido, A. Ezquerro Huerva: “El estatuto...”, op. cit., p. 120.

para ello, si bien, como se verá inmediatamente, éstos gozan de un relevante papel en el procedimiento de elaboración. Dicho procedimiento no aparece, como es lógico, exhaustivamente regulado en la normativa sectorial que tan sólo contiene una referencia a alguna de sus especialidades (art. 52 del Decreto 355/2003) por lo que deberá estarse, en lo demás, a lo dispuesto en el art. 45 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, precepto donde se especifican los trámites generales para la aprobación de las disposiciones reglamentarias en esta Comunidad.

c) *Procedimiento de elaboración*

El procedimiento su aprobación debe iniciarse una vez sancionado el *Proyecto Educativo del Centro*, que, de este modo, se erige en presupuesto indispensable para su tramitación. Ello se justifica en que es tal Proyecto el que establece el “marco de referencia de los planteamientos educativos de carácter general que describe y *distingue al Centro* en función de los programas residenciales encomendados”⁵¹. Por tanto, hasta que no se clasifique el centro, no puede definirse su Reglamento porque aún no se ha decidido el programa que éste debe desarrollar (como se verá, existen importantes diferencias según el tipo de centro de que se trate; así, por ejemplo, no pueden equipararse las necesidades de un centro en el que se desarrolla un programa de menores en situación de conflicto con otro de primera acogida).

Ahora bien, de la lectura de los preceptos correspondientes, resulta que los trámites que integran el procedimiento para la aprobación de uno y otro son idénticos: redacción por los mismos profesionales; informe preceptivo del mismo Servicio y aprobación por igual Dirección General. Ello lleva a plantear la conveniencia de su tramitación simultánea, no sucesiva, integrándose la aprobación de ambos (Proyecto y Reglamento) en un solo acto, lo que supondría una más ágil y eficaz actuación, en coherencia con uno de los principios básicos del procedimiento administrativo que es el de celeridad, contribuyéndose, en definitiva –lo que es especialmente importante en una materia tan sensible como esta– a la tan necesaria y justamente aclamada simplificación administrativa.

En segundo lugar, dentro de los actos de instrucción, destaca la necesidad de solicitar el informe del *Servicio especializado de protección de menores*. Dos cuestiones pueden comentarse en relación con este trámite: la identificación de cuál sea dicho Servicio y el carácter del informe que debe emitir. En relación con este último aspecto, como es sabido, la regla general es que los informes tienen el carácter de facultativos, salvo que exista una disposición expresa que les atribuya carácter preceptivo. Así acontece en el caso que nos ocupa⁵², pues conforme al art. 52.3 del Decreto 355/2003, “Una vez elaborado el

⁵¹ Art. 50 del Decreto 355/2003.

⁵² El art. 52.3 del Decreto 355/2003, dispone que “Una vez elaborado el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Centro será tramitado para su informe al Servicio especializado de protección de menores, que a

Reglamento de Organización y Funcionamiento del Centro *será tramitado para su informe* al Servicio especializado de protección de menores (...). Al margen de la redacción poco afortunada del precepto extractado (en mi opinión, hubiera sido preferible la expresión “se remitirá para su informe” a la de que “será tramitado para su informe”, que resulta un tanto alambicada), la principal cuestión de fondo que se plantea es la del efecto que su omisión puede tener sobre la validez del Reglamento. Se ha dicho, con razón, que la función de los informes⁵³ que deben emitirse en los procedimientos de elaboración de disposiciones generales es asegurar su corrección jurídica⁵⁴, por lo que deben de evacuarse en el momento oportuno pues, en otro caso, tal finalidad quedaría burlada determinando dicha omisión la nulidad de la disposición adoptada. Sobre esta cuestión existe una reiterada y abundante jurisprudencia que sintetiza en la STS (Sala 3º), de 13 de noviembre de 2000 (RJ 2001/65), en la que el Alto Tribunal claramente estatuye que:

“El procedimiento de elaboración de los reglamentos constituye un procedimiento especial, previsto por el artículo 105 de la Constitución y regulado con carácter general en el artículo 24 de la Ley 50/1997, del Gobierno, y un límite formal al ejercicio de la potestad reglamentaria. Su observancia tiene, por tanto, un carácter «ad solemnitatem», de modo que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, la omisión del procedimiento o un defectuoso cumplimiento que se traduzca en una inobservancia trascendente para el cumplimiento de la finalidad a que tiende su exigencia, arrastra a la nulidad de la disposición que se dicte. Orientación teleológica que tiene una doble proyección: una de garantía «ad extra», en la que se inscriben tanto la audiencia de los ciudadanos, directa o a través de las organizaciones o asociaciones reconocidas por la ley, prevista en el artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, como la necesidad de una motivación de la regulación que se adopta, en la medida necesaria para evidenciar que el contenido discrecional que incorpora la norma no supone un ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria, en la que se inscriben los informes y dictámenes preceptivos a que se refiere el artículo 24.1.b) Ley del Gobierno” [en el mismo sentido SSTS de 7 de marzo de 1990 (RJ 2516) y 23 de abril de 1993 (RJ 2977)].

Una vez aprobados los reglamentos serán revisados cada cinco años con el fin de evaluar su validez, si bien, una vez pasados dos, podrá interesarse su revisión a iniciativa del servicio especializado de protección de menores o a petición del Centro siempre que existan razones justificadas.

su vez lo remitirá a la Dirección General competente en materia de protección de menores para su aprobación, debiendo adecuarse al Reglamento Marco y a las disposiciones legales vigentes”.

⁵³ Es claro que los informes que deben emitirse en un procedimiento administrativo no son sólo los previstos con en las leyes del Gobierno estatal o autonómicas, ya que otras normas especiales pueden prever otros trámites o informes, como acontece en el caso que nos ocupa.

⁵⁴ M^a. J. Gallardo Castillo: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 421.

III. LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS MENORES INGRESADOS

1. Derechos

Acordado el ingreso del menor en un centro de protección, éste queda sometido a un peculiar régimen jurídico que determina su estatuto⁵⁵. Como se ha avanzado, sus perfiles concretos podrán variar o modularse en función de las necesidades y características del menor así como del programa concreto que desarrolle el centro en cuestión.

Partiendo de que el menor ingresado goza de todos los derechos que el ordenamiento jurídico vigente reconoce a toda persona –derechos que, como señala el art. 14 del Decreto 355/2003, de Acogimiento residencial de menores, son irrenunciables– existe una enumeración particular de los mismos que se contiene en el precitado Decreto así como en el 42/2002, de 12 de febrero, sobre Régimen de Desamparo, Tutela y Guarda Administrativa⁵⁶. De entre ellos, unos son reiteración de los reconocidos en la Constitución (p. ej. derecho a la intimidad, libertad de expresión, salud o la educación), mientras que otros son específicos de los menores que se encuentran en esta especial tesitura y que algún autor ha calificado como “de prestación”⁵⁷.

En las páginas siguientes se esbozarán las líneas fundamentales que plantea su ejercicio, teniendo en cuenta que son los ROF los que deberán perfilar su contenido concreto así como el de los correlativos deberes.

A) Seguridad y confidencialidad

Bajo la rúbrica de “seguridad y confidencialidad”, el art. 6 del Decreto 355/2003, dispone que los menores tendrán derecho a ser atendidos por personal cualificado profesionalmente y con una formación apropiada, que deberá respetar en todo caso la confidencialidad de los datos que conozca. Asimismo, prevé este artículo que los centros de protección

⁵⁵ Enumera detalladamente las razones que justifican el establecimiento de un estatuto jurídico administrativo de las personas internadas en un centro residencial J. M^a. Alonso Seco, en su artículo “El *status* jurídico-administrativo del interno en centros de la red pública asistencial: derechos y obligaciones”, *Documentación Administrativa*, nº 271-272, 2005, pp. 413-439.

⁵⁶ Conforme al art. 5 del Decreto 355/2003: “La Administración de la Junta de Andalucía prestará una atención integral a los menores acogidos en centros de protección y velará por el respeto de todos sus derechos como niños o adolescentes, garantizando su dignidad personal”.

⁵⁷ Para J. M^a. Alonso Seco: “El *status*...”, *op. cit.*, p. 433, “el verdadero mérito de los ordenamientos legales que establecen derechos para los usuarios de los centros (...) se encuentra precisamente en la incorporación de esos derechos de prestación”, en cuanto su reconocimiento por la Administración permite al usuario exigirlo al amparo de lo previsto en el art. 53.3 de la CE.

deberán constituir un entorno seguro, en el que se hayan previsto las situaciones de riesgo de acuerdo con las circunstancias evolutivas de los menores.

a) *Confidencialidad*

Del precepto citado resulta que el derecho que consagra en el primer apartado (derecho a la confidencialidad), es perfectamente subsumible en el derecho a la intimidad del que puede considerarse como manifestación particular y al que puede, por tanto, reconducirse siendo dudosa –o al menos criticable desde el punto de vista sistemático– su regulación conjunta con el derecho a la seguridad.

Sea como fuere, no hay duda de que la obligación se impone a *todas* las personas que participen en el proceso de protección (por tanto, no sólo el personal del centro como alude el precepto citado) las cuales deben guardar “estricta confidencialidad acerca de la historia personal y familiar” de los menores, evitando las valoraciones peyorativas sobre las circunstancias que han provocado la actuación protectora o sobre la familia biológica y tratando reservadamente los datos personales que figuren en los expedientes o historiales que manejan.

Son múltiples las cuestiones que jurídicas que se plantean al hilo de esta obligación, como las relativas a la naturaleza del expediente; su custodia; la propiedad del mismo o el acceso a los datos que en él se contienen por parte del propio menor o de terceros. El Reglamento Marco, prevé que el ROF deberá implementar un sistema de protección de todos los datos familiares y personales de cada menor acogido que se ajustará a lo dispuesto en la legislación reguladora de la protección de datos, imponiendo el cumplimiento de tal normativa⁵⁸ y de los correspondientes códigos deontológicos a todo el personal que interviene con el menor, pudiendo su incumplimiento ser constitutivo de infracción administrativa grave (art. 56 f) LMA) o, incluso, delito de revelación de secretos.

b) *Seguridad*

En segundo lugar, por lo que se refiere al derecho a la seguridad, no resulta fácil determinar qué es lo que se ha querido garantizar exactamente en este artículo. A mi modo de ver, la seguridad a que en él se alude (equivalente a “entorno seguro”) no puede identificarse con la “seguridad personal” a que hace referencia el art. 17 de la CE (libertad pública básica que previene contra las detenciones arbitrarias). Ciertamente, el menor tiene derecho a

⁵⁸ Conforme al art. 1 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos: “La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar”.

la seguridad en el sentido constitucionalmente previsto, en cuanto que su ingreso no puede producirse de forma arbitraria sino previa la correspondiente decisión administrativa o judicial que lo justifica.

Pero la seguridad a la que se refiere en este precepto no es aquella a la que se acaba de aludir. A mi modo de ver, al imponer la exigencia de que en los centros constituyan un “entorno seguro en el que se hayan previsto las situaciones de riesgo de acuerdo con las circunstancias evolutivas de los menores”, exige tener en cuenta las características de los menores, aprobando para cada uno de ellos su particular “hoja de ruta” (a través del Plan de Intervención y el Proyecto Educativo a los que alude el Decreto 355/2003, y a los que se hará ulterior referencia), y fijando las demás normas que sean necesarias para disciplinar la vida cotidiana en el centro, de modo que éste reúna todas las garantías precisas para asegurar la integridad y tranquilidad de sus ocupantes en sus relaciones con los demás. Por añadidura, los centros deben reunir todos los requisitos previstos en la legislación vigente en materia de seguridad: medidas de prevención de incendios, salidas de emergencia, etc.

B) Trato respetuoso y personalizado

De lo dispuesto en el art. 7 del Decreto 355/2003, y de los arts. 10 y 11 del Decreto 42/2002, resulta que debe diferenciarse entre el trato “respetuoso” y el “personalizado”.

a) Trato personalizado

Conforme al primero de los artículos citados, el trato *personalizado* –además de la evidente previsión de que menor deba ser atendido a través del programa que mejor se ajuste a sus necesidades– se concreta el derecho de éste a que se elabore un “Plan de Intervención”⁵⁹ y un “Proyecto Educativo”⁶⁰ que se acomode a sus necesidades, así como

⁵⁹ El art. 24 del Decreto 355/2003, define el procedimiento de elaboración y el contenido de dicho Plan previendo que: “En el plazo de un mes desde que se hubiera acordado el acogimiento residencial, el Servicio especializado de protección de menores remitirá al centro el Plan de Intervención del menor.

El Plan de Intervención tendrá carácter personalizado y definirá los objetivos de la actuación protectora, su temporalidad, recursos, régimen de relaciones personales, incorporará el plan de integración familiar y social y la propuesta sobre el menor, llevando a cabo las intervenciones necesarias para su ejecución”.

⁶⁰ Conforme al art. 57 del Decreto 355/2003, que: “Cada menor acogido en un Centro deberá contar con su Proyecto Educativo Individualizado. Será elaborado por el tutor teniendo en cuenta las indicaciones del resto de los profesionales del equipo, en el primer cuatrimestre de estancia del menor en el centro y será remitido al Servicio especializado de protección de menores a fin de que valore su adecuación al Plan de Intervención. En función de la edad y grado de madurez, el menor tendrá participación en la elaboración de su propio Proyecto Educativo.

El Proyecto Educativo Individualizado de cada menor será evaluado de forma continua, siendo modificado en función de la evolución y necesidades del menor”.

en la asignación en el centro de un educador que asumirá la atención personalizada y cotidiana en todas las dimensiones de su vida.

Para asegurar el trato personalizado, el Informe de la Comisión especial de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines propone promover la formación de equipos psicosociales estables que permanezcan en el tiempo, mediante la oportuna incentivación profesional por parte de las CCAA de psicólogos, trabajadores sociales, etc., procurando así que los menores puedan tener un único técnico de referencia.

Las medidas concretas que garanticen el trato personalizado se especificarán en el ROF de acuerdo con las pautas y sugerencias que especifica el Reglamento Marco⁶¹.

b) *Trato respetuoso*

Por su parte, el art. 11 del Decreto 42/2002, prevé que los menores sujetos a medidas de protección y sus familias tienen derecho a ser tratados de modo respetuoso para con su intimidad, etnia, valores religiosos y culturales, orientación sexual y diversidad familiar. En los casos en que proceda la retirada de los menores del hogar familiar, se exige que ésta se realice por los profesionales adecuados de modo que no constituya una experiencia especialmente traumática. A tal fin, se explicará de forma comprensible a los menores y a sus padres o tutores las razones de la retirada de aquéllos y el objetivo perseguido con la misma⁶².

⁶¹ Conforme al Reglamento Marco, la garantía del tratamiento personalizado vendrá dada por:

- La indicación de la forma y el momento de la asignación de educador tutor o educadora tutora, así como de los espacios físicos y temporales en la dinámica de la vida cotidiana en los que tiene lugar una atención específica a cada menor.
- La metodología de trabajo personalizada, mediante la práctica de los diferentes instrumentos para la acción educativa individualizada previstos en el art. 55 del Decreto 355/2003.
- La celebración de reuniones de seguimiento de planes concretos, entre los distintos miembros de los equipos de profesionales, y con la frecuencia que establezca el Plan de Intervención de cada caso en particular.
- La implementación, por la persona experta en psicología y por el educador tutor o la educadora tutora, de programas de desarrollo específicos e individualizados, en función de las carencias y necesidades que pudiera presentar cada menor.

⁶² En relación con este artículo aflora, inmediatamente, el problema de los conflictos que pueden ocasionarse en las escuelas como consecuencia del aumento de menores inmigrantes con diversas culturas creencias o valores religiosos. Esta cuestión ha sido tratado por J. M. Murillas Escudero: "Aspectos jurídicos de la protección del menor inmigrante", (Ref. *La Ley* 2360/2002).

C) Honor, intimidad e imagen

Los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, genuinos derechos de la personalidad (intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles)⁶³, se consagran y protegen constitucionalmente por el art. 18 de la CE, que ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Como ha destacado el TS (STS de 17 de diciembre de 1997, RJ 9100), no se trata un derecho tricéfalo con varios aspectos (*ius in se ipsum*), sino tres derechos diferenciados⁶⁴ que, además, no tienen un carácter absoluto por lo que pueden sufrir limitaciones, si bien éstas deberán estar establecidas por ley orgánica y basadas en razones de orden público⁶⁵.

⁶³ Como señala A. Macías Camacho: “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, (Ref. *La Ley* 15472/2008), “de entrada, hay que efectuar una importante aclaración: como tales, los derechos, están fuera del comercio de los hombres y no pueden ser objeto de negocio, ni gratuito, ni oneroso. Idéntica cuestión sucede con la irrenunciabilidad, el titular de alguno de estos derechos podrá no ejercitarlo, pero no podrá renunciar, por ejemplo, a tener intimidad. A esta premisa debe añadirse que, tratándose de menores, la protección es reforzada o prevalente, por el mero hecho de que nuestro ordenamiento jurídico, siguiendo un inveterado principio general del Derecho, procura la protección de los menores e incapaces como interés superior”.

Alguno de los problemas que se plantean con ocasión de la protección de estos derechos han sido tratados en la Instrucción del Fiscal General del Estado 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la Protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores, en la que se destaca la necesidad de concienciación social para la efectiva protección de los derechos de los menores pues “ni las vigorosas normas internacionales, estatales y autonómicas ya promulgadas, ni la supervisión de las Administraciones públicas, ni la decidida intervención del Ministerio Fiscal pueden garantizar un pleno y riguroso respeto a los derechos de los menores si no van acompañadas de una auténtica concienciación social que asuma la necesidad de una escrupulosa tutela frente a las intromisiones que puedan llegar a poner en riesgo o perturbar su proceso de maduración. Representantes legales, medios de comunicación, poderes públicos y sociedad en general, deben cada uno en su ámbito funcional constituirse en garantes de los derechos de los menores. Los profesionales y los medios de comunicación debieran sin reservas asumir ese principio deontológico”.

⁶⁴ Sin embargo, como señala X. O’Callaghan Muñoz: “Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de Protección del Menor”, (Ref. *La Ley* 12071/2001), “en la práctica, son numerosas las demandas que se formulan en protección conjunta de los tres derechos, sin distinguir a cuál de ellos atenta el hecho objeto de la misma (...)” y la LOPJM, “también cae en la misma confusión. Ello sin perjuicio de que un mismo hecho puede atentar conjuntamente contra el honor y la imagen, o contra la intimidad y la imagen; en principio, no es posible la concurrencia del atentado al honor y a la intimidad”.

⁶⁵ Muy relacionado con estos derechos está el derecho a la información, con el que, a menudo colisionan. En este sentido, el art. 20 de la CE, tras reconocer el derecho a la libertad de expresión y a recibir una información veraz, indica que tales derechos tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el Título relativo a los derechos y deberes fundamentales, en los preceptos de las leyes que los desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que conforme a la Instrucción 3/2005, de 7 de abril, sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación, el posible interés informativo de la noticia cede ante la necesidad de protección de los intereses del menor afectado.

a) *Imagen*

Definida la imagen como la figura, representación, semejanza o apariencia de una persona, el derecho a la misma⁶⁶ se configura como un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana constituido y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular la potestad de determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública [SSTC 117/1994 y 83/2002]⁶⁷. El TS atribuye a la imagen doble aspecto negativo y positivo: negativo, como el derecho a evitar que se reproduzca la imagen de una persona o se obtengan fotografías sin su consentimiento y positivo, como el derecho del interesado a difundir o publicar su imagen [STS de 19 de octubre de 1992]⁶⁸.

Así configurado, el derecho a la propia imagen tiene consideración especial en el caso de los menores⁶⁹ que se refleja, si bien indirectamente, en la propia CE cuyo artículo 20.4 recoge como limitación del derecho a la libertad de expresión la protección de la juventud y la infancia. Por su parte, tanto la LOPJM (art. 4) como la LMA (art. 8) consagran este derecho prohibiendo la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una *intromisión ilegítima*, considerándose como tal “cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación”⁷⁰, o que sea

⁶⁶ Como J. M. Serrano Alberca: “Artículo 18”, en F. Garrido Falla (coord.): *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, p. 401, el derecho a la imagen puede reconocerse como independiente o como consecuencia de la protección del derecho al honor. En el primer caso, su protección abarca cualquier tipo de captación de imágenes sin el consentimiento de la persona o contra su voluntad, así como su difusión. En cambio, si el derecho a la imagen se protege como consecuencia del derecho al honor, tendrá un ámbito más limitado.

⁶⁷ Dispone la STC 170/1987, que: “Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y en este ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación, y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto”.

⁶⁸ Así concebido, en ocasiones puede ser difícil distinguir este derecho de otros semejantes (en particular, del derecho al honor), si bien, como señala J. M. Serrano Alberca: “Artículo...”, *op. cit.*, p. 416, su singularidad estriba en que la imagen se protege con independencia del carácter difamatorio o no de la expresión.

⁶⁹ Sobre la problemática que plantea la protección de la imagen de los menores y la virtualidad de su consentimiento, véanse M^a. A. Fernández González-Regueral: “Derecho a la propia imagen del menor”, *Actualidad Civil*, nº 7, 2004, pp. 725 y ss.; A. Paños Pérez: “El interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor”, (Ref. *La Ley* 3304/2012); o X. O’Callaghan Muñoz: “Personalidad y...”, *op. cit.*, *in toto*.

⁷⁰ Como señala M^a. A. Fernández González-Regueral: “Derecho a la...”, *op. cit.*, es preciso completar la previsión contenida en este artículo con el art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, pues del texto del primer art. citado parece desprenderse que “la utilización de la imagen de un menor en un medio de comunicación sólo constituye intromisión ilegítima si se produce menoscabo en su honra o reputación, lo cual podría interpretarse en el sentido de que si no existe tal menoscabo, no hay intromisión ilegítima”.

contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales” (situación que, como es obvio, se agrava en el caso de que ni siquiera exista dicho consentimiento). La vulneración de esta obligación constituye infracción administrativa grave (art. 56 g) LMA).

La utilización ilegítima de la imagen de un menor es una cuestión que ha producido una doctrina jurisprudencial uniforme y reiterada, así, en la STS 774/2006 de 13 julio (RJ 969/2006) el Alto Tribunal establece que:

“El derecho a la imagen trata de impedir que sea reproducida o dada a conocer públicamente; el sentido que la persona tiene de su propia individualidad impone la exigencia de reserva o de que sea ella misma quien deba consentir la reproducción de su imagen, más todavía cuando los progresos técnicos actuales facilitan notablemente esa reproducción. Este derecho de la personalidad sólo puede limitarse por el propio titular, *consintiendo* la divulgación de su propia imagen, o *por la Ley*, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público (artículo 8, 2 la Ley 1/1982). Evidentemente, ninguno de los supuestos concurren en este caso, porque ni medió consentimiento del niño o su representante cuya imagen por fotografía se difunde y Pública, ni de los cónyuges, que igualmente son fotografiados y, sin su consentimiento, su imagen es publicada” [en el mismo sentido *vid.* STSS de 19 de octubre de 1992 [(RJ 1992, 8079) y de 7 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7058); 18 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6076)].

El principal problema que se plantea es, por tanto, la determinación de cuando los menores tienen capacidad suficiente para consentir la divulgación de su propia imagen⁷¹. Para responder a esta cuestión debe estarse a lo dispuesto en el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, que prevé que el menor podrá autorizar o consentir intromisiones en su derecho a la propia imagen si cuenta con la “madurez suficiente, o por medio de sus representantes legales en otro caso”⁷².

No obstante, el tema se complica desde el momento en que el art. 4 de la LOPJM prevé que, se considerará intromisión ilegítima “cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación”⁷³, o que sea contraria a sus intereses *incluso si consta el consentimiento del menor o de*

⁷¹ Este problema ha sido tratado por A. Macías Castillo: “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, (Ref. *La Ley* 15472/2008).

⁷² En cualquier caso, según la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, para que ese consentimiento sea válido, debe otorgarse de ser expreso y otorgarse de forma escrita.

⁷³ Como señala M^a. A. Fernández González-Regueral: “Derecho a la...”, *op. cit.*, es preciso completar la previsión contenida en este artículo con el art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, pues del texto del primer art. citado parece desprenderse que “la utilización de la imagen de un menor en un medio de comunicación sólo constituye

sus representantes legales. Esta antinomia con el art. 3 de la Ley 1/1982, se resuelve teniendo muy presente que lo que debe prevalecer siempre es la protección del menor ya que éste puede no ser verdaderamente consciente de las consecuencias negativas que su consentimiento a la difusión de su imagen puede acarrear⁷⁴. En este sentido, se pronuncia la SAP de Madrid de 19 de junio de 2006 [JUR 2007\10169] al afirmar que:

“En consonancia con lo expresado se encuentra el art. 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, que establece y define como intromisión ilegítima, «cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales», que justifica la acción ejercitada por el MF en relación con lo dispuesto en el número anterior de dicho precepto. Así las cosas, el derecho a la intimidad susceptible de protección, en cuanto al interés legítimo de las menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar supone un límite infranqueable frente al derecho a comunicar libremente información veraz”.

La protección de este derecho se impone de forma especialmente cuidadosa cuando se trata de menores que se encuentran en la delicada situación que ahora nos ocupa. No puede olvidarse que se trata de niños que, en muchos casos, han sido víctima de malos tratos agresiones sexuales u otra experiencia traumática por lo que, a la protección genéricamente prevista, debe añadirse un *plus* que garantice su amparo integral procurando evitarles un padecimiento adicional al que ya han sufrido.

Todas las previsiones legales existentes para la protección del derecho a la imagen del menor resultan aplicables a los que se encuentren ingresados en un centro de protección. A ellas debe añadirse lo dispuesto en el Decreto 42/2002, cuyo artículo 14 prevé que: “La Administración de la Junta de Andalucía promoverá el ejercicio de las acciones legales pertinentes a fin de evitar y perseguir la divulgación, a través de los medios de comunicación social y sistemas informáticos de uso general o cualesquiera otros derivados de la aplicación de nuevas tecnologías, de la imagen de los menores y de información sobre la situación personal, familiar y social de estos que permita su identificación. A tal efecto, se procederá a la iniciación del correspondiente procedimiento sancionador, sin perjuicio de la comunicación de tales hechos al Ministerio Fiscal”.

intromisión ilegítima si se produce menoscabo en su honra o reputación, lo cual podría interpretarse en el sentido de que si no existe tal menoscabo, no hay intromisión ilegítima”.

⁷⁴ Así lo destaca acertadamente M^a A. Fernández González-Regueral: “Derecho a la...”, *op. cit.*, que resulta difícil conjugar la previsión de este art. con la contenida en el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, donde se permite que el menor pueda consentir intromisiones en los derechos de la personalidad si sus condiciones de madurez lo permiten, concluye la citada autora que la previsión del art. 4 de la LOPJM se justifica en el objetivo de reforzar la protección del menor “y evitar el perjuicio que la difusión y publicación de datos relativos a su persona en los medios de comunicación pueda tener en su desarrollo” así como en “evitar que el menor pueda ser objeto de manipulación por sus propios padres, familiares o grupos en que se mueve”.

En relación la protección de la imagen de estos menores puede citarse la STS 485/2010, de 26 de julio [RJ 2010/6938] en la que el Alto Tribunal manifiesta que:

“Se ha narrado la forma en que los mismos salieron del círculo de la custodia familiar, en unos casos por la madre que no la tenía atribuida y por un abuelo en iguales condiciones, manifestándose las circunstancias particulares de la vida de esos menores y de sus padres, la consideración de que la madre de uno de ellos nunca quería estar con su hijo porque no tenía instinto maternal, que los padres de otro eran drogodependientes y otras circunstancias que desde luego afectan sobremanera la intimidad de esos menores (...) es obvia la intromisión en el primero (derecho a la intimidad) al darse a conocer públicamente una serie de circunstancias personales y familiares que en nada interesan al público en general, de una manera que puede resultar harto perjudicial a los menores al poderse conocer en el círculo de personas o conocidos con los que actualmente convivan, a quienes precisamente va dirigida la pretensión de que se den noticias sobre su paradero. Es claro que aunque a las personas que actualmente les tengan en su compañía no les asistiera la razón jurídica o incluso incurrieran en un comportamiento contrario a derecho, o incluso pudieran estar cometiendo actuaciones ilícitas desde el punto de vista penal en relación con el derecho a la custodia de esos menores, tales circunstancias no pueden perjudicar precisamente a esos menores a los que se pretende defender mediante la emisión de las manifestaciones y fotografías efectuadas en el programa poniendo en público conocimiento circunstancias de su procedencia familiar y de las condiciones o personalidad de esos familiares”.

b) Intimidad

Como señala reiterada y consolidada jurisprudencia, el derecho a la intimidad, en cuanto derivación de la dignidad de la persona, tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida (vinculado con el respeto a su dignidad) frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida [SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre, y 115/2000, de 10 de mayo], evitando así las intromisiones arbitrarias en su vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos [ST 485/2010, de 26 de junio (RJ 2010/6938), 719/2009, de 16 de noviembre (RJ 2010, 660); SSTC 231/1988, de 2 de diciembre y 197/1991, de 17 de octubre]. Este derecho se extiende al conocimiento de datos sobre la persona, su propio cuerpo y sobre las personas relacionadas con ella.

No obstante, resulta difícil determinar apriorísticamente cuando una actuación puede suponer una vulneración de este derecho, al variar según las circunstancias y las caracterís-

ticas de cada persona siendo, en definitiva, los Tribunales los que decidan, caso por caso, cuando dicho derecho es o no tutelable⁷⁵.

En relación a los menores, la protección de la intimidad se garantiza junto a la de su honor e imagen, en el art. 6 de la LMA. Ahora bien, este artículo consagra el derecho a la intimidad que tienen los menores, en general⁷⁶ pero ¿qué ocurre respecto de los “otros” menores, es decir, los que se encuentran ingresados en un centro de protección? No resulta difícil aventurar que tal derecho sufrirá ciertas matizaciones impuestas por la especial situación en la que el menor se encuentra, experimentando ciertas limitaciones derivadas de la propia intervención administrativa, las circunstancias del menor, o las exigencias impuestas por el estilo de vida o las características del centro⁷⁷.

Ahora bien, como se ha dicho, el derecho a la intimidad –como el derecho al honor y a la propia imagen– no tiene carácter absoluto, por lo que puede ser objeto de limitaciones. Así resulta de lo dispuesto en el art. 8 del Decreto 355/2003, en el que después de garantizar los menores su derecho a la privacidad –asegurándoles un “espacio”⁷⁸ (que no de una habitación) y “un tiempo” propios– así como el de mantener consigo sus pertenencias⁷⁹, la inviolabilidad de su correspondencia y el secreto de su comunicaciones (de modo que

⁷⁵ J. M. Serrano Alberca: “Artículo...”, *op. cit.*, p. 416.

⁷⁶ Unas de las situaciones en las que se puede ver más comprometida la intimidad de toda persona es con ocasión de un tratamiento sanitario o su ingreso en un centro hospitalario. A este respecto, existen disposiciones específicas para la protección de la intimidad de toda persona en tal situación y, en particular, de los menores. En relación a estos últimos, el art. Decreto 246/2005, de 8 de noviembre, que regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo y crea el Consejo de Salud de las Personas Menores de Edad.

⁷⁷ Lo que acontece en todos los centros de servicios sociales. Como destaca A. Ezquerro Huerva: “El estatuto...”, *op. cit.*, p. 109, el propósito de tales limitaciones no es otro que “precisar que el desarrollo de la vida cotidiana en un centro de servicios sociales con unas determinadas características estructurales y con una exigencia de desarrollar determinados cometidos, inevitablemente ha de entrañar cierto grado de condicionamientos al derecho individual a la intimidad que cada interno ha de asumir y tolerar”.

⁷⁸ En el ROF se indicará la distribución y la disponibilidad de espacios por cada menor (como aseos o armarios) en las habitaciones destinadas a dormitorio del centro (aptdo. 3.2 del Anexo de la Orden de 23 de octubre de 2007 –BOJA núm. 223, de 13 de noviembre–, que aprueba el Reglamento Marco para la Organización y Funcionamiento de los Centros de Protección de Menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía).

⁷⁹ En lo que se refiere a las pertenencias personales de cada menor, el Reglamento Marco también prevé que, los Reglamentos de Organización y Funcionamiento de los Centros deberán establecer las normas y procedimientos para el uso y custodia de las mismas por parte de las personas que sean sus propietarias.

puedan hacer y recibir llamadas en privado)⁸⁰, remite, para la exacta delimitación de su contenido, a lo dispuesto en el ROF⁸¹.

Si lícita y lógica se considera la remisión al ROF, cuya aprobación, como se vio páginas atrás, se encauza a través de un verdadero procedimiento administrativo que garantiza su acierto y oportunidad, más dudosa es la referencia a la posibilidad de que tales derechos se limiten, no ya en los casos concretos previstos en dicho Reglamento, sino cuando se “estime” (¿Quién debe apreciarlo?) que el ejercicio de tales derechos (¿Qué derechos? ¿Los aludidos en el apartado primero del art. 8, es decir la intimidad y el derecho a mantener consigo sus pertenencias? ¿O quizá el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y el secreto de las comunicaciones? ¿O todos ellos?) va en contra del “propio interés” de los menores (¿A quién le corresponde dilucidar que el ejercicio de esos derechos –recor-démoslo, verdaderos derechos de la personalidad– van en contra del interés del menor?).

Para responder a estas cuestiones, debe entenderse que la competencia se atribuye al Director del centro, pues es él en quien se delega el ejercicio de las funciones de guarda –con la consiguiente asunción de las obligaciones de velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, cuidarlo y procurarle una formación integral– funciones que éste deberá ejercer de forma proporcionada y con estricto acatamiento de las previsiones contenidas en la legislación vigente en general y en, en particular, en el ROF, conforme a lo dispuesto en el art. 63 del Decreto 355/2003⁸², siendo su conducta susceptible de generar, en su caso, la correspondiente responsabilidad.

⁸⁰ El Reglamento Marco prevé que el ROF deberá regular el acceso y la utilización de un teléfono en el centro ubicado en un pequeño espacio habilitado al efecto, es decir, suficientemente acondicionado y aislado, que garantice la realización y recepción de llamadas telefónicas y la intimidad de las mismas. Asimismo, determinará el horario y la duración adecuada de estas comunicaciones, debiendo tenerse en cuenta, en este sentido, el régimen de relaciones personales establecido por la Comisión Provincial de Medidas de Protección de que se trate.

⁸¹ Así lo prevé la Orden de 23 de octubre de 2007 (BOJA núm. 223, de 13 de noviembre), que aprueba el Reglamento Marco para la Organización y Funcionamiento de los Centros de Protección de Menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía a cuyo tenor: “En el Reglamento de Centro se reflejará todo lo relativo al respeto y al ejercicio de estos derechos reconocidos a las personas acogidas en el recurso residencial. Asimismo, y con el fin de que su efectividad sea pragmática, habrán de establecerse las pautas necesarias (relativas, igualmente, a la interrelación de este derecho individual con el del resto de menores y de las personas que trabajan en el centro o, en el caso de recursos residenciales dependientes de entidades colaboradoras, en relación con el personal que dedica sus servicios a las mismas y al resto de personas del entorno próximo al centro) para que los sujetos de estos derechos gocen de ellos en su vida cotidiana” (aptdo. 3.2 del Anexo).

⁸² Conforme a dicho artículo: La Dirección ejercerá la máxima autoridad del Centro, asumiendo directamente la responsabilidad sobre los menores acogidos y sobre la organización y coordinación del funcionamiento del mismo. La Dirección del Centro tendrá, entre otras, las siguientes funciones (...):

- c) Velar por el cumplimiento de las normas contempladas en el Reglamento de Organización y Funcionamiento, de las disposiciones vigentes y de las instrucciones efectuadas por la Dirección General competente en protección de menores.
- g) Cuantas le vengan atribuidas legal o reglamentariamente, y en concreto, aquellas que se definan en el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Centro.

Por último, una de las situaciones en la que puede resultar más comprometida la intimidad de toda persona es la que se produce con ocasión de la exploración o asistencia médica, pues en estos casos resultará inevitable la exposición de partes del cuerpo que normalmente quedan sustraídas de la visión de los demás, o la manifestación de datos relativos a la vida o costumbres pertenecientes a la vida íntima del sujeto que éste se ve obligado a revelar, información respecto de la que se garantiza el tratamiento confidencial⁸³.

El deber de confidencialidad que se impone al médico es plenamente aplicable a los menores de edad⁸⁴ en general y a los ingresados en centros de protección en particular, pudiendo su incumplimiento ser constitutivo del delito de revelación de secretos⁸⁵.

En relación con estos últimos existe alguna previsión concreta sobre esta delicada cuestión, así el art. 15 del Decreto 42/2002, dispone que “los menores sujetos a medidas de protección tienen derecho a que las exploraciones, estudios y tratamientos médicos, psicológicos y educativos se practiquen con el mayor respeto y sensibilidad a sus circunstancias, evitando exploraciones repetitivas e intrusivas”, lo que se exige con mayor intensidad en el caso de menores que hayan sido objeto de abusos sexuales o de cualquier otro tipo de maltrato.

D) Información y audiencia

Se ha insistido en las páginas anteriores en que el ingreso de un menor en un centro de protección supone la adopción de medidas de la máxima gravedad sobre su esfera jurídica, por lo que tal decisión debe adoptarse con todas las garantías.

⁸³ El art. 7 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica dispone que: “ Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.

Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes”.

⁸⁴ Sobre los problemas que se plantean en relación con el secreto médico y los menores de edad, véase A. Jareño Real: “El secreto profesional del médico. Referencia especial a los pacientes menores de edad”, (Ref. *La Ley* 2758/2006). Para esta autora “a efectos del delito del que hablamos (...) la presunción general debe ser la de la madurez del menor a partir de los 16 años, debiéndose probar lo contrario. En edades más tempranas, y siempre a partir de los doce, el proceso debiera ser a la inversa, es decir, el de comprobar en cada caso dicha madurez. Es evidente que por debajo de los doce es casi impracticable la afirmación de tal madurez. Desde luego, debe tenerse presente que estas sugerencias se hacen desde la exclusiva perspectiva penal, y para resolver determinados problemas en el delito de revelación de secreto profesional”.

⁸⁵ El art. 199.2 del CP dispone que: “El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años”.

a) *Audiencia*

En este sentido, el *derecho de audiencia*⁸⁶ se manifiesta con especial intensidad. En efecto, como quiera que, la decisión sobre el ingreso del menor en un centro de protección⁸⁷ se contiene en la resolución que pone fin al procedimiento de desamparo⁸⁸ es preciso que una vez instruido el expediente e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución se ponga éste de manifiesto a todos los interesados (padres, tutores o guardadores) a fin de que puedan presentar las alegaciones y documentos que estimen convenientes, trámite que se entenderá cumplido cuando éstos no hayan podido ser localizados o, si citados, no comparecen en el plazo de diez días.

Asimismo, deberán ser oídos los menores “en la forma adecuada a su edad y grado de madurez, garantizándose, en todo caso, que en su desarrollo se cumplan las condiciones de discreción, intimidad, seguridad y ausencia de presión” (art. 22 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero, sobre Régimen de Desamparo, Tutela y Guarda Administrativa; art. 14 de la LMA). En todo caso, deberán ser oídos los mayores de 12 años y si no hubieran alcanzado dicha edad o no tuvieren madurez suficiente, intervendrán por medio de sus representantes legales siempre que no tengan un interés contrapuesto al del menor⁸⁹.

⁸⁶ El derecho del menor a ser oído se consagra, con carácter general, en el art. 9 de la LPJM, a cuyo tenor: “El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.

Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos”.

⁸⁷ La iniciación del procedimiento para la declaración de desamparo puede tener lugar de oficio o a solicitud de interesado. En el primer caso, el procedimiento se iniciará por acuerdo del órgano competente en materia de protección de menores, por iniciativa propia o como consecuencia de orden de su superior jerárquico, a petición razonada de otros órganos o por denuncia. Igualmente puede iniciarse a instancia del Ministerio Fiscal o por orden judicial. Asimismo, el propio menor, podrá instar la iniciación del procedimiento de desamparo (art. 10.2 a LOPJM). Sobre los modos de iniciación y efectos del procedimiento de desamparo véase A. de Palma del Teso: *Administraciones Públicas...*, *op. cit.*, pp. 259 y ss.

⁸⁸ Como señala el art. 28.3 del Decreto 42/2002, de 12 de febrero: “La parte dispositiva de la resolución deberá expresar la procedencia o no de declarar la situación de desamparo, y, en su caso, la asunción de la tutela de los menores, la designación de las personas, Entidades o Centros a los que se atribuye el ejercicio de la guarda mediante acogimiento familiar o residencial, y el régimen de relaciones personales de los menores con sus parientes o allegados”.

⁸⁹ Art. 9 LOPJM.

La exigencia de que la audiencia del menor deba hacerse con las condiciones previstas en este artículo (discreción, intimidad, seguridad...) implica que su declaración pueda y deba llevarse a cabo en las condiciones que le sean más favorables, evitando que el encontrarse en un medio extraño, rodeado de personas que desconoce o cuya presencia puedan intimidarle, o con interferencias familiares o de cualquier otro tipo, que puedan producir una distorsión entre lo que comunica verbalmente y lo que realmente piensa o quiere. Entran aquí en juego las habilidades y la profesionalidad de las personas que se relacionan con él, que deberán explorar su voluntad con el fin de detectar sus necesidades, consiguiendo que su declaración se produzca en la forma más relajada y cómoda posible y, por tanto, más ajustada a sus verdaderos deseos.

En el trámite de audiencia, el menor *podrá* (sin que ello constituya una obligación) manifestar su opinión sobre la medida propuesta, oponiéndose, en su caso, a su internamiento, opinión, huelga decirlo, que deberá ser tenida en cuenta en la resolución que ponga fin al procedimiento⁹⁰, pero sin que la condicione absolutamente pues, como se ha señalado acertadamente, el derecho que se otorga al menor es *el de ser oído* no el de *decidir*, de modo que su opinión será un elemento más que se tenga en cuenta a la hora de tomar la decisión final⁹¹ que siempre será la que más convenga a su interés, aunque pueda no coincidir necesariamente con su deseo.

Por lo demás, como trámite fundamental del procedimiento que es, su omisión, podrá arrastrar la nulidad de la resolución que se adopte.

b) Información

En cuanto al *derecho a la información*, el menor, por el simple hecho de su internamiento, no se convierte en un ser aislado del resto de la sociedad. En un sentido amplio, tal derecho implica el derecho de éste a conocer las noticias y evolución de los acontecimientos de actualidad a través de los distintos medios de comunicación social (derecho que se proclama para todos los menores en el art. 7 de la LMA⁹²), así como los que afectan a

⁹⁰ Como señalan I. V. Mayoral Narros; T. Frías Fiel y J. M^a Ruiz de Huidobro de Carlos: "El acogimiento residencial", en C. Martínez García: *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 196, la opinión del menor deberá ser tenida en cuenta, no sólo en lo que respecta a esta medida de protección sino una vez que se encuentra viviendo en el centro residencial de manera que "se articulen mecanismos que garanticen de forma eficaz que el menor sea escuchado, tanto a nivel grupal como de forma individual".

⁹¹ J. Moreno-Torres Sánchez; J. Ezquerro Ubero y S. Jiménez Bautista: "La situación de desamparo", en C. Martínez García (coord.): *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 131.

⁹² El derecho que tienen los menores a recibir información se consagra en el art. 7 de la LMA, en el que se contienen una serie de previsiones sobre el modo en que la información debe ser transmitida a los menores, el lenguaje que puede utilizarse, programación adecuada, etc. La previsiones de este artículo han sido desarrolla-

su entorno más cercano (familiar o afectivo) y a relacionarse y comunicarse, tanto con el personal del centro como con sus familiares y amigos, derecho que podrá ejercer sin más limitaciones que las necesarias para el mantenimiento del buen orden y la armónica convivencia en el centro.

Ahora bien, cuando se habla de derecho que tienen los menores ingresados a recibir información⁹³, no se está haciendo en el sentido antes expuesto sino que se alude al de que se les comuniquen los datos relacionados con su ingreso (características del centro y sus normas de funcionamiento; derechos y deberes o funciones asumidas por cada una de las personas e instituciones que participan en su atención); el acceso a su historia personal y familiar y a que sean respetados sus antecedentes y valores culturales, religiosos y étnicos (arts. 13 del Decreto 33/2003 y 12 Decreto 42/2002), información les deberá ser transmitida en un lenguaje inteligible de acuerdo con sus condiciones de madurez.

Especialmente importante es el derecho de los menores ingresados a disponer de asistencia letrada con el fin de garantizarles el adecuado ejercicio de sus derechos, como señala el art. 15 del Decreto 355/2003: “Los centros de protección garantizarán que los menores puedan ejercer sus derechos sin más limitaciones que las establecidas en el ordenamiento jurídico, facilitándoles para ello la asistencia adecuada”.

E) Relaciones personales

El menor ingresado en un centro de protección mantiene el derecho a relacionarse con sus padres, tutores o guardadores parientes o amigos bien de forma directa o a través de

das por el Decreto 25/2007, de 6 de febrero (BOJA núm. 39, de 22 de febrero), que establece medidas para el fomento, la prevención de riesgos y la seguridad en el uso de Internet y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) por parte de las personas menores de edad, cuya finalidad, tal y como proclama en su Preámbulo es “equilibrar las medidas dirigidas a fomentar el adecuado uso de Internet y las TIC, regulando los derechos de las personas menores al acceso a las nuevas tecnologías, estableciendo elementos pedagógicos y normas del buen uso de Internet, navegadores adaptados, entre otros, con aquellas otras medidas que se disponen para promover elementos de prevención, seguridad y control sobre su uso estableciendo reglas, instrumentos de filtros y otros métodos de seguridad y regulando el funcionamiento de las cibersalas; de tal modo que se puedan aprovechar los beneficios del empleo de Internet y las TIC, pero adoptando medidas para la prevención de los riesgos que una utilización indiscriminada pudiera ocasionar a las personas menores de edad con relación a los contenidos inapropiados para su formación y desarrollo”.

⁹³ Asimismo, este derecho se reconoce a los padres, tutores o guardadores pues conforme al art. 22 de la LOPJM: “La entidad pública que tenga menores bajo su guarda o tutela deberá informar a los padres, tutores o guardadores sobre la situación de aquéllos, cuando no exista resolución judicial que lo prohíba”.

medios orales y escritos⁹⁴, de manera que el simple hecho de la institucionalización, no implica la supresión de las relaciones con sus familiares y/o amigos⁹⁵.

Se ha dicho acertadamente⁹⁶ que el ejercicio de este derecho –íntimamente relacionado con la intimidad y a la libertad de expresión– es esencial para mantener y fomentar los vínculos de menor con su familia, especialmente con sus hermanos⁹⁷, facilitando, en su caso, su posterior retorno a la misma.

La comunicación con el menor se efectuará conforme al régimen de visitas en el que se fijará en un documento en el que se recogerán, entre otras condiciones, el lugar, horario y forma de dichas relaciones que deberán suscribir los padres, tutores o guardadores y los menores de más de doce años. En caso de desacuerdo podrá solicitarse su fijación en resolución judicial conforme a lo previsto en el art. 780 LEC⁹⁸.

⁹⁴ El art. 13 del Decreto 42/2002 dispone en sus dos primeros apartados que: “1. Los menores sujetos a medidas de protección tienen derecho a relacionarse con sus padres, tutores o guardadores, parientes y allegados, tanto de forma directa como a través de medios orales y escritos. Se procurará, especialmente, mantener la convivencia entre los hermanos y preservar sus vínculos afectivos.

2. A tal efecto se suscribirá por los padres, tutores o guardadores y los menores de más de doce años, un documento que regule el ejercicio del derecho de visitas, en el que se recogerán, entre otras condiciones, el lugar, horario y forma de dichas relaciones. En caso de desacuerdo, podrá solicitarse su regulación mediante resolución judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 780 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Para ello, el ROF deberá establecer las directrices que potencien los contactos y las visitas de amigos y compañeros al Centro y viceversa, de acuerdo con el régimen de visitas establecido (que el menor tiene derecho a conocer).

⁹⁵ Como señala A. de Palma del Teso: *Administraciones Públicas...*, *op. cit.*, p. 357, “debe revisarse y modificarse la actuación que de forma indebida llevan a cabo algunas Administraciones públicas que proceden, en muchos casos por vía de hecho, a suspender las visitas y comunicación del menor y su familia en el momento de declararse el desamparo (...). Tras esa práctica se esconde en ocasiones una concepción totalmente equivocada del instrumento legal de la tutela administrativa de los menores desamparados, considerada como un castigo o sanción a los padres que no han cumplido debidamente sus funciones legales en lugar de una vía para brindar asistencia y protección al menor”.

⁹⁶ Como señala la SAP de Cádiz de 24 de enero de 2005 (JUR 2001/58.854): “La finalidad del desamparo no es la de retirar la custodia de los hijos a sus padres biológicos para buscarlas otro hogar con otros padres adoptivos donde puedan lograr un mayor bienestar social, sino que tal solución debe ser la última, cuando exista manifiesta imposibilidad o dejación de la atención por parte de sus progenitores”; *Vid.* A. de Palma del Teso: *Administraciones Públicas...*, *op. cit.*, p. 358.

⁹⁷ Art. 13.1 del Decreto 42/2002.

⁹⁸ Conforme al art. 780 de la LEC: “1. No será necesaria la reclamación previa en vía administrativa para formular oposición, ante los tribunales civiles, a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

La oposición a la resolución administrativa por la que se declare el desamparo de un menor podrá formularse en el plazo de tres meses desde su notificación, y en el plazo de dos meses la oposición a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores.

2. Quien pretenda oponerse a una resolución administrativa en materia de protección de menores presentará un escrito inicial en el que sucintamente expresará su pretensión y la resolución a que se opone.

Una vez fijado el régimen de visitas, los Centros adoptarán las medidas necesarias para que sea efectivo, asignándose a tal efecto el correspondiente espacio en él. El ROF, regulará el horario y el régimen de las visitas de acuerdo con lo establecido administrativa o judicialmente.

Las comunicaciones y visitas se celebrarán respetando la intimidad de los menores. No obstante, cuando así quede establecido judicialmente o por la Comisión Provincial de Medidas de Protección, las relaciones podrán ser supervisadas por profesionales del Centro. En estos casos, será necesario cumplimentar un Protocolo de Observación de visitas en el que se indicarán las incidencias que hayan tenido lugar.

Ahora bien, este derecho puede limitarse, condicionarse o suspenderse cuando así lo requiera el interés superior del menor o así se acuerde por resolución judicial⁹⁹, pues como pone de manifiesto la praxis jurisprudencial:

“La tutela automática no supone privación, sino tan sólo suspensión de la patria potestad, de manera que subsiste el derecho de los padres a relacionarse con el menor (art. 160 CC). El problema surge cuando el interés del menor hace necesario o aconsejable la restricción del derecho. No existiendo dificultad legal alguna en que la entidad pública pueda regular el derecho de visita, restringirlo y hasta suspenderlo si resulta perjudicial para el tutelado, puesto que aquélla tiene la obligación de velar por él y si el órgano administrativo está facultado para la más trascendental decisión jurídica (separar a los hijos de sus progenitores) con mayor razón debe tener la posibilidad de impedir las relaciones que resulten perjudiciales” [SAP de Sevilla de 23 de noviembre de 1999 (AC 1999/8672); SAP Audiencia Provincial de Barcelona de 30 de septiembre de 1992 (AC 1992\1326)].

Mientras se resuelve judicialmente esta solicitud la Administración de la Junta de Andalucía adoptará las medidas cautelares necesarias en interés de los menores. Igualmente, podrá modificarse el régimen de visitas cuando el propio manifieste su deseo de no recibirlas, o exprese emociones negativas respecto a las mismas, supuestos en los que se remitirá la

3. El Secretario judicial reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días”.

⁹⁹ El art. 13 del Decreto 42/2001, dispone que: “La Administración de la Junta de Andalucía instará judicialmente, previo informe del equipo técnico correspondiente y con audiencia de los menores, la supervisión, limitación e incluso suspensión de las relaciones de éstos con sus padres, tutores, guardadores, parientes y allegados, cuando les cause un perjuicio físico o psíquico”.

Asimismo, la posibilidad de interrumpir las visitas se prevé en el art. 47.5 del Decreto 355/2003, conforme al cual “Si el comportamiento de algún familiar resultase conflictivo o peligroso para la integridad de los menores o de las demás personas del Centro, se podrá interrumpir la visita por el personal del mismo, poniéndolo en conocimiento de forma inmediata de la Comisión Provincial de Medidas de Protección, a través del Servicio especializado de protección de menores, que informará a su vez al Ministerio Fiscal y, en caso necesario, solicitará la suspensión de visitas al Juez competente en interés del menor”.

información al Servicio especializado de protección de menores que valorará la situación para adoptar las medidas que correspondan.

Finalmente, conforme a lo previsto en el art. 174 del Cc corresponde al Ministerio Fiscal el control del adecuado desarrollo del régimen de visitas y relaciones personales entre el menor y su familia.

F) Salud

El derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud –verdadero derecho de configuración legal– se consagra en el art. 43 de la CE¹⁰⁰.

Prescindiendo de un análisis en profundidad de la rica problemática que este derecho plantea, me limitaré a señalar alguno de los aspectos principales que presenta en relación con los menores ingresados. Para ello debe partirse de que, aun cuando las diversas normas generales¹⁰¹ y particulares que se han dictado en desarrollo del art. 43 CE contienen previsiones específicas¹⁰² para los menores en general¹⁰³ (por ej. relativas a la atención primaria, consentimiento informado, derecho de información o trasplante de órganos), la LMA (que no la LPJM) incluye una referencia específica a este derecho en su art. 10¹⁰⁴. En este precepto se contienen una serie de mandatos a la Administración Sanitaria Pública relacionados con

¹⁰⁰ Dispone este artículo que: “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria”.

¹⁰¹ Así, por ejemplo entre las disposiciones generales puede citarse la Ley 14/1986, de 25 de abril; Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, que aprueba el Catálogo de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Sanidad; o la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

¹⁰² Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos.

¹⁰³ Existen algunos importantes estudios sobre los problemas que se plantean en relación con el derecho a la asistencia sanitaria de los menores; así, entre ellos, véase por ejemplo, I. Lázaro González (coord.): *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 560 a 599.

¹⁰⁴ En este extenso art. se contienen una serie de previsiones que, en gran parte, son reiteración o reproducción de las contenidas en la legislación sectorial sobre sanidad. El texto de este art. es el siguiente:

“1. Las Administraciones Públicas de Andalucía fomentarán que los menores reciban una adecuada educación para la salud, promoviendo en ellos hábitos y comportamientos que generen una óptima calidad de vida.

2. La Administración sanitaria andaluza garantizará una especial atención a los menores, para lo que se regulará la provisión de los recursos humanos y técnicos necesarios y se establecerán, en las instalaciones sanitarias, espacios con una ubicación y conformación adecuadas. A este fin, se adaptará progresivamente la edad de atención pediátrica.

3. Los menores, cuando sean atendidos en los centros sanitarios de Andalucía, además de todos los derechos generales, tendrán derecho a recibir una información adaptada a su edad, desarrollo mental, estado afectivo y psicológico, con respecto al tratamiento médico al que se les someta.

la protección de la salud de los menores que se materializan en el Decreto 246/2005, de 8 de noviembre¹⁰⁵, que regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo y crea el Consejo de Salud de las Personas Menores de Edad.

Dicho Decreto, además de reiterar para los menores alguno de los derechos recogidos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, contempla algunas cuestiones que no se habían regulado –o lo habían sido de forma deficiente– en la normativa sectorial y que se consideran especialmente importantes como el reconocimiento expreso del derecho del menor a estar acompañados permanentemente por sus padres, familiares, tutores o representantes legales durante todo el tiempo¹⁰⁶ que permanezcan

Los padres, o tutores de los menores, serán informados de los motivos de la atención, de la gravedad de los procesos, de las medidas sanitarias y tratamientos a seguir, y tendrán derecho al acompañamiento del menor durante el máximo tiempo posible, siempre que no afecte a la actividad realizada por los profesionales.

Para la realización de cualquier intervención que suponga un riesgo para la vida del niño, se recabará el previo consentimiento de los padres o tutores en los términos establecidos en la legislación vigente. En el caso de negativa de los padres o tutores, primará el interés del niño.

4. Los menores tienen derecho a estar acompañados por sus padres, tutores, guardadores u otros familiares, durante su atención en los servicios de salud, tanto especializados como de atención primaria.

La Administración de la Junta de Andalucía, a través de los organismos competentes, regulará la accesibilidad de padres, tutores, guardadores y familiares, estableciendo las normas de acreditación y los controles necesarios que garanticen este derecho.

5. Los menores de las poblaciones de riesgo socio-sanitario recibirán una atención preferente acorde con sus necesidades.

6. Los titulares de los servicios de salud y el personal sanitario de los mismos están especialmente obligados a poner en conocimiento de los organismos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de protección de menores, de la Autoridad Judicial o del Ministerio Fiscal aquellos hechos que puedan suponer la existencia de situaciones de desprotección o situaciones de riesgo para los menores, así como a colaborar con los mismos para evitar y resolver tales situaciones en interés del menor.

7. En los centros sanitarios, tanto de Atención Primaria como Especializada, sobre todo en estos últimos, y máxime cuando sea necesario el internamiento del menor, se posibilitará la existencia de espacios adaptados a la infancia, donde se permita el derecho al juego y se impida la desconexión con la vida escolar y familiar de los mismos.

8. Los menores tendrán derecho a proseguir su formación escolar durante su permanencia en el hospital, beneficiándose de los recursos humanos y materiales que las autoridades escolares pongan a su disposición, en particular en el caso de una enfermedad prolongada, con la condición de que dicha actividad no cause perjuicio a su bienestar o no obstaculice los tratamientos que se sigan.

9. Los menores tendrán derecho a recibir los cuidados que necesiten en el máximo respeto a las creencias éticas, religiosas y culturales del menor y sus progenitores, siempre y cuando éstas no pongan en peligro la vida del menor o la salud pública, en cuyo caso se atenderá a lo dispuesto por la autoridad y la legislación vigente”.

¹⁰⁵ BOJA núm. 244, de 16 de diciembre.

¹⁰⁶ Esta previsión es más generosa que la contenida en la LMA, donde no se prevé que los menores tengan derecho a estar permanentemente acompañados de sus padres o tutores sino tan sólo “durante el máximo tiempo posible”.

hospitalizados¹⁰⁷; la garantía de la escolarización durante ese periodo; o la protección de su intimidad.

Pues bien, todos los derechos reconocidos en esta disposición, deben entenderse igualmente aplicables a los menores internos, a los que se garantiza “una protección integral de su salud” que incluye la atención sanitaria y los tratamientos especializados que requieran según sus necesidades (art. 11 del Decreto 355/2003)¹⁰⁸, así como a que las exploraciones, estudios y tratamientos médicos, psicológicos y educativos se practiquen con el mayor respeto y sensibilidad a sus circunstancias, evitando exploraciones repetitivas e intrusivas (art. 15 del Decreto 42/2002).

a) *El problema del consentimiento de los menores*

Uno de los problemas principales que se plantea en relación con la asistencia sanitaria de los menores en general, es el de la autorización necesaria en el caso de que deban ser sometidos a una intervención quirúrgica o un tratamiento sanitario y el papel que el consentimiento del menor juega en estos casos¹⁰⁹. En el supuesto de menores ingresados, debe diferenciarse –conforme a lo dispuesto en el 26 del Decreto 355/2003– según se trate de menores tutelados por la Administración de aquellos en los que ésta ha asumido tan sólo la guarda. En el primer caso, –como quiera que la tutela *ex lege* implica la suspensión de

¹⁰⁷ El art. 8 del Decreto 246/2005, de 8 de noviembre, dispone que: “Las personas menores de edad tienen el derecho a estar acompañadas permanentemente por la madre y el padre, tutoras o tutores, o persona en quien éstos deleguen, en tanto se mantenga la necesidad de su atención sanitaria en un centro o espacio asistencial”. En caso de que el acompañamiento perjudique la tarea asistencial o la salud de la persona menor de edad, desde el servicio asistencial se tomarán las medidas necesarias para evitar el perjuicio. Cuando se produzca una circunstancia que impida el acompañamiento, se informará a la madre y al padre o representantes legales y quedará constancia en la historia clínica.

2. En el caso de ingreso en cuidados intensivos, cuidados especiales y prematuros se articularán las medidas necesarias para que el acompañamiento por parte del padre, madre o representante legal, pueda llevarse a cabo durante el mayor tiempo posible. En situaciones terminales se facilitará, especialmente, el acompañamiento continuo de la persona menor de edad por parte de su madre y de su padre o personas tutoras.

3. El régimen de visita durante la hospitalización se llevará a cabo con criterios de flexibilidad horaria que faciliten el mayor tiempo posible de relaciones para respetar los vínculos de la persona menor de edad con personas de su entorno, con los límites necesarios para garantizar su descanso y la actividad asistencial del centro. Los hermanos y hermanas menores de edad, podrán visitarle junto a su madre, padre o persona tutora, si no existiera contraindicación clínica alguna tanto para la persona menor de edad paciente como para la persona menor visitante.

¹⁰⁸ Obviamente, en caso de menores con alguna discapacidad, se garantiza el que sean atendidos en centros residenciales adaptados a sus necesidades.

¹⁰⁹ Sobre los problemas que plantea el consentimiento informado de los menores de edad véase M^a. A. Parra Lucán: “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, (Ref. Aranzadi 2003/284).

la patria potestad o tutela ordinaria (art. 172 Cc)¹¹⁰–, la autorización deberá otorgarla la Comisión Provincial de Medidas de Protección, para la cual la Dirección del Centro deberá remitirle la correspondiente solicitud junto con el correspondiente informe facultativo con al menos cinco días de antelación a la fecha prevista para la realización de la intervención o el inicio del tratamiento. Como es natural, no se recabará dicha autorización en los casos en que por razones de urgencia no sea posible, supuesto en el que bastará con que la decisión se tome por la Dirección del centro previa comunicación, si fuere posible, al Servicio especializado de protección de menores de la que habrá de ponerlo inmediatamente en conocimiento de la Comisión Provincial. Una vez efectuada la intervención comunicará, si fuera posible, de quienes tengan la patria potestad o tutela del menor¹¹¹.

La respuesta debe ser diversa en el caso de menores sometidos a acogimiento ya que, en estos casos, la autorización deberá otorgarla la persona o personas que ostenten la patria potestad o tutela.

Ahora bien, nada se dice en este artículo sobre el papel que juega en estos casos el consentimiento del menor¹¹², consentimiento que, conforme a lo previsto en el apartado 15.3 del Decreto 42/2002, se requerirá “con carácter previo al desarrollo de cualquier medida terapéutica” según su grado de madurez.

El problema estriba, pues, en determinar cuando el menor, por tener madurez suficiente, puede consentir la intervención o el tratamiento y cuando, por carecer de ella, debe prestarse por sus padres o representantes legales. Para resolver a esta cuestión, a falta de disposiciones específicas, debe estarse a lo dispuesto en la Ley 42/2002, Básica de la Autonomía del Paciente, cuyo artículo 9.3 c) prevé que se otorgará el consentimiento por representante “cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor *después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos*. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero

¹¹⁰ Antes de la reforma del artículo 172 Cc por la LPJM la doctrina había venido discutiendo si era lícito afirmar que la constitución de la tutela automática comportaba la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria. Para P. De Pablo Contreras: “Comentario al artículo 172 del Código Civil”, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.): *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, p. 38, de ninguno de los preceptos del Código podía extraerse tal consecuencia. Sin embargo, en la actualidad, tras la citada reforma, la cuestión ha quedado zanjada no existiendo dudas de que la constitución de la tutela automática conlleva tal consecuencia pues, como claramente indica el último párrafo del apartado primero del artículo 172 Cc: “La asunción de la tutela atribuida por la autoridad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria”. Cuestión distinta –e incontrovertida– es que la constitución de la tutela *ex lege* no produce *por se* la extinción de la patria potestad o tutela, siendo necesario para ello la correspondiente intervención judicial.

¹¹¹ Art. 26 Decreto 355/2003.

¹¹² El problema del consentimiento de los menores en la asistencia sanitaria es uno de los que ha generado mayor literatura jurídica, así, entre otros, *puede consultarse el trabajo de* M^º. P. Andreu Martínez: Aborto y menores. ¿Es necesario un nuevo cambio en la legislación? (Ref. *La Ley* 5675/2012).

emancipados o con *dieciséis años* cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los *padres serán informados* y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

De lo dispuesto en este artículo, resultan diferentes situaciones según la edad del niño: si es menor de 12 años, el consentimiento corresponde otorgarlo a sus padres o representantes legales. Si tiene 12 años cumplidos, corresponde a éstos otorgar el consentimiento pero oído previamente aquél. Si son menores emancipados o mayores de 16 años, corresponde a ellos dar el consentimiento, aunque sus representantes legales deberán ser informados en caso de grave riesgo, debiendo tenerse en cuenta su opinión. Pues bien, estas reglas no se alteran por el hecho de que el menor se encuentre ingresado en un centro de protección. Como es evidente, el problema se plantea respecto de los menores de 12 años o los que carecen de madurez suficiente, lo que debe resolverse diferenciando, una vez más, si el menor está sujeto a tutela o a guarda: mientras en este último caso no se alteran las reglas comunes, por lo que el consentimiento debe ser prestando por aquellos que ostenten la patria potestad o tutela, si la medida que se adopta es la tutela administrativa, como quiera que ésta comporta la suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria, el consentimiento debería otorgarse, por sustitución, por la Administración que la asume.

Finalmente, con el fin de asegurar la efectividad del derecho a la protección de la salud de los menores, Reglamento Marco prevé que el ROF deberá definir un protocolo de atención y seguimiento sanitarios, así como de posibles programas específicos de promoción de este derecho, en coordinación con el Centro de Salud del entorno u otras instituciones con competencias en la materia, en función del perfil de cada menor y del tipo de programa o programas de atención residencial que desarrolle el centro.

G) Educación

Como se ha dicho reiteradamente, la permanencia de un menor en un centro de protección tiene carácter temporal, debiendo prolongarse por el tiempo que sea absolutamente indispensable y cesando tan pronto como sea posible su integración en la familia de origen o, en su caso, en otra de acogida.

Pues bien, durante el tiempo en el que el menor permanece ingresado en un centro de protección, deben adoptarse las precauciones necesarias para garantizar su derecho a la educación, verdadero derecho fundamental garantizado en el art. 27 de la CE. Corresponde al centro proporcionar a los menores ingresados una formación “integral”, que abarque su construcción como personas y el desarrollo de su personalidad, favoreciendo su autonomía, su capacidad de decisión y su integración en la comunidad, siempre “en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

Asimismo, deberá garantizarse su escolarización de manera el Centro deberá tramitar con la mayor celeridad posible, la correspondiente solicitud ante la Administración educativa¹¹³. La escolarización constituye, de este modo, un derecho y una obligación “por cuya satisfacción y cumplimiento deberá velar la Administración pública”¹¹⁴. Por lo demás, teniendo en cuenta la especial situación de estos menores, deberá dispensárseles una “atención educativa individualizada”, que tenga en cuenta sus características personales y sociales, pudiendo adoptarse medidas “compensatorias” que le permitan alcanzar los objetivos previstos para cada etapa educativa.

2. Breve referencia a los deberes

Como es natural, los menores ingresados en un centro de protección tienen, como correlato inseparable de sus derechos, una serie de deberes. Tales deberes se imponen con el fin de hacer posible convivencia en el centro. Su concreción se realizará en el correspondiente ROF teniendo en cuenta las características de cada centro¹¹⁵ y las necesidades de los menores que acoge, de acuerdo con lo establecido en el Reglamento Marco¹¹⁶ y las demás disposiciones que resulten aplicables –singularmente el Decreto 33/2003–, y respetando en todo caso los derechos de los internos.

La fijación de deberes exige aparejar las sanciones que su incumplimiento conlleva. En este punto, es interesante destacar el cambio de modelo que –en la línea iniciada por Decreto 355/2003– impulsa el Reglamento Marco, al prever la sustitución del sistema

¹¹³ En el caso de que el menor no se encontrara en edad escolar y no deseara continuar su formación académica, el ROF establecerá los cauces a través de los cuales se puedan ofertar otras posibles acciones o alternativas formativas atendiendo a la edad y al perfil y demandas de cada menor.

¹¹⁴ I. Lázaro González (coord.): *Los menores...*, op. cit., p. 629.

¹¹⁵ Como señala J. M^a. Alonso Seco: “El status jurídico...”, op. cit., p. 436, “evidentemente la exigibilidad en el cumplimiento de obligaciones no puede ser igual en un centro de reclusión, o de corrección de comportamientos anómalos, que en un centro asistencial”.

¹¹⁶ Conforme a lo previsto en el apartado 3º de dicho Reglamento Marco: “A cada menor en acogimiento residencial le corresponderá, en función de su edad y grado de desarrollo, los siguientes deberes:

- a) Respetar a las demás personas acogidas y al personal del centro, comportándose de forma correcta y adecuada.
 - b) Respetar y utilizar adecuadamente los horarios establecidos, las dependencias y objetos del recurso residencial.
 - c) Desarrollar, de forma satisfactoria y con aprovechamiento, las actividades educativas programadas, así como aquellas otras de carácter formativo y laboral, tanto internas como externas.
 - d) Atender las indicaciones que les realice el personal del centro en el ejercicio legítimo de sus funciones.
 - e) Cumplir las normas de organización, funcionamiento y convivencia establecidas en el Reglamento del Centro.
- Los Centros de Protección de Menores concretarán, en su Reglamento de Organización y Funcionamiento, los deberes y las obligaciones correspondientes a las personas acogidas en los mismos, observando, en todo caso, la legalidad vigente en cada momento, así como lo dispuesto en materia de protección y garantía de los derechos de las personas menores de edad”.

tradicional, –construido sobre la base de medidas represivas–, por un sistema preventivo basado en el refuerzo de conductas positivas que en ningún caso podrá implicar la adopción de medidas que supongan directa o indirectamente castigos corporales, maltrato psíquico, privación de la alimentación o del descanso, del derecho a las relaciones personales, a la educación obligatoria o de asistencia al centro escolar, ni atentar contra la dignidad del menor mediante acciones que conduzcan a su humillación o ridiculización¹¹⁷ o la expulsión del menor de un centro.

Por lo demás, para la aplicación de las medidas correctivas deberá observarse el principio de proporcionalidad de manera que éstas sean adecuadas a la edad y madurez de cada menor¹¹⁸. El Reglamento de Organización debe especificar qué tipo de medida de corrección será de aplicación en función del tipo de alteración de las normas de convivencia del mismo, con indicación de quién las aplica, en qué condiciones, la duración de las mismas y cualquier otra información al respecto.

Ahora bien, la concreción del régimen sancionador en los ROF plantea un importante problema pues, como es sabido, el principio de legalidad en materia sancionadora consagrado en el art. 25 de la CE impide que la fijación de las infracciones y la determinación de las correspondientes sanciones se realice *ex novo* por una disposición de rango reglamentario, como lo son los ROF. Sin embargo, en Andalucía, ni la LMA ni la Ley de Servicios Sociales, regulan el régimen sancionador aplicable a los usuarios de centros residenciales, en particular, esta última se limita a contemplar el régimen sancionador por las infracciones cometidas por

¹¹⁷ Se consideran conductas especialmente perjudiciales para la convivencia, además de las previstas en art. 39 del Decreto 355/2003, las siguientes: introducir o poseer armas; participar en desórdenes colectivos o haber instigado a realizarlos en el caso de que se hayan producido; facilitar la ausencia del centro; resistirse de manera activa y grave al cumplimiento de las indicaciones del personal del centro en el ejercicio legítimo de sus atribuciones.

¹¹⁸ Para la aplicación de las medidas educativas correctoras se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- a) La edad.
 - b) La situación personal, social y familiar.
 - c) El Proyecto Educativo Individual.
 - d) El Plan de Intervención.
 - e) La perturbación del funcionamiento del centro y los perjuicios causados a las demás personas residentes.
 - f) El carácter educativo y recuperador, no meramente sancionador, de la corrección.
- A efectos de la graduación de las correcciones, se tendrá en cuenta lo siguiente:
1. Son circunstancias paliativas:
 - a) El reconocimiento espontáneo de la conducta incorrecta y la petición de excusas.
 - b) La reparación del daño producido.
 - c) La falta de intencionalidad.
 - d) El mantenimiento de una conducta habitual positiva y favorecedora de la convivencia.
 2. Son circunstancias intensificadoras:
 - a) La premeditación y la reiteración.
 - b) Causar daño, injuria u ofensa a los compañeros y compañeras de menor edad o a quienes se hayan incorporado recientemente al centro.
 - c) Cualquier acto que fomente la violencia, la discriminación, el racismo, la xenofobia o la incitación colectiva al incumplimiento de las normas de convivencia.

el personal del centro, por lo que una interpretación estricta de la exigencia constitucional llevaría a afirmar la nulidad de dichos reglamentos¹¹⁹.

El TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este problema afirmando que los internos de los centros públicos de servicios sociales están sujetos a una relación de sujeción especial, por lo que debe entenderse que, por excepción, es lícita la tipificación de infracciones y sanciones mediante reglamentos independientes [SSTS de 20 de mayo de 1996 (RJ 1996/4459 y 27 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8445)]¹²⁰. Esta opción ha sido duramente criticada por EZQUERRA¹²¹ para quien el posicionamiento del Alto Tribunal es excesivo y desconoce la doctrina tanto del Tribunal Constitucional como del propio Tribunal Supremo concerniente al alcance del principio de legalidad en materia sancionadora. En cualquier caso, como apunta el autor citado, el problema de la falta de cobertura legal de los ROF ha venido a resolverse con la promulgación de las nuevas leyes de servicios sociales (denominadas “de última generación”), en las que se regula el régimen sancionador aplicable a los usuarios de servicios tanto residenciales como no residenciales, con lo que los ROF han pasado de ser reglamentos independientes a convertirse en reglamentos de desarrollo, con lo que el problema de la insuficiente cobertura legal ha quedado superado.

BIBLIOGRAFÍA

ALBI, F.: *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960.

ALEMÁN BRACHO, C.: “La familia, prestadora y destinataria de prestaciones”, *Documentación Administrativa*, nº 271-272, 2005, pp. 236-268.

ALONSO SECO, J. M^a: “El status jurídico-administrativo del interno en centros de la red pública asistencial: derechos y obligaciones”, *Documentación Administrativa*, nº 271-272, 2005, pp. 413-439.

ANDREU MARTÍNEZ, M^a. P.: “Aborto y menores. ¿Es necesario un nuevo cambio en la legislación?”, (Ref. *La Ley* 5675/2012).

BENITO ALONSO, F.: “Actuaciones frente a situaciones de riesgo y desamparo de menores: tutela por ministerio de la Ley y guarda”, (Ref. *La Ley* 11848/2001).

¹¹⁹ A. Ezquerro Huerva, (coord.): *Ciudadanos y...*, op. cit., p. 129.

¹²⁰ Ambas sentencias citadas por A. Ezquerro Huerva: *Ciudadanos y...*, op. cit., pp. 127-128.

¹²¹ A. Ezquerro Huerva: *Ciudadanos y...*, op. cit., pp. 126-133.

DE PALMA DEL TESO, A.: *Administraciones públicas y protección de la infancia*, INAP, Madrid, 2006.

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ: *Informe Especial del Defensor del Pueblo Andaluz relativo a la gestión realizada por el Defensor del Menor de Andalucía correspondiente al año 2011*.

DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informes, Estudios y Documentos. Centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*, 2009, disponible a texto completo en <http://www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=informes2.asp>

DEFENSOR DEL MENOR DE ANDALUCÍA: *Informe Especial: Sistema de protección de menores y acogimiento residencia*, Tomo I, 1999, disponible a texto completo en http://www.defensor-and.es/informes_y_publicaciones/informes_estudios_y_resoluciones/informes_defensor_del_menor/informe_0000/descargas/TOMO1.DOC

EGEA FERNÁNDEZ, J.: “Comentario al artículo 173 del Código Civil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1993.

DE PABLO CONTRERAS, P.: “Comentario al artículo 172 del Código Civil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1993.

EZQUERRA HUERVA, A. (coord.): *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, Iustel, Madrid, 2011.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M^a. A.: “Derecho a la propia imagen del menor”, (Ref. *La Ley* 520/2004).

FERNÁNDEZ MASÍA, E.: “Las entidades públicas y la protección de los menores extranjeros en España”, (Ref. *La Ley* 1642/2001).

FERNÁNDEZ RAMOS, S.: “Los centros residenciales para personas mayores, especial referencia a Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 67, 2007, pp. 11-86.

GALLARDO CASTILLO, M^a. J.: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 2010.

JAREÑO REAL, A.: “El secreto profesional del médico. Referencia especial a los pacientes menores de edad”, (Ref. *La Ley* 2758/2006).

LÁZARO GONZÁLEZ, I. (coord.): *Los menores en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 2002.

MACÍAS CASTILLO, A.: “El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen”, (Ref. *La Ley* 15472/2008).

MAYORAL NARROS, I. V.; FRÍAS FIEL, T. y RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J. M^a.: “El acogimiento residencial”, en MARTÍNEZ GARCÍA, C.: *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 178-225.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, J.; EZQUERRA UBERO, J. y JIMÉNEZ BAUTISTA, S.: “La situación de desamparo”, en MARTÍNEZ GARCÍA, C. (coord.): *Los sistemas de protección de menores en la España de las Autonomías*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 95-143.

MURILLAS ESCUDERO, J. M.: “Aspectos jurídicos de la protección del menor inmigrante”, (Ref. *La Ley* 2360/2002).

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: “Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor, según la Ley de Protección del Menor”, (Ref. *La Ley* 12071/2001).

OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: “En busca de una más adecuada regulación del régimen de protección de menores”, (Ref. *La Ley* 1008/2006).

PAÑOS PÉREZ, A.: “El interés del menor como criterio para determinar la ilegitimidad de la intromisión en los derechos del honor, la intimidad y la propia imagen del menor”, (Ref. *La Ley* 3304/2012).

PARRA LUCÁN, M^a. A.: “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 2, 2003 (Ref. *Aranzadi* 2003/284).

ROCA FERNÁNDEZ-CASTANYS, M.^a L.: “Régimen jurídico-administrativo de la tutela asistencial de menores y de los centros de protección”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 80, 2011, pp. 305-340.

RODRÍGUEZ SOL, L.: “La protección y acogimiento de menores en el Derecho español”, (Ref. *La Ley* 13787).

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a. B. y PARDO MARTÍNEZ, E.: *Régimen jurídico de los centros de protección y reforma de menores*, Comares, Granada, 2010.

SALAMERO TEIXIDÓ, L.: “Los mecanismos de control como garantía de los derechos de los usuarios de centros y establecimientos de servicios sociales”, en EZQUERRA HUERVA, A. (coord.): *Ciudadanos y prestaciones sociales residenciales*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 135-207.

SERRANO ALBERCA, J. M.: “Artículo 18”, en GARRIDO FALLA, F. (coord.): *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 388-444.

SEVILLA BUJALANCE, J. L.: *Los niños expósitos y desamparados en nuestro Derecho histórico*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2001.

VARGAS CABRERA, B.: *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, Comares, Granada, 1994.

VILLA RUBIO, M.: “Protección de menores desamparados”, en ESPIAU ESPIAU, S. y VAQUER ALOY, A., (eds.): *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

VILLAR ROJAS, F. J.: “Formas de gestión de los servicios sociales. En particular, la vinculación de gestores privados al sistema público mediante conciertos y convenios”, *Documentación Administrativa*, nº 271-272, 2005, pp. 389-412.

VIVANCOS SÁNCHEZ, M.: “Constitución de la tutela automática”, (Ref. *La Ley* 1959/2001).

Capítulo VI. SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD DE GÉNERO

Manuela Mora Ruiz

I. EL GÉNERO COMO POLÍTICA SOCIAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD Y ERRADICACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

1. Consideraciones previas: género y derecho

El estudio del Derecho propio de Andalucía en relación con la temática de este Capítulo, *Servicios Sociales e Igualdad de Género*, precisa una tarea previa para abordar el contenido de las normas autonómicas relativas a la igualdad de género y determinar el modelo o la opción jurídica de nuestra Comunidad respecto del grado de efectividad de esta igualdad. En otros términos, hemos de aludir, aun cuando sea mínimamente, a la relación existente entre la (des)igualdad de género y el Derecho, en el sentido de que éste se ha convertido en instrumento fundamental para superar las barreras de la discriminación entre mujeres y hombres, habida cuenta de que la diferencia por razón de género es de carácter social y cultural¹. El género, como se ha señalado reiteradamente², no sólo incluye la diferencia

¹ En palabras de S. DE BEAUVOIR: “la mujer resulta ser una construcción social que comprende los elementos biológicos más los culturales”, en M^a. L. BALAGUER: *Mujer y Constitución*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2005, p. 40.

² De forma ilustrativa, señala A. GASPARINO GASPARINO, que “la identidad de género es adquirida, el sexo es innato, pero hay interacción entre ellos”, de forma que “lo femenino ha quedado en nuestra cultura asociado a significantes como enigma, misterio, ocultamiento o carencia, en oposición a la verdad, realidad, complitud, representado por lo masculino”, véase A. GASPARINO GASPARINO: “La identidad femenina hoy”, en I. DÍAZ CAR-

biológica entre los sexos masculino y femenino, sino que, sobre todo, es una construcción orientada a establecer la posición de inferioridad de la mujer, en cuya virtud ésta quede relegada al mundo de las relaciones privadas, familiares, sin que, por tanto, pueda disfrutar con plenitud de los derechos fundamentales de las sociedades democráticas.

La consecuencia de este planteamiento es que el Derecho ha servido para asegurar una construcción patriarcal de la sociedad, en la que la aludida concepción de inferioridad del género femenino justificaba un sistema jurídico favorecedor de derechos del hombre blanco, padre de familia, que tenía capacidad para actuar en el ámbito laboral o en el de las relaciones sociales. Por tanto, el Derecho ha contribuido a la desigualdad de género, en la medida en que daba diferente tratamiento a los derechos del hombre y de la mujer, pues los mismos se planteaban en función de los del primero y teniendo en cuenta el rol familiar de las mujeres³.

La situación actual es completamente distinta y ello está provocando, como se verá a lo largo de este Capítulo, que el Derecho actúe como un instrumento de cambio, desde el momento en que los poderes públicos, establecida la prohibición de discriminación por razón de sexo, en el máximo nivel de nuestro Ordenamiento Jurídico⁴, tienen obligación de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (art. 9.2 CE). Es decir, la cláusula de Estado Social proporciona el marco idóneo para que el Derecho sea un instrumento útil al servicio de la igualdad de

BONA y C. GAMERO BRUN (coords.): *El feminismo ante el Nuevo Milenio*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 1998, pp. 18 y 19, respectivamente.

³ Al respecto, véase M. MORA RUIZ: “El tratamiento jurídico del género en los servicios sociales: evolución del marco normativo y nueva posición de la mujer ante la demanda y prestación de los servicios sociales”, *Aequalitas*, nº 25, 2009, pp. 29 y 30. La autora pone de manifiesto, por un lado, la evolución del Derecho como elemento dinamizador de la igualdad, después de haber contribuido a consolidar la diferencia de género; y, por otro, el carácter representativo de la ordenación administrativa de los servicios sociales, pues la prestación de los mismos por las Administraciones se vincula directamente a un cambio en el rol de “cuidadora” de la mujer, que deja de ser exclusivo de ésta desde el momento en que se produce su incorporación a la vida laboral y social. Asimismo, sobre la caracterización del Ordenamiento Jurídico como un ordenamiento patriarcal, que, por tanto, dificulta el acceso de las mujeres al Derecho, en su fases de creación y aprobación, así como en la de aplicación, véase M^a. L. BALAGUER CALLEJÓN: “La transversalidad de género y el Estatuto de Autonomía para Andalucía”, en A. AGUDO ZAMORA (coord.): *El Estatuto de Andalucía de 2007*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2008, p. 74.

⁴ No obstante, debe señalarse que esta intensificación del Ordenamiento español en relación con las garantías y promoción de la igualdad de género no puede plantearse de manera aislada; antes al contrario, se trata de un movimiento generalizado de consolidación de esta igualdad en instancias internacionales y europeas. Al respecto, véase M. A. GONZÁLEZ IGLESIAS, “La igualdad de la mujer en el ámbito internacional y su reflejo en Europa”, en M^a. A. GONZÁLEZ BUSTOS (coord.): *La mujer ante el Ordenamiento Jurídico: soluciones a realidades de género*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, pp. 19 y ss.

género⁵, en tanto que necesaria para la plena participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social⁶.

El Estado Social permite, así, que el Derecho pueda incorporar la perspectiva de género en su creación y aplicación, de forma que las normas habrán de procurar la base jurídica necesaria para que las políticas públicas se lleven a cabo conforme a las exigencias de la igualdad, con el resultado de crear un nuevo modelo de convivencia en el que la mujer es titular de derechos por sí misma, a partir de una concepción binaria de la sociedad, que exige tratar a las mujeres de forma específica y no como mero colectivo necesitado de protección⁷.

Sin duda, se produce un salto cualitativo en la relación entre género y Derecho que, a mi juicio, ha tenido especial proyección en el Derecho de Andalucía, ya que, desde el máximo nivel de su Ordenamiento, la igualdad de género y la prohibición de discriminación por tal hecho son fundamento y objetivo de la actuación de los poderes públicos autonómicos⁸, lo cual permite sentar las bases de toda una ordenación jurídica para el logro de la efectiva igualdad de mujeres y hombres, en los términos que se expondrán, justificando plenamente la oportunidad de este Capítulo, pues la garantía de la igualdad de género y la lucha contra la violencia de género constituyen dos extremos esenciales de la política social del Derecho propio de Andalucía.

⁵ Vid. M^a. L. BALAGUER CALLEJÓN: "La transversalidad de género y el Estatuto de Autonomía para Andalucía"... , *op. cit.* p. 72.

⁶ La inclusión de la igualdad de género en los nuevos Estatutos de Autonomía se vincula estrechamente al cumplimiento de los fines del Estado Social: véase M^a. L. BALAGUER CALLEJÓN: "El Derecho de igualdad de género: Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres", en AA.VV.: *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Ed. Comares, Granada, 2007, p. 54.

⁷ De forma expresiva, M^a. L. BALAGUER CALLEJÓN, plantea que "las mujeres no constituyen en sí mismas un grupo, sino una variable de las dos que componen la Humanidad, y en tal caso, las medidas de igualdad han de desenvolverse en un universo, y no en un grupo", de ahí que puedan adoptarse medidas en detrimento de las expectativas de los hombres, puesto que los recursos son limitados, originando la "dialéctica del derecho de la igualdad de género", en M^a. L. BALAGUER CALLEJÓN: *ibidem*, pp. 51-52.

⁸ Piénsese que el Preámbulo del nuevo Estatuto, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, caracteriza al mismo como "instrumento jurídico que impulse el bienestar, la igualdad y la justicia social...", de forma que la consecución de logros sociales se ha planteado como fórmula con consecuencias claras para consolidar el autogobierno de la Comunidad Autónoma: véanse G. CARARA VILLAR: "Los objetivos de la Comunidad Autónoma", en F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.): *Estatuto de Andalucía: novedades respecto del Estatuto de 1981. La nueva configuración del Derecho Autonómico*, IAAP, Sevilla, 2007, p. 27; A. PORRAS NADALES: "Derechos Sociales y Políticas Públicas", en A. AGUDO ZAMORA (coord.): *El Estatuto de Andalucía de 2007*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2008, p. 107.

2. El Estatuto de Andalucía tras su reforma: el giro hacia la realización de la igualdad de género

La aprobación, pues, de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo⁹, en cuya virtud se modifica el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía ha supuesto, un punto de inflexión en el tratamiento de la igualdad de género desde el Derecho, en la medida en que las reformas de algunos Estatutos de Autonomía, a principios del s. XXI, tienen una clara orientación hacia la realización de los fines sociales del Estado: la aludida igualdad constituye, así, uno de los pilares del nuevo Estatuto, en íntima conexión con la capacidad de la Comunidad Autónoma para desplegar políticas sociales relacionadas con los derechos de los arts. 16 y ss. del Estatuto.

Desde esta perspectiva, y sin perjuicio de lo dicho en el primer Capítulo de esta Obra, hemos de realizar algunas consideraciones sobre la inclusión de la igualdad de género en el Estatuto de Andalucía, a fin de sentar las bases de la legislación que después será objeto de estudio.

Así, en primer lugar, nos referiremos, someramente, a aquellos preceptos que dotan de contenido la obligación de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, de “impulso del bienestar, la igualdad y la justicia”¹⁰, esto es, a los elementos estructurales de la igualdad de género en el máximo nivel del Ordenamiento Jurídico de Andalucía¹¹. En segundo término, debe ponerse de manifiesto que los preceptos objeto de consideración permiten una sistematización de la igualdad de género en torno a dos ejes materiales, que son la garantía y promoción de esta igualdad y la lucha contra la violencia de género y su erradicación, y ello en un marco más amplio constituido por la política social de la Comunidad Autónoma, que se nutre de las exigencias de esta igualdad para su articulación. Finalmente, el cierre de la opción clara del Estatuto por la igualdad de género corresponde, como dispone el propio texto, al legislador ordinario, que ha de concretar el contenido y alcance de la promoción de la igualdad y, sobre todo, de las alternativas de erradicación de la violencia de género.

Sin duda, la consecuencia fundamental de este planteamiento es el reconocimiento de una auténtica política social en materia de género en la Comunidad Autónoma andaluza, dotada de una base principalista fundamental, de la atribución de competencias en la materia y de instrumentos jurídicos concretos que contribuyen a lograr el objetivo de la efectiva igualdad. A ello dedicaremos las siguientes líneas.

⁹ BOE núm. 68, de 20 de marzo.

¹⁰ Vid. Preámbulo del nuevo Estatuto.

¹¹ Se trata de un auténtico compromiso político en el más alto nivel institucional: véase O. SALAZAR BENÍTEZ: “La igualdad de género” en S. MUÑOZ MACHADO y M. REBOLLO PUIG (dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 330.

A) *El contenido social del nuevo Estatuto desde la perspectiva de género*

La igualdad como objetivo básico de la Comunidad Autónoma se encuentra recogida en el art. 10.1 del Estatuto, junto a la libertad, del individuo y de los grupos, imponiendo a los poderes públicos la obligación de remover “los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...”, para lo cual se “adoptarán las medidas de acción positiva que resulten necesarias”. En otros términos, la libertad e igualdad precisan de los poderes públicos en general, de los autonómicos, en particular, una acción en positivo que desborda la mera acción garantizadora formal de estos valores superiores del Ordenamiento Jurídico.

La cuestión, en mi opinión, no es en absoluto baladí porque el propio artículo 10 precisa el contenido o los ámbitos a través de los cuales puede conseguirse la plenitud en el disfrute de la libertad y la igualdad, destacando en este sentido la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, a través de aspectos tan concretos como la democracia paritaria y la plena incorporación de la mujer a la vida social, o la eliminación de cualquier situación de discriminación. Por tanto, el precepto pone de manifiesto cómo el Ordenamiento autonómico asume que el género es una construcción social y que, por tanto, la clave para la efectiva consecución de la igualdad de mujeres y hombres pasa por superar el ámbito de lo privado, en pro del llamado “empoderamiento de las mujeres”, sin perjuicio de la necesaria actuación de los poderes públicos en el mundo laboral, cultural, económico, político o social, como expresamente recoge el art. 10.2 *in fine*.

Desde esta perspectiva, el artículo examinado tiene el valor añadido de vincular aspectos tan generales de la igualdad que nos ocupa como el relativo a la consecución de la democracia paritaria, con aspectos concretos de la aludida política social andaluza como el que representa “la conciliación de la vida familiar y laboral y la especial garantía de puestos de trabajo para las mujeres y las jóvenes generaciones de andaluces” (art. 10.3.1º), de forma que se juridifica la necesidad de que las mujeres puedan salir del ámbito de las relaciones familiares e incorporarse a la actividad laboral, facilitando, entonces, la consecución de objetivos más generales como los aludidos. Este constituye un enfoque presente a lo largo del articulado del nuevo Estatuto, en el que la promoción de la igualdad se proyecta, al unísono, sobre aspectos públicos y privados de la actividad de las mujeres, como consecuencia de la relación ya establecida entre la situación social de las mujeres y la discriminación de género¹².

A mi juicio, este planteamiento conecta directamente con un principio clave para la efectiva igualdad de género cual es la transversalidad de la misma, debiendo incorporarse las

¹² En este sentido, téngase en cuenta las previsiones del art. 167 del Estatuto, sobre “igualdad de la mujer en el empleo”, a través de la garantía por parte de los poderes públicos de la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral, y en art. 168, en cuya virtud “la Comunidad Autónoma impulsará políticas que favorezcan la conciliación del trabajo con la vida personal y familiar”. Ambos artículos se encuentran en el Título IV del Estatuto, sobre *Economía, Empleo y Hacienda*.

exigencias de esta igualdad a cualquier actuación o ámbito de políticas públicas, así como en el nivel de las relaciones privadas. Desde esta perspectiva, el Estatuto de Autonomía ha llevado a cabo un claro avance para el Ordenamiento Jurídico andaluz. Baste pensar en este sentido cómo a la prohibición general de discriminación del art. 14 del Estatuto¹³, en línea con la letra del art. 14 CE, se suma la posibilidad general de adoptar “acciones positivas en beneficio de sectores, grupos o personas desfavorecidas” y se garantiza la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, permitiendo que las exigencias de esta igualdad estén presentes de manera transversal, tal y como establece el art. 15 del Estatuto, aun cuando dicha previsión esté incluida de forma equívoca entre los “Derechos y Deberes” de los andaluces a los que se refiere el Capítulo II del Título I del Estatuto.

En este último sentido, el Estatuto ha materializado la aludida transversalidad de género mediante la incorporación de la igualdad en distintos niveles normativos, esto es, recurriendo, en algunos preceptos a derechos estatutarios específicos para las mujeres, en otros, a normas de carácter programático o vinculadas a los principios rectores de las políticas públicas, mediante la previsión de técnicas jurídicas para la igualdad y, finalmente, el establecimiento de la competencia autonómica sobre las políticas de igualdad de género¹⁴. El resultado, sin duda, es un bloque normativo heterogéneo en cuanto a su grado de aplicación directa y exigibilidad, pero necesario para reconocer el giro hacia la igualdad de género del Derecho de Andalucía¹⁵, creando, a la vez, las bases normativas suficientes para que el legislador ordinario, en primer término, y la Administración, de manera más concreta, puedan promocionar de forma efectiva la igualdad, al tiempo que consolidan la prohibición de discriminación por razón de género. En este escenario, puede reconocerse todo un bloque normativo antidiscriminatorio que evoluciona hacia un auténtico derecho de la igualdad.

¹³ El precepto prohíbe la discriminación “en el ejercicio de los derechos, el cumplimiento de los deberes y la prestación de los servicios” (del Título I), y, de forma específica, la ejercida “por razón de sexo, orígenes étnicos o sociales lengua, cultura, religión, ideología, características genéticas, nacimiento, patrimonio, discapacidad, edad, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Por tanto, se trata de un precepto avanzado en relación con la letra del art. 14 CE, por incluir algunos supuestos de discriminación que no aparecerían en la Constitución de 1978, pero sigue resultando insuficiente en cuanto al género como causa de desigualdad, por no haberla contemplado expresamente, pese a la especificidad de la misma frente a las razones de discriminación enumeradas en el artículo mencionado.

¹⁴ El contenido del Estatuto de Autonomía ha sido objeto de sistematización a través de distintas clasificaciones que, a la postre, vienen a identificar un contenido programático, un contenido más técnico, relativo a dispositivos garantizadores de la igualdad en la aprobación de normas y la aplicación de políticas públicas con perspectiva de género, así como un contenido específico de esta igualdad plasmado en el reconocimiento de derechos de las mujeres y en la competencia de la Comunidad Autónoma sobre esta materia. Al respecto, véase M^o. L. BALAGUER CALLEJÓN: “La transversalidad de género y el Estatuto de Autonomía para Andalucía”..., *op. cit.* pp. 76 y ss.

¹⁵ Véase G. CARARA VILLAR: “Los objetivos de la Comunidad Autónoma”..., *op. cit.* p. 21.

Así, sin ánimo exhaustivo, en relación con los derechos reconocidos a las mujeres¹⁶, debe destacarse la previsión del art. 16, en cuya virtud éstas tienen el derecho “a una protección integral contra la violencia de género que incluirá medidas preventivas, medidas asistenciales y ayudas públicas”. Obviamente, el precepto no hace sino situarse en la línea de intervención integral que ya estableciera la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹⁷, pero supone un avance considerable en cuanto a la consagración de un auténtico derecho de las mujeres legitimador, incluso, de una intervención pública previa a la situación de efectiva violencia de género a través de las medidas de prevención que se desarrollarán por el legislador ordinario. Por tanto, el reconocimiento de una situación de discriminación tan intensa como la producida a partir de esta violencia es, a la vez, un derecho de las mujeres y la medida de la actuación de los poderes públicos. En todo caso, el derecho del art. 16 exige de los poderes públicos una actuación en positivo, que, por tanto, pueda vincularse de manera muy especial a determinadas acciones de la Administración Autonómica en el ámbito de los servicios sociales, poniendo de manifiesto la relación entre este ámbito de actuación y la lucha contra la discriminación por razón de género. Desde esta perspectiva, la clave de la efectividad de este derecho se encuentra en las garantías que el propio Estatuto establece respecto de los derechos del Capítulo II del Título II en los arts. 38 y 39¹⁸.

Por su parte, en un ámbito más próximo al de los principios rectores o la actuación de naturaleza más programática de los poderes públicos autonómicos, el Estatuto contempla una variedad de previsiones con distinto grado de concreción que, por tanto, quedan a expensas del legislador para su desarrollo efectivo. Así, entre otros preceptos, debe destacarse el art. 21.8, en relación con la incorporación de los valores de la igualdad entre hombres y mujeres en los planes educativos de Andalucía, que se completa con el principio de lucha contra el sexismo, en los términos del art. 37.1.2 Estatuto. Junto a ello, el art. 37.1.11 vuelve a exigir la “plena equiparación laboral entre hombres y mujeres y así como la conciliación de la vida laboral y familiar”. El art. 37.2 determina el valor de estos principios rectores, en el sentido de que se orientarán “a superar las situaciones de desigualdad y discriminación de las personas y grupos que puedan derivarse de sus circunstancias

¹⁶ Menos específica es la previsión del art. 35 del Estatuto, en cuya virtud “Toda persona tiene derecho a que se respete su orientación sexual y su identidad de género. Los poderes públicos promoverán políticas para garantizar el ejercicio de este derecho”.

¹⁷ BOE núm. 313, de 29 de diciembre.

¹⁸ Así, el primero de estos preceptos vincula a todos los poderes públicos andaluces y, en función de la naturaleza de cada derecho, a los particulares, quedando para el Parlamento autonómico la concreción de las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos; por su parte, el art. 39 reconoce la tutela jurisdiccional de estos derechos frente a los actos de los poderes públicos de la Comunidad que los vulneren, de acuerdo con las leyes procesales estatales. A juicio de O. SALAZAR, los derechos de los arts. 15 y ss. del Estatuto tienen un marcado carácter programático si se considera la generalidad de las garantías de los arts. 38 y 39, pues, en efecto, éstas se plantean en términos muy amplios y, por tanto, no constituyen un sistema concreto de garantías de los derechos, restándole contundencia a los mismos: véase O. SALAZAR BENÍTEZ: “La igualdad de género”..., *op. cit.* pp. 321-322.

personales o sociales o de cualquier otra forma de marginación o exclusión”, reenviándose al legislador la concreción de los servicios y prestaciones vinculados a la realización de estos principios.

Sin duda, estos preceptos constituyen el límite y, a la vez, el rasero de la actuación pública en cualquier ámbito de intervención, permitiendo la incorporación del género en el diseño y aplicación de las políticas públicas. A mi juicio, ello tiene el valor de hacer que las exigencias de la igualdad efectiva de mujeres y hombres sean un elemento constructivo del Derecho autonómico: por un lado, aportan una base principialista para el mismo y, por otro, van a proyectarse en instrumentos jurídicos concretos¹⁹ y en reconocer un cierto ámbito competencial de la Comunidad Autónoma, aunque el mismo no esté exento de dificultades en su identificación, si tenemos en cuenta el carácter transversal de la igualdad de género²⁰. Como ya se ha indicado, puede reconocerse la existencia de un auténtico derecho de la igualdad, en cuya virtud la construcción de Estado social que asume el Estatuto de Andalucía permite el avance en la igualdad, que, en consecuencia, supera un estado inicial de protección de las mujeres por su consideración de grupo más débil, para impulsar la construcción de un modelo de sociedad con perspectiva de género, haciéndose eco, así, de las teorías feministas fundamentales²¹.

B) Promoción de la igualdad y erradicación de la violencia de género

Como ha quedado dicho, el Estatuto de Autonomía de Andalucía no sólo introduce la igualdad de género como parámetro fundamental del Ordenamiento y de la actuación de los poderes públicos, sino que, además, concreta la extensión o el contenido de ambas cuestiones, por la vía de diferenciar entre previsiones relativas a la promoción de la igualdad, en clave positiva y constructiva de la misma, y aquellas otras que se focalizan en una forma de discriminación concreta como la que representa la violencia de género. No se trata de un modelo original del Estatuto andaluz, pues ya la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la efectiva Igualdad de Mujeres y Hombres²² recogía este planteamiento, en la idea de que ambos aspectos constituyen los frentes ineludibles de actuación de los poderes

¹⁹ Véase art. 114 Estatuto en relación con la exigencia de impacto de género en el procedimiento de elaboración de leyes y disposiciones reglamentarias de la Comunidad Autónoma.

²⁰ Véase art. 73 Estatuto. Respecto de las dudas interpretativas del alcance de la competencia de la Comunidad Autónoma sobre Políticas de género, véase A. L. FERNÁNDEZ MALLOL: “Artículo 73”, en M. ORTIZ SÁNCHEZ y I. CARRASCO LÓPEZ: *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía: Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo*, 2ª edición, IAAP, Sevilla, 2012, p. 495.

²¹ Téngase en cuenta las consideraciones de M^a. L. BALAGUER CALLEJÓN, en “La transversalidad de género y el Estatuto de Autonomía para Andalucía”..., *op. cit.*, p. 71, en relación con los rasgos característicos del *feminismo de la igualdad* y el *feminismo de la diferencia*, como etapas sucesivas para alcanzar una teoría feminista del Estado.

²² BOE núm. 71, de 23 de marzo.

públicos en materia de igualdad de género, integrando los aspectos antidiscriminatorios de esta acción, con la actuación en positivo que exige el art. 9.2 CE²³.

Desde esta perspectiva, la dualidad de ámbitos de intervención de los poderes públicos autonómicos en materia de igualdad tiene reflejo, como ya ha quedado expuesto, en la diferenciación entre la igualdad de oportunidades del art. 15 del Estatuto y el derecho a la protección integral contra la violencia de género del art. 16. Pero, junto a ello, ambos planos de acción pública se proyectan directamente sobre las competencias reconocidas a la Comunidad Autónoma en políticas de género del art. 73, y, de forma indirecta, en otros títulos competenciales con especial capacidad para transformar la sociedad en lo que a la igualdad de género se refiere. El efecto fundamental de este planteamiento ha sido, la aprobación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, de Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía y la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género²⁴, dando carta de naturaleza a la diferencia de planos de intervención en pro de la igualdad de género que consolida el Estatuto de Autonomía.

Así, en relación con la promoción de las políticas de género, el art. 73.1. establece la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre esta materia, en el marco del art. 149.1.1 CE, lo cual incluye, en todo caso:

- La promoción de la igualdad de hombres y mujeres en todos los ámbitos sociales laborales, económicos o representativos. Para ello, se reconoce expresamente la facultad de la Comunidad Autónoma para dictar normas propias o de desarrollo.
- La planificación y ejecución de normas y planes en materia de políticas para la mujer, así como el establecimiento de acciones positivas para erradicar la discriminación por razón de sexo²⁵.
- La promoción del asociacionismo de mujeres.

Por su parte, la lucha contra la violencia de género es una competencia compartida con el Estado, lo cual incluye la planificación de actuaciones y la capacidad de evaluación y propuesta ante la Administración General del Estado. Además, el art. 73.2 plantea como un espacio propio de la Comunidad Autónoma la adopción de medidas e instrumentos “para la sensibilización sobre la violencia de género y su detección y prevención”, y vincula los

²³ Como señala M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, la aprobación de la Ley Orgánica para la Igualdad se vincula “al último estadio conocido de la acción pública de la sociedad democrática avanzada a favor de la igualdad de las mujeres: la promoción de la igualdad real o efectiva”, véase M. C. PALOMEQUE LÓPEZ: “El objetivo político de la igualdad efectiva de mujeres y hombres y su instrumentación legislativa”, en AA.VV.: *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Ed. Comares, Granada, 2007, p. 3.

²⁴ BOJA núm. 247, de 18 de diciembre.

²⁵ Téngase en cuenta que el art. 14 del Estatuto, en relación con la prohibición de discriminación general que recoge, contempla, además, la adopción de “acciones positivas en beneficio de sectores, grupos o personas desfavorecidos”.

servicios y recursos de la misma a una protección integral de las mujeres que han sufrido o sufren este tipo de violencia.

El artículo 73 consigue, pues, establecer la medida de la intervención pública en la promoción de la igualdad de género y en la lucha contra la violencia de género, asumiendo, como no puede ser de otro modo, un planteamiento transversal, que implica por un lado, y respectivamente, la actuación de los poderes públicos en cualquier ámbito de la vida social y/o económica²⁶, y, por otro, una protección integral de las víctimas de la violencia de género, lo cual conlleva el establecimiento de medidas de carácter preventivo, junto a la articulación de dispositivos pensados para la efectiva situación de violencia. En cualquier caso, es evidente que el art. 73 del Estatuto consolida la acción pública, especialmente de la Administración Autonómica, a la medida de las mujeres y sus circunstancias, previendo actuaciones concretas e instrumentos jurídicos al servicio de la igualdad de género.

Este enfoque, en tanto que transversal, no puede considerarse de manera aislada, en el sentido de que el art. 73 del Estatuto sea el único precepto que atribuye competencias a los poderes públicos de la Comunidad autónoma en relación con la mujer. En este sentido, a mi juicio, debe destacarse la íntima conexión del artículo con la previsión estatutaria del art. 61.1 sobre los servicios sociales, pues los mismos atribuyen la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma sobre “la regulación, ordenación y gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección pública” (apartado a)), junto a la regulación, planificación y programación específica dirigida a personas y colectivos en situación de necesidad social (apartado b), y la creación de Instituciones públicas de protección y tutela de personas necesitadas de protección especial, al modo de los centros de ayuda reinserción y rehabilitación (apartado c)).

En mi opinión, y con ello concluyo este apartado, el Estatuto de Autonomía de Andalucía, a la vista de los arts. 73 y 61.1 ha interiorizado la igualdad de género en una doble dimensión que, en el fondo, permite superar la construcción discriminatoria de la mujer como sujeto débil necesitado de protección por un Ordenamiento de corte patriarcal o tuitivo. Es cierto que esta dimensión sigue presente, en particular en relación con el tratamiento que se dispensa a las mujeres víctimas de la violencia de género²⁷ o, incluso, respecto de situaciones de doble discriminación como la que se produce cuando en la mujer concurre, además, otra circunstancia que permite su consideración como un colectivo debilitado (piénsese en las mujeres mayores o en las mujeres en riesgo de exclusión social); en tales casos, la acción social de la Comunidad Autónoma adquiere gran protagonismo, en los términos contemplados en los apartados b) y c) del art. 61.

²⁶ Véanse los arts. 137 y 174, respecto de la promoción de la igualdad en ámbitos sectoriales diversos y los arts. 105.2 107 y 135 sobre participación y representación igualitaria.

²⁷ Sobre el carácter asistencial de la intervención autonómica en este ámbito, véase A. L. FERNÁNDEZ MALLOL: “Artículo 73”..., *op. cit.* p. 499.

Pero, junto a ello, las mujeres son consideradas en el Estatuto como “el 50%” de la sociedad andaluza, y, por tanto, no son un mero colectivo o grupo necesitado de una intervención especial; antes al contrario, el Ordenamiento debe estar en este caso al servicio del género, para conseguir, como ya hemos señalado con anterioridad, que las mujeres puedan disfrutar y ejercer sus derechos *per se*²⁸: la previsión del art. 73.1 en relación con la idea de complementariedad de sistemas de protección pública del art. 61.1.a), como el que puede articularse en materia de género a través de la actuación pública en ámbitos sectoriales (educación, sanidad, etc..) permite reconocer el salto cualitativo que el Ordenamiento andaluz²⁹ da en relación con la dimensión formal de la igualdad, pues este valor debe estar presente en el establecimiento de las políticas públicas concretas, constituyendo el género un parámetro de validez y legitimación para su diseño y ejecución³⁰.

II. LA LEY 12/2007, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE GÉNERO DE ANDALUCÍA

1. Marco legislativo general: puntos de conexión con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Efectiva Igualdad de Mujeres y Hombres

La Ley 12/2007, de 26 de noviembre, de Promoción de la Igualdad de Género de Andalucía es, como antes se ha señalado, el punto de llegada necesario para el desarrollo de la igualdad de género en los términos consagrados por el Estatuto de Autonomía y, a la vez, la norma de referencia de la actuación de los poderes públicos en general, de la Junta de Andalucía, en particular, y de los sujetos privados en la garantía y promoción de la igualdad en la Comunidad Autónoma, puesto que proporciona el marco jurídico preciso para que públicos y privados actúen conforme a los parámetros de la igualdad de género.

Sin embargo, la Ley 12/2007, debe comprenderse en el contexto normativo en el que surge, en el sentido de que, por un lado, su aprobación venía precedida de la de otras

²⁸ En el mismo sentido, véase M. MORA RUIZ: “El tratamiento jurídico del género en los servicios sociales: evolución del marco normativo y nueva posición de la mujer ante la demanda y prestación de los servicios sociales”..., *op. cit.* p. 33.

²⁹ En este sentido, debe insistirse en la especial relación entre las políticas de género y las políticas públicas en materia de servicios sociales, en las que las Comunidades Autónomas tienen gran protagonismo, ex art. 148.1.20 CE. Sobre la amplitud del concepto de servicios sociales, dando cabida al conjunto de políticas dirigidas a la promoción del desarrollo de los individuos y grupos sociales, véase F. MONTES WORBOYS: “Artículo 61”, en M. ORTIZ SÁNCHEZ y I. CARRASCO LÓPEZ: *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía: Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo*, 2ª edición, IAAP, Sevilla, 2012, p. 379.

³⁰ De forma expresiva, O. SALAZAR BENÍTEZ afirma que “la suma de los efectos igualadores de las acciones positivas y de la transversalidad de género permitirá ir cambiando unas estructuras sociales y culturales construidas sobre una diferencia jerárquica entre los hombres y las mujeres”, véase O. SALAZAR BENÍTEZ: “La igualdad de género”..., *op. cit.*, p. 331.

normas autonómicas de igualdad y, por otro, su estructura y contenido se plantea con gran paralelismo respecto de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en adelante LOI), que, sin duda, constituye la norma de referencia en la materia que nos ocupa.

Desde esta última perspectiva, la propia Ley Orgánica 3/2007, tenía ya un antecedente claro en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género³¹, en el sentido de que la misma rompía, como señala la Prof^a BALAGUER CALLEJÓN, “el modelo de normatividad jurídica en ausencia del género”³². La LOI consolida, así, la creación y la aplicación del Derecho con perspectiva de género, tal y como impone el principio de transversalidad, y consigue, en cierta medida, aunar la legislación previa y de carácter sectorial que las Comunidades Autónomas venían aprobando en desarrollo de sus respectivas competencias con el ánimo de garantizar la igualdad de género que nos ocupa³³.

A mi juicio, como se ha reiterado por la doctrina, la LOI es una norma-código, desde el punto de vista formal, si atendemos a su estructura, y, sobre todo, material, teniendo en cuenta que procura la garantía y promoción de la igualdad de género tanto en el ámbito del Derecho público, como en el de las relaciones jurídico-privadas, convirtiendo a la Administración en un sujeto cualificado no sólo para frenar o reaccionar contra las situaciones de discriminación, sino para la adopción de medidas y políticas con capacidad para transformar a la sociedad, en el sentido de incorporar a la mujer a todos los ámbitos de decisión³⁴. Como ha afirmado MORA RUIZ, la igualdad de género tiene una dimensión social que convierte a las Administraciones Públicas en sujetos cualificados para su conse-

³¹ Sobre el avance de la Ley Orgánica de Igualdad en relación con la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género, véase P. RIVAS VALLEJO: “La Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres, frente a la violencia de género”, en *Aequalitas*, nº 20, 2007, p. 44.

³² Véase M^a. L. BALAGUER CALLEJÓN: “El Derecho de igualdad de género: Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres”..., *op. cit.* p. 52.

³³ Se ha planteado una cierta diferenciación entre las normas autonómicas sobre igualdad aprobadas con anterioridad a las reformas más recientes de los Estatutos de Autonomía y las que han sucedido a los mismos, puesto que las primeras se han caracterizado por llevar a cabo una regulación parcial del derecho de igualdad. En contraposición, las normas posteriores han regulado de forma más completa, más redonda, (si se me permite la expresión), el derecho de igualdad, en clara consonancia con la intensidad de la orientación social de los Estatutos salidos de la reforma. Al respecto, véase M^a. L. BALAGUER CALLEJÓN..., *ibídem*, p. 52.

³⁴ No obstante, como han planteado los Profs. PALOMAR OLMEDA y HERNÁNDEZ SAN JUAN, el conjunto formado por las leyes de igualdad y las leyes sectoriales con incidencia en la igualdad no siempre es uniforme y suficientemente eficaz si pensamos que el mismo está situado en el plano de la acción positiva y no el meramente enunciativo, precisando su proyección “en el conjunto de políticas y regulaciones que correspondan a los poderes públicos...”, véase A. PALOMAR OLMEDA y I. HERNÁNDEZ SAN JUAN: “La acción administrativa al servicio de la igualdad”, en M. MORA RUIZ (dir.): *Formación y objeto del Derecho Antidiscriminatorio de Género: Perspectiva sistemática de la Igualdad desde el Derecho Público*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010, p. 203.

cución³⁵. Así se asume por la LOI, a lo largo de su articulado³⁶, y es el planteamiento que se recoge en el Estatuto de Autonomía de Andalucía, desde el momento en que el género conforma un ámbito de acción pública bajo el rótulo de las *políticas de género*, del art. 73. En este contexto, el valor de la Ley 12/2007, de Promoción de la Igualdad de Género de Andalucía no estará tanto en su innovación respecto de las vías de consecución de esta igualdad, sino en constituir una norma en cuya virtud se consolida el Ordenamiento con perspectiva de género, en la clave constructiva del art. 9.2 CE en relación con los arts. 10.2 y 15 Estatuto de Andalucía.

En este sentido, se ha afirmado que la LOI responde a una “triple operación jurídica básica” en cuanto a los cauces incorporados al Ordenamiento Jurídico para la efectividad de la igualdad, en el sentido de que la misma incluye los siguientes elementos³⁷, procurando una ordenación de conjunto de la igualdad³⁸, a saber:

- a) Instrumentos técnicos generales al servicio de las políticas de igualdad y oportunidades.
- b) La atribución de derechos y deberes.
- c) Medidas de organización administrativa para la igualdad.

Los elementos señalados son, en mi opinión, perfectamente trasladables a la Ley autonómica 12/2007, en orden a estructurar el contenido de la norma y el alcance de los dispositivos previstos. Así, en relación con la identificación de instrumentos técnicos generales,

³⁵ Véase M. MORA RUIZ: “La Administración como sujeto activo de la igualdad de género: la dimensión colectiva y social de la igualdad entre mujeres y hombres”, en R. GILES CARNERO y M. MORA RUIZ (coords.): *El Derecho Antidiscriminatorio de género*, Ed. Abecedario, Badajoz, 2008, pp. 131-135. En la misma línea, a partir del reconocimiento de un Derecho Administrativo para la igualdad, véase M. MORA RUIZ: “El informe de impacto de género en las disposiciones administrativas de carácter general: ¿una garantía efectiva de la igualdad desde el Derecho Administrativo?”, en M. MORA RUIZ (dir.): *Formación y objeto del Derecho Antidiscriminatorio de Género: Perspectiva sistemática de la Igualdad desde el Derecho Público*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010, p. 229. Por su parte, en relación con la presencia de la Administración en aras de la igualdad en la práctica totalidad de los ámbitos de la vida de los ciudadanos, aunque a través de distintos instrumentos, véase E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN: “El papel de la Administración y del Derecho Administrativo en materia de igualdad de género”, en E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (dir.): *La Administración promotora de la igualdad de género*, Tirant Monografías, Valencia, 2012, p. 26.

³⁶ De manera expresiva, el Título II de la LOI se dedica a *las políticas públicas para la igualdad*, estableciendo los principios generales a los que se han de someter dichas políticas (arts. 14 a 22) y la acción administrativa para la igualdad, en los términos de los arts. 23 a 35. En todo caso, en cuanto al alcance material de la caracterización de la LOI como ley-código, téngase en cuenta M. MORA RUIZ, “El informe de impacto de género en las disposiciones administrativas de carácter general: ¿una garantía efectiva de la igualdad desde el Derecho Administrativo?”..., *op. cit.*, pp. 214-215.

³⁷ Seguimos aquí el enfoque de M. C. PALOMEQUE LÓPEZ: “El objetivo político de la igualdad efectiva de mujeres y hombres y su instrumentación legislativa”..., *op. cit.* p. 10.

³⁸ Vid. BUSTOS BOTTAI, R.: “Hacia la igualdad sustancial: reflexiones a raíz de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en AA.VV.: *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Ed. Comares, Granada, 2007, p. 99.

la LOI permite reconocer una “Parte General” en la ordenación de la igualdad, en cuya virtud se articulan dispositivos de carácter horizontal y transversal que van a utilizarse en cualquier ámbito de la actuación pública, garantizando la incorporación del género como una variable determinante de la aprobación y ejecución de las normas, sea a través de los informes de impacto de género, de la elaboración de los presupuestos públicos con este criterio, o de la planificación, sea a través de la posibilidad general de adoptar medidas de acción positiva, o la realización del principio de presencia equilibrada en los nombramientos realizados por los poderes públicos³⁹. El resultado es una panoplia de instrumentos a través de la cual se garantiza la presencia del género como elemento definidor de las normas y de la actuación de las Administraciones, al margen del sector de actuación.

Por su parte, la atribución de derechos y, en su caso, deberes a públicos y privados, supone dar entrada a una cierta sectorialización de la igualdad, que deberá conocer medidas específicas de cada ámbito, en cuya virtud se establece “la clave de bóveda” de la intervención pública en estos sectores⁴⁰. Dicho en otros términos, el reconocimiento de derechos o la imposición de deberes convierten a las Administraciones en motores esenciales de la promoción de la igualdad en cada uno de los ámbitos de actuación⁴¹, con el objetivo claro de asegurar que la mujer traspase el ámbito doméstico, y pueda participar activamente en la vida social y económica⁴². Este es el interés de incorporar las exigencias de la igualdad a sectores como la educación, la sanidad o los servicios sociales, o de regular la ordenación del empleo público o de las relaciones laborales privadas con parámetros de género, (sea por la imposición de obligaciones a las Administraciones o los empleadores⁴³, sea por la aplicación de instrumentos de fomento que incentiven a los empresarios a adoptar medidas favorecedoras de la igualdad de género).

Por último, no debe desconocerse que la LOI, igual que la mayoría de las normas autonómicas de igualdad aprobadas desde 2007, ha dado una especial relevancia a la organización

³⁹ Al respecto, véase la sistematización de técnicas que lleva a cabo M. MORA RUIZ, en “El informe de impacto de género en las disposiciones administrativas de carácter general: ¿una garantía efectiva de la igualdad desde el Derecho Administrativo?”..., *op. cit.* pp. 216 y ss., así como la bibliografía considerada.

⁴⁰ A. FIGUERUELO BURRIERA: “Políticas públicas previstas para la igualdad real y efectiva”, en AA.VV.: *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Ed. Comares, Granada, 2007, p. 201.

⁴¹ Véase M. MORA RUIZ: “El informe de impacto de género en las disposiciones administrativas de carácter general: ¿una garantía efectiva de la igualdad desde el Derecho Administrativo?”..., *op. cit.* pp. 212-213.

⁴² Ello se correspondería con un nuevo pacto constitucional y un concepto material de ciudadanía: véase A. FIGUERUELO BURRIERA: “Políticas públicas previstas para la igualdad real y efectiva”..., *op. cit.*, p. 207.

⁴³ En relación con la consideración de la función pública como paradigma de la igualdad en el ámbito de las Administraciones, véase el estudio de M^a. A. GONZÁLEZ BUSTOS: “La trascendencia del sistema de función pública en el desarrollo de la igualdad de oportunidades”, en MORA RUIZ, M. (dir.): *Formación y objeto del Derecho Antidiscriminatorio de Género: Perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho Público*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010, pp. 235-239.

administrativa de la igualdad, en la medida en que la creación de órganos específicos, no siempre dentro de los correspondientes departamentos, se ha considerado como “mecanismo institucional dirigido a conseguir la igualdad real y efectiva”⁴⁴. La cuestión, en este caso, es, sin embargo, la situación actual de crisis, que ha supuesto la supresión de muchos de estos órganos específicos para la igualdad, con el efecto de diluir la garantía de la misma en el funcionamiento ordinario de las Administraciones. En todo caso, y por lo que interesa a este Capítulo, las medidas de organización pertenecerían a la que aquí hemos llamado “Parte General” de la Ley Orgánica de Igualdad, con el consiguiente reflejo en la Ley autonómica.

En este contexto, la Ley 12/2007, es la norma que concreta el alcance de la efectiva igualdad de mujeres y hombres proclamada por el Estatuto, si bien dentro de un esquema previamente establecido por la norma de referencia en la materia, esto es, la Ley Orgánica de Igualdad.

2. Aspectos estructurales de la promoción de la igualdad de género: el principio de transversalidad y la identificación de instrumentos horizontales de garantía y promoción de la igualdad

Sobre la base de lo expuesto, el estudio de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, debe referirse, en primer lugar, a la que hemos denominado “Parte General” de la igualdad, en el sentido de querer poner de manifiesto que existen instrumentos jurídicos que, de manera transversal, cualquiera que sea el ámbito de actuación y ante cualquier tipo de intervención de los poderes públicos, van a permitir incorporar el género como medida y fin de dichas actuaciones, incluso cuando los mismos pretendan la promoción de la igualdad en el nivel de las relaciones jurídico-privadas⁴⁵. La transversalidad es, así, el eje en torno al que gira el contenido de la Ley andaluza que, a la postre, no sólo consigue la realización de los ob-

⁴⁴ Esta es la caracterización que lleva a cabo la Profª GONZÁLEZ BUSTOS respecto de la organización administrativa prevista en la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres de Castilla y León, tras la reforma operada por la Ley 7/2007, de 22 de octubre: Véase Mª. A. GONZÁLEZ BUSTOS: “El trato de la igualdad en el Ordenamiento Jurídico-Administrativo español. Especial incidencia en la Comunidad Autónoma de Castilla y León”, en Mª. A. GONZÁLEZ BUSTOS (coord.): *La mujer ante el Ordenamiento Jurídico: soluciones a realidades de género*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009, p. 105.

⁴⁵ Piénsese, en este sentido, en la posibilidad contemplada en la LOI de que las Administraciones otorguen a las empresas el distintivo de “igualdad en la empresa” del art. 50, (que tiene su equivalente en la “Marca de excelencia en igualdad” del art. 35 Ley 12/2007), desarrollado por el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regulan las convocatorias para el otorgamiento del distintivo (BOE núm. 265, de 3 de noviembre): se trata de una medida de fomento que, por tanto, procura la adhesión de las empresas a un objetivo determinado, pero desde la órbita de la Administración, que es quien asume las aludidas convocatorias. Sobre la relevancia de las medidas de fomento en materia de igualdad de género y, en particular, sobre el distintivo de la LOI, véase E. Mª. MENÉNDEZ SEBASTIÁN: “Posibles medidas de fomento de la Administración: la preferencia en la contratación, las subvenciones y el distintivo de igualdad como ejemplos”, en MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. (dir.): *La Administración promotora de la igualdad de género*, Tirant Monografías, Valencia, 2012, pp. 297 y ss.

jetivos y principios del Estatuto, al permitir el ejercicio de las competencias autonómicas en clave de género⁴⁶, sino que, además, puede considerarse el punto de llegada de una legislación de carácter parcial que, paulatinamente, ha ido incorporando la perspectiva de género como elemento estructural del Derecho autonómico. Baste pensar, en este sentido, tal y como señala el Preámbulo de la norma, en la obligatoriedad del informe de impacto de género en los Presupuestos anuales de la Comunidad Autónoma, ya previsto en los arts. 139 y 140 de la Ley 18/2003, 29 de diciembre⁴⁷; en la exigencia de representación equilibrada en el Consejo de Gobierno, ex art. 18.3 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre⁴⁸; o en la aprobación de los Planes I y II de Acción del Gobierno andaluz contra la violencia hacia las mujeres⁴⁹.

La Ley, nace, así, con la misma vocación de generalidad que antes hemos atribuido a la LOI, tanto en lo que se refiere a la consideración sistemática de la igualdad en todas las políticas públicas, con el ánimo de eliminar la discriminación y fomentar este derecho, en los términos del art. 5 en relación con la definición de transversalidad del art. 3.5⁵⁰, como en cuanto a los destinatarios de la norma, cuyo ámbito de aplicación subjetivo incluye a la Junta de Andalucía y entidades integrantes de su sector público, a la Administración local y al sistema universitario andaluz (art. 2.1 y 2), junto a las personas físicas y jurídicas que se encuentren o actúen en el territorio de la Comunidad Autónoma (art. 2.3)⁵¹. Desde esta perspectiva, la Ley 12/2007, viene a colmar, a mi juicio, una cierta cuota autonómica en materia de igualdad de género, a partir del cuadro general de técnicas que ofrece la LOI⁵²,

⁴⁶ Así se pone de manifiesto en el Preámbulo de la norma y se refleja en su art. 1.

⁴⁷ Ley por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas en la Comunidad Autónoma (BOE núm. 26, de 30 de enero de 2004).

⁴⁸ Ley de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA núm. 215, de 7 de noviembre).

⁴⁹ Aprobados, respectivamente, para los períodos 1995-2000 y 2001-2004.

⁵⁰ La Ley define la transversalidad como "instrumento para integrar la perspectiva de género en el ejercicio de las competencias de las distintas políticas y acciones públicas, desde la consideración sistemática de la igualdad de género". Por su parte, el art. 5 de la Ley lleva la transversalidad a la elaboración, ejecución y seguimiento de disposiciones, así como a valorar la incidencia de cada medida en un género u otro.

⁵¹ Las leyes de igualdad tienen la virtud de dirigirse a públicos y privados, que incorporan, así, los parámetros de igualdad en su funcionamiento y relaciones cotidianas, lo cual implica que el Derecho consolida, por un lado, las funciones preventiva y tutelar de la igualdad, y, por otro, se sitúa claramente en el camino de su promoción: esta es la afirmación de M. MORA RUIZ: "El tratamiento jurídico del género en los servicios sociales: evolución del marco normativo y nueva posición de la mujer ante la demanda y prestación de los servicios sociales"..., *op. cit.* p. 31.

⁵² Sobre la relación entre la legislación estatal en materia de igualdad y la legislación autonómica, téngase en cuenta el análisis de A. PALOMAR OLMEDA y I. HERNÁNDEZ SAN JUAN: "La acción administrativa al servicio de la igualdad"..., *op. cit.* pp. 183-184.

con claro protagonismo de las Administraciones en su aplicación⁵³. Procede, pues, el análisis de las técnicas previstas en la Ley andaluza para Garantía y Promoción de la Igualdad con alcance transversal.

A) Organización administrativa al servicio de la igualdad

Ya hemos señalado que la previsión y el establecimiento de órganos administrativos para la igualdad, así como la creación de entidades diversas con funciones de asesoramiento o apoyo de las Administraciones territoriales en el ámbito de la igualdad de género constituye una vía de institucionalización de dicha igualdad en el ámbito público, en la medida en que esta organización permite una cierta estabilización de la promoción de la igualdad de género en el funcionamiento ordinario de las Administraciones que, por esta vía, consiguen visibilizar la actuación permanente en aras de la efectiva igualdad de mujeres y hombres. En consecuencia, el Título III de la Ley establece la *Organización institucional y Coordinación de las Administraciones para la igualdad de género*, a fin de, por un lado, configurar una organización administrativa estable para la igualdad, a través de la creación de la Comisión interdepartamental para la igualdad de mujeres y hombres y las unidades de igualdad⁵⁴ y, por otro, abrir la posibilidad a una administración de carácter asesor y consultivo, que refuerza la actuación de los primeros, aunque sus funciones se desenvuelvan en un nivel diferente. Este grupo organizativo estaría integrado por el Observatorio de la Igualdad de género, el Consejo Andaluz de Participación de las mujeres y la Comisión de Coordinación de políticas autonómicas y locales para la igualdad de género⁵⁵.

No obstante lo anterior, y sin perjuicio de las consideraciones que vamos a realizar sobre cada uno de estos órganos y entidades, no podemos obviar el hecho de que la organización administrativa para la igualdad en la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene una cierta tradición desde que fuera creado el Instituto Andaluz de la mujer por la Ley 10/1988, de 29 de diciembre, de Presupuesto de la Comunidad Autónoma para 1989, caracterizado como Organismo Autónomo de carácter administrativo, dependiente, en aquel momento, de la Consejería de la Presidencia⁵⁶. El Instituto se creó, así, para “promover las condi-

⁵³ Véase el art. 4 de la Ley, sobre *principios generales de actuación de los poderes públicos de Andalucía, en el marco de sus competencias*. El precepto, de manera un tanto confusa, exige la igualdad de trato, la adopción de medidas para la eliminar la discriminación, el fomento de la participación equilibrada y el impulso de la efectividad del principio de igualdad en el ámbito de las relaciones entre particulares, a la vez da entrada a la atención cualificada de aquellas mujeres que se encuentren en situaciones agravadas de discriminación por razones de pobreza, o cualquier otra circunstancia que pudiera generar los supuestos de doble discriminación.

⁵⁴ Respectivamente, arts. 59 y 60 Ley 12/2007, de 26 de noviembre.

⁵⁵ Respectivamente, arts. 61, 62 y 63.

⁵⁶ El régimen de funcionamiento del Instituto se estableció en el Decreto 1/1989, de 10 de enero (BOJA núm. 4, de 17 de enero de 1989), recientemente modificado, en cuanto a su adscripción a la Consejería de Igualdad y Bienestar social, por el Decreto 452/2004, de 6 de julio (BOJA núm. 142, de 21 de julio).

ciones para que fuera real y efectiva la igualdad del hombre y la mujer, haciendo posible la participación y presencia de la mujer en la vida política, económica, cultural y social, y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política de la mujer”⁵⁷, y esta es una línea de acción que ha quedado completamente consolidada en nuestro Derecho, permitiendo, incluso, la articulación de una organización administrativa que, a mi juicio, debe considerarse complementaria del pionero Instituto⁵⁸.

Sobre la base de lo expuesto, en relación con los órganos insertos en la estructura departamental de la Junta de Andalucía, debemos destacar lo siguiente:

Por un lado, la Comisión Interdepartamental para la igualdad de mujeres y hombres se establece “como un órgano colegiado para el seguimiento de las acciones y actuaciones de la Administración de la Junta... en materia de igualdad”, integrada por representantes de todas las Consejerías y presidida por el Titular de la Consejería competente en esta materia (art. 59.1)⁵⁹. Por tanto, la Ley 12/2007, de 26 noviembre, pone de manifiesto, a través de las funciones de este órgano la importancia de un cierto “autocontrol” de la acción pública en lo que respecta al logro de la efectiva igualdad y, de otra parte, la relevancia de la coordinación interadministrativa como una forma adicional de garantizar la realización del principio de transversalidad.

Por otro lado, la creación de esta Comisión debe contemplarse de forma complementaria a la previsión del art. 60, sobre creación de las Unidades de Igualdad de Género⁶⁰ en todas las Consejerías, “con el fin de impulsar, coordinar e implementar la perspectiva de género en la planificación, gestión y evaluación de sus respectivas políticas” (aptado. 1), previendo la Ley, en este caso, el asesoramiento y la formación del personal de la Junta en materia de igualdad, a fin de conseguir una implementación eficaz de las políticas públicas con perspectiva de género (apartado 3). La importancia estratégica de estas Unidades es tal, que el Decreto 275/2010, de 27 de abril, por el que se desarrollan sus aspectos organizativos y de funcionamiento, ha previsto la creación potestativa de las mismas en las agencias administrativas y agencias de régimen especial vinculadas a las Consejerías (art. 3.2) y se contempla de manera obligatoria a creación de la Unidad de Igualdad de género del Instituto Andaluz de la Mujer, con el mismo carácter instrumental en lo que a la imple-

⁵⁷ Véase art. 30 Ley 10/1988 (BOJA núm. 106, de 30 de diciembre de 1988).

⁵⁸ Sobre la consideración del Instituto, en paralelo con otras experiencias autonómicas y del Instituto de la Mujer, como núcleo duro de la organización administrativa para la igualdad, véase M. MORA RUIZ: “La Administración como sujeto activo de la igualdad de género: la dimensión colectiva y social de la igualdad entre mujeres y hombres”..., *op. cit.* p. 119.

⁵⁹ El desarrollo reglamentario de la organización, competencias, composición y régimen de funcionamiento se ha plasmado en el Decreto 437/2008, de 2 de septiembre (BOJA núm. 180, de 10 de septiembre de 2008).

⁶⁰ El precepto ha sido desarrollado por el Decreto 275/2010, de 27 de abril (BOJA núm. 92, de 13 de mayo de 2005).

mentación de medidas y consolidación del proceso de implantación de la transversalidad de género en Andalucía se refiere.

En ambos casos, estamos ante órganos con competencias de naturaleza ejecutiva, en el cumplimiento y desenvolvimiento de las políticas públicas con perspectiva de género, sin que pueda reconocérsele capacidad decisoria o directiva en la Administración. Sin embargo, ello no debe impedir reconocer la importancia de haber previsto en un nivel normativo importante la existencia de órganos garantizadores de la implementación de la perspectiva de género en la acción de cada Consejería, pues ello va a permitir una efectiva materialización de dicha perspectiva en la actuación ordinaria de cada Departamento, consolidándola como parámetro de realización de la misma.

Junto a ello, la organización institucional para la igualdad se desenvuelve, como hemos indicado, en el nivel del asesoramiento y participación de la sociedad, para lo que la Ley ha creado, también, dispositivos específicos. Así, en primer término, hemos de referirnos al Observatorio de la igualdad de género, definido como órgano asesor, adscrito a la Consejería competente en materia de igualdad, cuya función es “detectar, analizar y proponer estrategias para corregir situaciones de desigualdad de las mujeres en la Comunidad Autónoma” (art. 61.1). Por su parte, el Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres, adscrito también a la Consejería competente en materia de igualdad (art. 62), se erige como órgano de participación de las organizaciones de mujeres en políticas de igualdad de género de la Junta de Andalucía⁶¹, haciendo posible el fomento del asociacionismo de mujeres y formalizándolo, en el marco del art. 73.1 Estatuto de Autonomía⁶². Las funciones del Consejo son heterogéneas, en la medida en que pueden consistir en tareas de asesoramiento, en “velar por el incremento de la participación de las mujeres en los órganos de gobierno y en los procesos de toma de decisiones, tanto en el ámbito público como privado” y, en fin, en institucionalizar la participación de las mujeres en la elaboración de disposiciones y planes relativos a la igualdad elaborados por la Consejería competente (art. 3 Decreto 154/2011, de 10 de mayo).

Por último, la organización para la igualdad culmina con la creación de la Comisión de coordinación de las políticas autonómicas y locales para la igualdad de género, de forma que Junta de Andalucía, Diputaciones Provinciales y Ayuntamientos formen parte de la Comisión, con miras a la coordinación de programas y medidas (art. 63). Desde esta

⁶¹ El art. 4.9 Ley 12/2007, establece como principio general de la actuación de los poderes públicos, en aras de la igualdad de mujeres y hombres, el impulso de las relaciones entre Administraciones, instituciones y agentes sociales.

⁶² Su desarrollo reglamentario se ha producido por la aprobación del Decreto 154/2011, de 10 de mayo (BOJA núm. 99, de 23 de mayo de 2011). El art. 2.3 del Decreto concreta qué organizaciones de mujeres constituirían el ámbito de aplicación del Decreto, refiriéndose a las “asociaciones, federaciones y confederaciones de mujeres que se encuentren inscritas en el censo de Entidades Colaboradoras con el Instituto de la Mujer para la promoción de la igualdad de género en Andalucía”.

perspectiva, se consolida una cierta “transversalidad organizativa”⁶³ en la Comunidad Autónoma, pues la igualdad de género no sólo está presente en el nivel Departamental de la Junta, vinculada a todas las políticas públicas, sino, también en las otras Administraciones territoriales de Andalucía, imponiendo la coordinación como parámetro de relación en lo que a la realización de la igualdad se refiere. Las funciones de esta Comisión serán las siguientes: “a) Promover la aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades... en el ámbito de actuación de las distintas Administraciones Públicas Andaluzas; b) Hacer un seguimiento del cumplimiento, desarrollo y aplicación de la Ley 12/2007...; c) Cooperar institucionalmente en materia de igualdad a fin de impulsar la integración del enfoque de género en las políticas y programas que se desarrollen en el ámbito de las distintas Administraciones Públicas Andaluzas; d) Realizar propuestas de actuación, emitir informes y dictámenes, tendentes a lograr la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres...”⁶⁴. La amplitud y/o indeterminación de las funciones puede considerarse un elemento favorecedor de un papel activo de la Comisión, de forma que la operatividad de la misma dependerá del efectivo funcionamiento de la misma, dada la complejidad de su composición (a modo de ejemplo, la Comisión estará integrada por 9 vocales representantes de las Administraciones Locales designados por la asociación de municipios y provincias de ámbito andaluz y 8 vocales representantes de la Administración de la Junta con competencia en diversos ámbitos⁶⁵) o su régimen de funcionamiento, que exige un mínimo de dos sesiones anuales⁶⁶: la regulación actual de ambos aspectos puede, si no hay voluntad de las Administraciones, dificultar un papel activo de la Comisión.

B) Evaluación de Impacto de Género

El art. 6.1 de la Ley 12/2007, contempla la evaluación del impacto de género en el desarrollo de las competencias de los poderes públicos, como una herramienta garantizadora de la integración del principio de igualdad de mujeres y hombres, en el sentido de que el ejercicio de estas competencias tengan en cuenta, como dispone el art. 5 Ley, “su incidencia en la situación específica de unas y otros, al objeto de adaptarlas para eliminar los efectos discriminatorios y fomentar la igualdad de género”. El precepto, sin embargo, no consiste en una declaración general de la necesidad de la evaluación, sino que concreta el ámbito específico de aplicación de dicha técnica y el contenido de la misma. Así, en

⁶³ Sobre transversalidad y organización administrativa, véase M. MORA RUIZ: “La Administración como sujeto activo de la igualdad de género: la dimensión colectiva y social de la igualdad entre mujeres y hombres”..., *op. cit.* pp. 118-119.

⁶⁴ Así lo dispone el art. 4 Decreto 12/2011, de 25 de enero, por el que se crea y regula la Comisión de coordinación de las políticas autonómicas y locales para la Igualdad de Género (BOJA núm. 30, de 11 de febrero de 2011).

⁶⁵ Art. 9 Decreto 12/2011, de 25 de enero.

⁶⁶ Art. 10 Decreto 12/2011, de 25 de enero.

relación con el primero de los aspectos señalados, el art. 6.2 vincula la evaluación de impacto de género al análisis e informe que emita el órgano con competencia al efecto sobre los proyectos de ley, disposiciones reglamentarias y planes que apruebe el Consejo de Gobierno.

Junto a ello, el art. 6.2 precisa que la evaluación debe hacerse en la tramitación de las anteriores decisiones, a fin de que incorporen el objetivo de la igualdad. Para ello, y en el afán de que la Evaluación sea una técnica operativa desde la aprobación de la Ley, se precisa el contenido del informe y su finalidad, de forma que este irá acompañado de indicadores pertinentes en género, así como de mecanismos y medidas dirigidas “a paliar y neutralizar los posibles impactos negativos que se detecten sobre las mujeres y hombres, así como a reducir o eliminar las diferencias encontradas” (art. 6.3). La evaluación de impacto de género se establece, de esta forma, como una técnica de carácter positivo o constructivo de la igualdad, en el sentido de que su finalidad no es el mero diagnóstico de la desigualdad en la elaboración de la disposición examinada, sino, además, la previsión de medidas encaminadas a la corrección de dichas situaciones y, en su caso, al fomento de la igualdad, configurándose, pues, como un instrumento jurídico necesario para que las Administraciones actúen en positivo en la garantía y efectividad del derecho que nos ocupa.

En todo caso, la técnica no es novedosa en el marco del derecho de la igualdad, pues ya se había previsto en normas autonómicas anteriores a la Ley 12/2007⁶⁷, y la Ley Orgánica de Igualdad preveía el informe, aunque en relación con los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometían a la aprobación del Consejo de Ministros (art. 19). El Derecho propio de Andalucía da, sin duda, un paso más en la consolidación de esta técnica, en la medida en que se exige desde el propio Estatuto (art. 114) y, además, tiene una proyección específica en la Ley 12/2007, en la medida en que el art. 31.3 de la misma dispone que las ofertas públicas de empleo de la Administración de la Junta de Andalucía “deberán ir acompañadas de un informe de impacto de género”. Por tanto, estamos ante una técnica con una cierta tradición en el Derecho de la Igualdad, que, en consecuencia, se configura como pieza clave de realización del principio de transversalidad, al incidir directamente en el procedimiento de elaboración de normas.

Por su parte, el Decreto 17/2012, de 7 de febrero, por el que se regula la Elaboración del Informe de Evaluación del Impacto de Género⁶⁸, completa la regulación legal de la técnica, concretando su régimen jurídico en aspectos competenciales y de procedimien-

⁶⁷ De hecho, la Comunidad Autónoma de Andalucía ya había regulado este dispositivo en la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas, y en el Decreto 93/2004, de 9 de marzo, por el que se regula el informe de evaluación de impacto de género en los proyectos de ley y reglamentos que apruebe el Consejo de Gobierno.

⁶⁸ BOJA núm. 36, de 22 de febrero.

to, que clarifican la operatividad y alcance de la Evaluación⁶⁹. Así, la emisión del informe de evaluación del impacto de género corresponderá al centro directivo competente para la iniciación del procedimiento de elaboración de la disposición, de forma que habrá de acompañar el acuerdo de iniciación de dicho procedimiento (art. 4.3 en relación con el art. 4.1); las Unidades de Igualdad de Género asesorarán a estos órganos para la elaboración del informe. Junto a ello, el Decreto concreta el contenido de los informes y prevé el envío de los mismos al Instituto Andaluz de la Mujer, que asume la obligación de seguimiento de los informes de evaluación del impacto de género mediante la realización de un informe anual (arts. 6 y 7, respectivamente).

C) *La planificación estratégica*

El art. 7 de la Ley 12/2007, ha previsto como instrumento de realización de la igualdad, la aprobación periódica, (cada cuatro años desde 2008), por parte del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, y a propuesta de la Consejería de Igualdad, del Plan estratégico para la igualdad de mujeres y hombres, haciendo de la planificación de carácter indicativo un instrumento de realización de la igualdad, tanto desde la perspectiva de la lucha contra la discriminación, como la del fomento de este derecho.

El acuerdo del Consejo de Gobierno de 19 de enero aprobó el Plan Estratégico para la igualdad de mujeres y hombres de Andalucía, 2010-2013⁷⁰, que se define como instrumento de aplicación de la Ley 12/2007, con el objetivo de la igualdad de oportunidades, en tanto que “objetivo transversal de todas las medidas contenidas en el Plan”. Desde esta perspectiva, el Plan tiene la virtud de concretar objetivos, ámbitos y medidas específicas de actuación con capacidad suficiente para poner en marcha una auténtica estrategia de *mainstreaming* o “enfoque integrado del género en la Junta de Andalucía”, si bien de forma indicativa, en el sentido de que no estamos ante un plan de naturaleza vinculante en el sentido más estricto del término, sino ante la programación, de futuro, posible, de la actuación de los poderes públicos autonómicos⁷¹.

⁶⁹ En este sentido, en opinión de M. MORA RUIZ, resulta fundamental que la evaluación del impacto de género tenga un régimen jurídico claro, establecido, al menos, en el nivel de reglamento, a fin de garantizar que su incumplimiento pueda producir los efectos jurídicos que corresponda a la inobservancia de un trámite preceptivo en la elaboración de disposiciones: véase M. MORA RUIZ: “El informe de impacto de género en las disposiciones administrativas de carácter general: ¿una garantía efectiva de la igualdad desde el Derecho Administrativo?”..., *op. cit.* pp. 219-220.

⁷⁰ Accesible en la siguiente dirección, consultada el 12 de julio de 2012: http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/html/sites/presidencia/contenidos/la_consejeria/Unidad_Igualdad_Genero/Documentacion/PLAN ESTRATEGICO PARA LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES EN ANDALUCIA 2010-2013 x2x.pdf

⁷¹ Como señala E. M^a. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, en “El papel de la Administración y el Derecho Administrativo en materia de igualdad de género”..., *op. cit.* p. 108, el carácter programático de este tipo de planes, en contraposición con el valor que el art. 46 LOI atribuye a los Planes de igualdad de la Administración General del

No obstante esta última afirmación, debe destacarse que el Plan crea un marco de referencia fundamental para la acción pública en materia de igualdad, y ello porque, por un lado, fija las directrices estratégicas de esta acción, y, por otro lado, identifica ocho ámbitos o líneas de actuación irrenunciables para la consecución de la igualdad, delimitando el alcance de la actuación sectorial en materia de igualdad. Desde esta perspectiva, el Plan juridifica, en cierta medida, el contenido de la aludida acción pública, que no sólo puede consistir en la garantía de la igualdad de oportunidades⁷², sino en tratar de reconocer un espacio propio de las mujeres en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas y en el de las relaciones de naturaleza pública. La igualdad es, así, una construcción de carácter integral, en el sentido de que su realización exige, tal y como señala el Plan en relación con sus funciones, las siguientes directrices estratégicas:

- La transversalidad de género a través de la participación de todas las Consejerías en aplicación del principio.
- La consolidación de la conciliación y la corresponsabilidad, por tanto, la consecución de las mujeres y hombres en todos los ámbitos de la sociedad.
- El *empoderamiento de las mujeres*, lo cual implica facilitar el ejercicio activo de sus derechos y su acceso a la toma de decisiones.

Sobre esta base, el Plan identifica como ámbitos preferentes de actuación los siguientes: la integración de la perspectiva de género (en el funcionamiento de la Administración andaluza); educación; empleo; conciliación y corresponsabilidad; salud; bienestar social; participación; imagen y medios de comunicación. A algunos de estos ámbitos nos referiremos en el siguiente epígrafe de este Capítulo, en la medida en que permiten reconocer una cierta relación cualificada entre la igualdad y el ámbito de los servicios sociales, como espacio idóneo para la consecución de la misma. En cualquier caso, y ello es lo que interesa destacar, el Plan constituye un referente normativo *suis generis* imprescindible para consolidar la articulación de un derecho de la igualdad propio de Andalucía, pues consigue

Estado en el marco del Plan Estratégico del art. 17, porque no se trata de una solución satisfactoria en cuanto a la eficacia de los planes.

⁷² Aun cuando la igualdad de oportunidades se establece como fin primordial del Plan, debe señalarse que este es un concepto equívoco, en el sentido de que la plena igualdad de género no sólo puede consistir en la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres para el ejercicio de derechos, si con ello sólo se garantiza que las mujeres estén en la misma posición de salida que los hombres para el disfrute de los aludidos derechos. Antes al contrario, la igualdad de oportunidades se considera un aspecto parcial de las políticas públicas de igualdad, que han de completarse con medidas de acción positiva y con la transversalidad como medida de dichas políticas: al respecto, véase J. ASTELARRA: "Veinte años de políticas de igualdad", en *Feminismos*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2003, p. 77. Sobre el carácter más limitado de las políticas de igualdad de oportunidades, en el sentido expuesto, véase M. MORA RUIZ, en "El tratamiento jurídico del género en los servicios sociales: evolución del marco normativo y nueva posición de la mujer ante la demanda y prestación de los servicios sociales"..., *op. cit.* p. 34.

sistematizar los objetivos estructurales de este derecho y los ámbitos de acción pública necesarios para su consecución⁷³.

D) Otros instrumentos de naturaleza horizontal para la promoción de la igualdad. En particular, las garantías para la igualdad de género

Finalmente, en este último apartado, no queremos sino poner de manifiesto que la panoplia de instrumentos prevista en la Ley que estructura el derecho de la igualdad se completa con una multiplicidad de previsiones que operan en distintos niveles desde un punto de vista estrictamente jurídico pero que, en definitiva, tienen el valor de introducir la perspectiva de género en la actuación de los poderes públicos, en general, y de la Administración autonómica, de forma más intensa. Desde esta perspectiva, debe destacarse la previsión del art. 8.1 de la Ley, en cuya virtud la variable del género tiene un tratamiento particularizado en el Presupuesto de la Comunidad Autónoma, justificando la creación de la Comisión de Impacto de Género en los Presupuestos, que, con participación del Instituto de la Mujer, emitirá el informe de evaluación de impacto de género sobre el anteproyecto de la Ley de Presupuesto. Junto a ello, dicha Comisión asume tareas que pueden considerarse transversales, en la medida en que, en relación con todas las Consejerías, impulsará y fomentará la aprobación de anteproyectos con perspectiva de género, pero, además, se crea de forma indirecta un dispositivo adicional de supervisión de la acción de las Consejerías, empresas y organismos de la Junta, en el sentido de que el art. 8.2 permite la realización de auditorías de género en dichos órganos y entidades. La clave será, entonces, el desarrollo reglamentario de las auditorías y su alcance, so pena de haber previsto una competencia vacía de contenido.

Además, debe otorgarse el carácter de medida horizontal a las previsiones de los arts. 9 a 13 de la Ley, aun cuando su alcance vinculante pueda diferir de la regulación del art. 8. Así, ha de mencionarse, por un lado, la garantía de uso no sexista del lenguaje por la Administración de la Junta de Andalucía y un tratamiento igualitario en los contenidos e imágenes que utilice en el desarrollo de sus políticas (art. 9) y la garantía de integración de la perspectiva de género en la realización de estadísticas, encuestas y recogidas de datos (art. 10.1), junto a la incorporación de dicha perspectiva en la investigación (art. 10.2), previendo la Ley una determinada orientación de la actividad investigadora, aunque con carácter programático, en relación con “la situación y necesidades de las mujeres en el medio rural, y de aquellos colectivos sobre los que influyen diversos factores de discriminación social” (art. 10.2 *in fine*).

⁷³ El propio Plan identifica, entre otros, como principios rectores de su elaboración, una “visión de proceso”, esto es, la consideración del Plan como “primer paso de un proceso más amplio de planificación y aplicación de la norma” y su “instrumentalidad”, en el sentido de que el Plan tiene “valor técnico y social”.

Por su parte, la Ley considera como “medidas de promoción de la igualdad de género por la Junta de Andalucía”⁷⁴, por un lado, la garantía y exigencia de representación equilibrada de los órganos directivos y colegiados (art. 11) y, por otro, la posibilidad de poner en valor el compromiso de promoción de la igualdad por parte de las empresas, en el ámbito de la contratación, en relación con la fase de adjudicación de los contratos (art. 12)⁷⁵, y en de las ayudas y subvenciones (art. 13)⁷⁶. La Administración asume, así, un claro papel activo en relación con la promoción de la igualdad que supera lo puramente programático, en contraposición con otros preceptos, más difusos en el modo de garantizar el derecho que nos ocupa. Es más, ello se completa con una prohibición de formalizar contratos o conceder ayudas, subvenciones o bonificaciones aquellas empresas “que (hayan sido) sancionadas o condenadas por resolución administrativa firme o sentencia judicial firme por alentar o tolerar prácticas laborales consideradas discriminatorias por la legislación vigente” (art. 13.2).

Por último, las medidas horizontales aquí examinadas tienen una cláusula de cierre en el Título V de la Ley, que, bajo el establecimiento de “garantías para la igualdad de género”, ha previsto determinados dispositivos para la aplicación efectiva de la Ley, con el ánimo de asegurar el cumplimiento de la misma. Además, y ello debe destacarse, estas garantías no sólo se dirigen a las Administraciones sino que, en el afán de incidir en el ámbito de las relaciones privadas, procuran una cierta ordenación de la igualdad de género también en relación con los particulares, sea desde la perspectiva de la evitación de la discriminación, sea desde la promoción de la igualdad que preside la Ley 12/2007. Así, en primer lugar, y en el marco del art. 69 LOI, los poderes públicos de Andalucía adoptarán las medidas necesarias “para garantizar el respeto al principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, mediante la ausencia de discriminación directa e indirecta por razón de sexo, en lo relativo al acceso a bienes y servicios y su suministro” (art. 65.1), de forma que las diferencias de trato en el suministro de bienes y servicios sólo serán admisibles para el caso de que tales diferencias estén justificadas por “un propósito legítimo y los medios para lograr tal finalidad sean adecuados y necesarios” (art. 65.2 Ley 12/2007, en relación con el art. 69.3 LOI)⁷⁷. Como señala el art. 69.1 LOI, habrá que considerar la garantía de igualdad en el

⁷⁴ Este es el título que se atribuye al Capítulo II del Título I.

⁷⁵ Por su parte, el apartado 2 del art. 12 prevé la inclusión en los Pliegos de Cláusulas administrativas particulares de una cierta preferencia por aquellas empresas que acrediten acciones de promoción.

⁷⁶ Sobre el significado de estas medidas, véase E. M^a. MENÉNDEZ SEBASTIÁN: “Posibles medidas de fomento de la Administración: la preferencia en la contratación, las subvenciones y el distintivo de igualdad como ejemplos”..., *op. cit.* pp. 270 y ss.

⁷⁷ Debe tenerse en cuenta que el art. 10 LOI sanciona con la nulidad y la ineficacia “los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo... y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones e indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido,...”. Con este precepto, como señalan PALOMAR Y HERNÁNDEZ, se supera el ámbito de las meras delimitaciones normativas, para situarse en el terreno de las consecuencias jurídicas, cuando se produce discriminación en cualquier tipo de negocio jurídico: Véase PALOMAR OLMEDA, A. y HERNÁNDEZ SAN JUAN, I.: “La acción administrativa al servicio de la igualdad”..., *op. cit.* p. 187.

suministro de bienes y servicios se exigirá al margen de que los mismos se ofrezcan en el sector público o privado, en la medida en que estén disponibles para el público⁷⁸.

Por su parte, la propia Administración autonómica asume una cierta tarea de supervisión, en cuya virtud hace de la información del ciudadano un instrumento de fiscalización de la actuación pública en materia de igualdad, mediante la previsión de un informe periódico sobre el conjunto de actuaciones en relación con la efectividad del principio de igualdad, coordinado por la Consejería con competencias en materia de igualdad, que, además, en la clave constructiva de la igualdad que caracteriza a la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, contendrá “los criterios correctores que correspondan con la finalidad de la Ley” (art. 64). El Decreto 440/2010, de 14 de diciembre, procede al desarrollo reglamentario del art. 64 de la Ley, ampliando el objeto del informe al seguimiento del Plan Estratégico al que nos hemos referido con anterioridad. El informe tiene carácter bianual (art. 4)⁷⁹ y su elaboración corresponde a la Consejería competente en materia de igualdad, pero a través del Instituto Andaluz de la Mujer que en períodos bianuales procede a la realización del informe, que será aprobado por el Consejo de Gobierno y remitido al Parlamento (art. 3 Decreto 440/2010).

Por último, y en línea de continuidad con los arts. 12 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género, se legitima al Instituto Andaluz de la Mujer y a las asociaciones que tengan como único objetivo la defensa de los intereses de las mujeres a ejercitar la acción de cesación de publicidad ilícita “por utilizar en forma vejatoria la imagen de la mujer” (art. 66.1). Junto a ello, también de conformidad con la Ley Orgánica 1/2004, el Consejo Audiovisual de Andalucía, podrá solicitar a los anunciantes y empresas audiovisuales, por iniciativa propia o a instancia de las partes interesadas, el cese o la rectificación de la publicidad ilícita o prohibida, en los términos establecidos por la Legislación (art. 66.2). La regulación de la acción de cesación y rectificación de la publicidad ilícita constituye, en mi opinión, un aspecto fundamental de realización de la igualdad: desde un punto de vista material, porque es una acción que pone de manifiesto la importancia de los medios de comunicación y la publicidad en el planteamiento social de la igualdad y que, en consecuencia, debe ajustarse a sus exigencias, dado el

⁷⁸ El art. 63.1 LOI impone la obligación de cumplir el principio de igualdad en las actividades y transacciones de “todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público, o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera el ámbito de la vida privada y familiar”.

⁷⁹ No obstante, ya se ha publicado un Primer Informe de seguimiento 2010, en el marco del I Plan Estratégico para la Igualdad, que obtiene un saldo positivo en cuanto al cumplimiento de la Ley y la creación de estructuras para la promoción de la igualdad, sin perjuicio de desconocer los ámbitos en los que deben consolidarse estos logros. El informe puede encontrarse en la siguiente dirección: http://www.juntadeandalucia.es/cultura/web/html/sites/consejeria/general/Galerias/Adjuntos/anexos_a_subir_a_produccion/uig/INFORME_DE_SEGUIMIENTO_IMHA_BALANCE_2010.pdf, consultada el 12 de julio de 2012.

potencial de manipulación o de influencia que se le presume a ambas cuestiones⁸⁰; desde una perspectiva procesal, estamos ante un supuesto de legitimación colectiva, ante una acción que, asimismo, tiene efectos colectivos, lo cual supone un avance considerable en lo que tiene de colectivización de la reacción frente a la publicidad ilícita o prohibida, cuando la misma tenga clara repercusión en las mujeres⁸¹. En este sentido, la lucha contra la violencia de género no siempre ha de producirse ante la condición efectiva de víctima, y ello permite que las normas en clave de promoción y garantía de la igualdad de carácter general, como la que examinamos, formen un todo jurídico con las normas para erradicación de la violencia de género, admitiéndose la necesidad de una intervención preventiva de quienes tienen competencias en materia de igualdad.

3. La igualdad de género a través de políticas y acciones públicas de carácter sectorial. Especial consideración de la acción social y los servicios sociales como ámbito cualificado para la efectiva igualdad de mujeres y hombres

Sobre la base de lo expuesto hasta este momento, la promoción de la igualdad precisa, sin duda, una proyección en cada uno de los sectores de actividad pública, en la medida en que las diferencias de género existentes deben tener un tratamiento particularizado en función del sector en el que se desenvuelva la acción pública, atendiendo, además, al grado de intensidad de la intervención de las Administraciones en cada sector y, por extensión, a las fórmulas de actividad administrativa a la que se recurra. Desde esta perspectiva, ya la LOI había asumido la necesidad de que determinados sectores fueran objeto de medidas concretas, y este es el enfoque seguido en la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, cuyo Título II establece las *Medidas para promover la igualdad de género*. La amplitud del Título excede las pretensiones de este Capítulo, y ello nos lleva a limitar el análisis de la regulación de todos los sectores contemplados en la Ley, y, por tanto, sólo van a ser objeto de consideración aquellos que, en cierta medida, puedan tener una cierta instrumentalidad para la realización de la igualdad en los servicios sociales o, a la inversa, que permitan que la presencia del género en las políticas sociales tenga proyección sobre estos otros ámbitos:

Así, en primer término, la Ley incide sobre la educación, como pieza clave de asunción por la sociedad de pautas de igualdad de género, diferenciándose entre las medidas dirigidas a la educación no universitaria y la enseñanza superior. En relación con el primero de los sectores, la Ley procura atender, por un lado, el proceso educativo, involucrando a los

⁸⁰ Para un mayor estudio de las relaciones entre igualdad y publicidad, véase M^a. A. GONZÁLEZ BUSTOS: "Las políticas de igualdad en la publicidad y los medios de comunicación", *Aequalitas*, nº 26, 2010, *in totum*.

⁸¹ Ténganse en cuenta los informes anuales del Observatorio Andaluz de la Publicidad no sexista desde 2007, sobre las acciones y empresas denunciadas por el Instituto en la materia examinada. Esta información está accesible en <http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/observatorio/web/observatorio>, consultada el 12 de julio de 2012.

centros, profesorado, la inspección educativa y la elaboración de materiales curriculares y libros con perspectiva de género⁸², y, de otro, el llamado empoderamiento de las mujeres, por la vía de potenciar la participación equilibrada de mujeres y hombres en los puestos directivos y de decisión, así como la conciliación de la vida laboral y familiar, a fin de favorecer la promoción profesional y curricular de todo el personal docente (art. 14.2). La carga programática de estos preceptos es considerable, si bien llevan a cabo una ordenación de referencia del sector irrenunciable y necesaria para asegurar el principio de igualdad en este ámbito.

En el nivel de la Educación Superior, la Ley intensifica su orientación hacia el empoderamiento de las mujeres, previendo el fomento de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres con relación a la carrera profesional, y el desarrollo de medidas de conciliación, en los términos ya referidos (art. 20.1), así como el impulso de medidas para promover la representación equilibrada de mujeres y hombres en la composición de los órganos colegiados de las Universidades y comisiones de selección y evaluación (art. 20.3), y en el ámbito de la investigación, la ciencia y la tecnología (art. 21.1).

Por su parte, la formación universitaria con perspectiva de género, por un lado, y las investigaciones en esta clave, constituyen la otra línea de actuación en materia de igualdad de la Ley (arts. 20.2 y 20.3, respectivamente), hasta el punto de que la investigación de género no sólo ha de promocionarse sino que, además, debe tener expreso reconocimiento como mérito en la evaluación de la actividad docente, investigadora y de gestión del personal de Universidades Públicas de Andalucía (art. 21.2).

En cuanto a la igualdad en el empleo, la limitación competencial sobre esta materia, sea en el sector privado, sea en el del empleo público, suponen que el Capítulo II del Título que examinamos está en línea con los Títulos IV y V LOI, reguladores del derecho al trabajo en igualdad de oportunidades y del principio de igualdad en el empleo público, de forma que es poca la innovación que lleva a cabo la norma autonómica. Aun así, debe destacarse el art. 22 de la Ley 12/2007, como marco de las medidas de fomento de la igualdad en el empleo, en cuanto que precisa, por un lado, que el objetivo es la igualdad de oportunidades en el mismo, y, por otro, que tal objetivo precisa políticas públicas de fomento del empleo y de una actividad empresarial que impulse la presencia de mujeres y hombres en el mercado de trabajo, “con un empleo de calidad, y una mejor conciliación de la vida laboral, familiar y personal” (art. 22.1), a lo que se añade una acción pública cualificada por la vía de la adopción de medidas de acción positiva destinadas a garantizar la igualdad

⁸² Así lo disponen, respectivamente, los arts. 15 y 18 (en relación con los Consejos Escolares), 17 (formación del profesorado), 19 (inspección educativa) 16 (materiales curriculares y libros de texto), sobre la base de una declaración previa del art. 14.1 respecto del significado del principio de igualdad entre mujeres y hombres, en tanto que inspirador del “sistema educativo andaluz y el conjunto de políticas que desarrolle la Administración Educativa”.

de oportunidades y permitir la superación de situaciones de segregación profesional o de diferencias retributivas (art. 22.2).

Sobre esta base, tratándose del empleo privado, el art. 23 de la Ley establece acciones en diversos niveles que tienen como objetivo luchar contra las situaciones de discriminación, y de ahí que, en el mismo precepto tengan cabida, a la vez, la atención a colectivos de mujeres en los que concurran varias causas de discriminación (apartado 3), la imposibilidad de que el Servicio Andaluz de Empleo tramite ninguna oferta discriminatoria por razón de sexo (apartado 4), o que la Administración de la Junta realice estudios sobre las estimaciones del valor económico del trabajo doméstico y el cuidado de las personas que se realiza en la Comunidad Autónoma, a fin de difundir los resultados y conocer “su contribución a la economía y a la sociedad andaluza” (apartado 8). Junto a ello, la orientación de la Ley es claramente hacia el establecimiento de mecanismos de fomento, mediante incentivos a la contratación de mujeres (art. 24), ayudas para la creación de empresas o el autoempleo de las mujeres (art. 25) o la promoción de la calidad en el empleo (art. 26) y, de manera más novedosa, el fomento de medidas de responsabilidad social de las empresas en materia de igualdad de género (art. 34) o el reconocimiento específico del compromiso de las empresas con la igualdad, mediante el otorgamiento de la Marca de Excelencia en igualdad del art. 35 de la Ley⁸³.

Finalmente, en el ámbito estrictamente privado de las relaciones laborales, la Ley autonómica también ha previsto los Planes de igualdad de las empresas (art. 27) y procura la presencia de la igualdad en la negociación colectiva, a través de la inclusión de cláusulas destinadas a promover y garantizar la igualdad de oportunidades y la no discriminación en dicha negociación (art. 28)⁸⁴. Junto a ello, la seguridad y salud laboral, así como la adopción de medidas para evitación del acoso sexual y el acoso por razón de sexo (arts. 29 y 30, respectivamente), cierran una regulación exhaustiva de la igualdad en el ámbito laboral privado.

Por su parte, tratándose del empleo público⁸⁵, la Ley se ajusta a los dictados de la LOI, tanto en las pruebas selectivas exigiendo, incluso, que los temarios incluyan referencias a la normativa sobre igualdad y violencia de género, o la evaluación del impacto de género de las ofertas de empleo público (art. 32.1 y 3), como en cuanto a los planes de igualdad

⁸³ Esta línea de promoción y apoyo ha de completarse con las previsiones del art. 38 de la Ley en relación con la conciliación de la vida laboral, familiar y personal en las empresas.

⁸⁴ Además, como no podía ser de otro modo, el art. 28 atribuye un papel fiscalizador a la Administración de la Junta en cuanto a la supervisión de que los convenios no incluyan cláusulas discriminatorias, no se haga un uso sexista del lenguaje (apartado. 3).

⁸⁵ Para un estudio pormenorizado de la igualdad en el ámbito del empleo público, véase M^a. A. GONZÁLEZ BUSTOS: “La trascendencia del sistema de función pública en el desarrollo de la igualdad de oportunidades”..., *op. cit.* pp. 239 y ss.

(art. 32)⁸⁶ y la protección de las mujeres en los supuestos de acoso sexual y acoso por razón de sexo (art. 33).

La ordenación que de las relaciones laborales hace la Ley autonómica ha de completarse, necesariamente, con la del Capítulo III del Título que nos ocupa, sobre *Conciliación de la vida laboral, familiar y personal*, puesto que, como señala el art. 36.1, “las mujeres y los hombres en Andalucía tienen el derecho y el deber de compartir adecuadamente las responsabilidades familiares, las tareas domésticas y el cuidado y atención de las personas en situación de dependencia, posibilitando la conciliación de la vida laboral, personal y familiar y la configuración de su tiempo”. Las Administraciones Públicas han de articular medidas y servicios que permitan dicha conciliación, como línea estratégica de la igualdad en la Comunidad Autónoma, y faciliten el empoderamiento de las mujeres, tal y como establece el Plan Estratégico para el desarrollo de la igualdad. Desde esta perspectiva, el impulso de los servicios sociales por las Administraciones es una pieza clave, como ya hemos indicado con anterioridad, para la efectiva igualdad de las mujeres, pues el proceso de profesionalización de los mismos resta protagonismo al ámbito familiar como necesario para la atención de menores o de personas en situación de dependencia, facilitando la aludida conciliación. En este sentido, el art. 37.3 Ley asume este planteamiento, a través del impulso a la creación de infraestructuras y servicios “para facilitar el cumplimiento de las responsabilidades familiares y el cuidado y atención de personas en situación de dependencia”.

Por último, entre las políticas sectoriales que vamos a considerar en este apartado, y como culminación de lo dicho, hemos de referirnos a las previsiones de la Ley sobre salud y bienestar social, porque, sin duda, asumen la especificidad de los servicios sociales para la consecución de una igualdad efectiva de mujeres y hombres.

En relación con las políticas de salud, la Ley exige el desarrollo de políticas de salud y prevención de enfermedades a la medida del género de sus destinatarios, en el sentido de tener en cuenta las necesidades de hombres y mujeres⁸⁷; la consecuencia práctica de este planteamiento es que el servicio público sanitario deberá prestarse adaptado a las características de cada sexo (art. 41.1)⁸⁸. Asimismo, la norma prevé una asistencia en

⁸⁶ Asimismo, el fomento de la igualdad en el empleo público se completa en la Ley con la regulación de medidas de conciliación (art. 39) y del permiso de paternidad (art. 40).

⁸⁷ Como señalan L. TOLIVAR ALAS y A. BOTO ÁLVAREZ, en el ámbito de la salud, el género no debería considerarse como “una variable más dentro de las muchas que determinan el estado de salud de los individuos, sino como una variable estructural que tiene implicaciones propias, y que, al mismo tiempo, se integra con otras”, véase L. TOLIVAR ALAS y A. BOTO ÁLVAREZ: “El principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito sanitario”, en E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (dir.): *La Administración promotora de la igualdad de género*, Tirant Monografías, Valencia, 2012, p. 394.

⁸⁸ En el mismo sentido, el art. 42 contempla el fomento de la investigación biomédica con perspectiva de género. Sobre la especificidad del tratamiento del género en las políticas sanitarias contempladas en las leyes de

salud (en el sentido más amplio del término) a determinados colectivos de mujeres, en la medida en que padezcan situaciones agravadas de discriminación, esto es, que pertenezcan a colectivos menos favorecidos (art. 41.2), y contempla la adopción de medidas necesarias para apoyar a las personas cuidadoras de personas dependientes en relación con el acceso a los servicios y prestaciones complementarias del sistema sanitario público de Andalucía (art. 41.5)⁸⁹.

Respecto de las políticas de bienestar social, debe destacarse el esfuerzo de la Ley en la estructuración de las mismas, en el sentido de realizar un pronunciamiento previo y general, a partir del cual trazar una regulación diferente en atención a situaciones o circunstancias de las mujeres que pueden impedir el pleno disfrute de la igualdad o, incluso, agudizar la situación de discriminación. Así, con carácter general, el art. 43.1 establece que la perspectiva de género debe estar en las políticas de bienestar social, y que ello implica la realización de programas específicos para mujeres mayores, mujeres con discapacidad, en riesgo de exclusión social, o dirigidos a mujeres en riesgo de exclusión social. La protección que depara la Ley, desde un punto de vista subjetivo es tan amplia, que ha previsto, incluso, la promoción de acciones necesarias para eliminar la discriminación por opción sexual y transexualidad, en los términos del apartado segundo del art. 43.

Las mujeres mayores se identifican, pues, como colectivo. El art. 44 de la Ley insiste en la aprobación de programas dirigidos a las mismas, e identifica como claves de dichos programas la situación afectiva de estas mujeres y la necesidad de socialización, aunque todo ello se haga de forma imprecisa o como corresponde a una programación de carácter indicativo. Las mujeres con discapacidad y las mujeres migrantes también se identifican como colectivos separados precisados de acciones y políticas de carácter inclusivo, en función de las necesidades de cada uno de estos colectivos⁹⁰. Finalmente, a los colectivos anteriores, se suman los supuestos de especial vulnerabilidad, esto es, los grupos de mujeres que pertenezcan a minorías, mujeres de etnia gitana, mujeres inmigrantes, niñas, mujeres con discapacidad y mujeres prostitutas (art. 46.2), a las que se suman las mujeres en situación de precariedad económica, derivada del impago de las pensiones compensatorias y alimentarias establecidas en los supuestos de nulidad matrimonial, separación legal, divorcio, extinción de pareja de hecho por ruptura o proceso de filiación o de alimentos

igualdad autonómica, con especial referencia a la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, véase L. TOLIVAR ALAS y A. BOTO ÁLVAREZ, *ibídem*, pp. 430-432.

⁸⁹ El Plan Estratégico de Andalucía incluye como línea de actuación la salud, contemplando la elaboración de planes más concretos que atiendan circunstancias particulares, como la violencia de género, la atención que dispensan las personas cuidadoras o las mujeres con discapacidad. Así, se prevé el desarrollo del "Protocolo Andaluz de Atención sanitaria ante la violencia de género", el fomento y mejora de medidas destinadas a las personas cuidadoras y el impulso del I Plan de Acción Integral para las mujeres con Discapacidad en Andalucía. En estas previsiones, el Plan señala expresamente que el objetivo es garantizar la igualdad de oportunidades de la mujer, en lo que al acceso a la salud se refiere (p. 88).

⁹⁰ Véase, respectivamente, arts. 48 y 49.

(art. 46.2); en todos estos supuestos, el ánimo de las políticas de bienestar social es desarrollar estrategias complementarias que incidan en el acceso al empleo y la formación.

Por último, la acción social sobre las mujeres se concreta en la Ley examinada en dos previsiones de signo muy diverso que, por su propio ámbito subjetivo, tienen una finalidad diferente, en la medida en que, por un lado, se pretende la tutela de un colectivo de mujeres en situación agravada de discriminación y, por otro, se quiere hacer posible que la labor de cuidadora de personas dependientes se vea compensada con políticas de conciliación, en la que, claramente, es una orientación promotora de la igualdad. Así, en primer lugar, el art. 47 impone a la Administración de la Junta la lucha contra la explotación sexual y el tráfico de mujeres, tanto con medidas de prevención como, especialmente, de atención a las mujeres víctimas de dicha explotación. Junto a ello, las personas cuidadoras serán destinatarias de medidas para la corresponsabilidad y apoyo, remitiendo el art. 45 al desarrollo reglamentario de estos aspectos, y deberán tener acceso permanente a la información, la formación y el asesoramiento.

Como se ha señalado, servicios sociales y/o bienestar social constituye un ámbito de actuación de los poderes públicos imprescindible para el logro efectivo de la igualdad, y ello en el doble sentido, ya dicho, de poder articular soluciones específicas para las situaciones agravadas de discriminación a las que se ha hecho referencia, y de poder proporcionar apoyos para superar el ámbito de lo doméstico en la vida de las mujeres, a través de una concepción amplia de la corresponsabilidad, que también puede darse entre dicho entorno y la acción de los poderes públicos. Desde esta perspectiva, la aplicación de la norma tropieza con dos objeciones fundamentales, a saber: la propia naturaleza programática o general de las previsiones contenidas, y, cómo no, la crisis económica que amenaza con el desmantelamiento del Estado social. A mi juicio, esta última cuestión supera, con creces, cualquier consideración que pueda realizarse en este Capítulo, más allá del temor que puede mostrarse por el contexto económico en el momento de escribir estas líneas⁹¹. Por su parte, la ausencia de concreción suficiente respecto de los mandatos de promoción de la igualdad a través de programas específicos se encuentra mitigada⁹², necesariamente, por el recurso a otros niveles normativos y, muy especialmente, a los instrumentos de dirección de los que se está dotando la Administración, lo cual supone, en mi opinión, traer a un primer plano de realización de la igualdad de género, las acciones de planificación previstas en la Ley, de las que el Plan Estratégico es una pieza fundamental.

⁹¹ A modo de ejemplo, el 5 de julio de 2012 El País, en su edición digital, publica una noticia cuyo titular es “El Gobierno dejará de cotizar por las cuidadoras de la Dependencia”, y, a continuación, se anuncian recortes en un 15% de la paga a los cuidadores familiares de la Dependencia”, también en El País, edición digital, de 10 de julio de 2012.

⁹² Sobre este carácter programático, y su insuficiencia, M. MORA RUIZ, en “El tratamiento jurídico del género en los servicios sociales: evolución del marco normativo y nueva posición de la mujer ante la demanda y prestación de los servicios sociales”..., *op. cit.* p. 37.

En este sentido, el propio Plan considera, al establecer como línea de actuación el bienestar social, que la profesionalización de los servicios sociales permite que las mujeres puedan cambiar sus roles sociales y, en tal sentido, resulta primordial el desarrollo autonómico de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, dado que el cuidado de esta población ha correspondido con carácter general a las mujeres, convirtiendo esta labor en un trabajo “invisible y sin valoración social, laboral y económica”⁹³ (p. 25). En todo caso, el avance se produce, como recoge el Plan, a través de “procesos de empoderamiento” y del logro de la equidad en el reparto de responsabilidades.

En este sentido, el Plan Estratégico constituye un punto intermedio y una planificación inferior que sale reforzada por su expresa previsión en el primero. Específicamente, el Plan Estratégico se refiere a la continuidad de planes relativos a la inmigración en Andalucía, el Plan Concertado de Vivienda y Suelo (2008-2012) o el I Plan de Acción Integral para mujeres con Discapacidad (2008-2013). A ello se suman actuaciones específicas en atención a las situaciones agravadas de discriminación que ya estaban recogidas en la Ley. Así, a modo de ejemplo, las mujeres con riesgo de exclusión social, por su situación de precariedad económica, pueden ser atendidas de forma especializada a través del Programa de Atención Jurídica a las mujeres que se encuentren en situación de precariedad económica⁹⁴, o se crean los Registros Públicos Municipales para las Mujeres víctimas de Violencia de género⁹⁵.

No obstante lo dicho, el Plan contempla, en relación con el Objetivo IV de la Línea de Bienestar social, esto es, “Combatir la múltiple discriminación y la exclusión social que sufren las mujeres”, la coordinación público-privada en esta materia, a fin de procurar una cierta unificación de criterios y actuaciones en la atención de este colectivo de mujeres (p. 67). La cuestión puede parecer baladí, pero pone de manifiesto que la atención social no es un sector exclusivamente público sino que, por el contrario, no deja de ser un sector de relevancia para la actividad privada estructurada, lo cual permite, a la postre, una mayor socialización y colectivización de los recursos para la atención de los servicios sociales y garantía del bienestar. Se construye, pues, un auténtico sistema público de protección social con perspectiva de género, tanto, en un sentido estricto, por lo que toca a la asunción de responsabilidades e implicación de la Administración autonómica en la atención a

⁹³ Como señala M. MORA RUIZ, *ibidem*, p. 32, la llamada Ley de Dependencia crea un marco jurídico idóneo para la incorporación de la igualdad al ámbito privado del cuidado de personas dependientes, en la medida en que se da entrada a un tratamiento diferenciado de las mujeres cuando las mismas tienen esta condición, esto es, son las destinatarias de los servicios, y se procura la administrativización de los servicios sociales, por la vía de la profesionalización y/o reconocimiento del papel de cuidador o cuidadora (p. 34).

⁹⁴ Se trata de una medida contemplada en el Objetivo IV de la Línea relativa al Bienestar social, consistente en “Combatir la múltiple discriminación y la exclusión social que sufren las mujeres”.

⁹⁵ Es una previsión del Objetivo VI, relativo a la “Perspectiva de género en el diseño y ejecución y evaluación de las políticas y planes en materia de vivienda, planeamiento urbanístico y transportes”.

la mujer desde los servicios sociales o de bienestar, como en un sentido amplio, respecto de la implicación del sector público y el sector privado en la consecución de la igualdad a través de una acción de carácter social y colectivo en la medida y para las mujeres.

Por último, el epígrafe ha de concluir, dado su limitación inicial, con la referencia expresa al resto de políticas sectoriales que, de modo confuso, contempla la Ley 12/2007, en el Título II. En este sentido, las políticas de promoción y atención a las mujeres, en los términos de los arts. 50, 51 y 52, se refieren, de forma un tanto inconexa, a la incorporación de la perspectiva de género en el Planeamiento urbanístico y la vivienda, en las nuevas tecnologías y en relación con la situación de las mujeres en el medio rural. Por su parte, los arts. 53 a 56 se refieren a la participación social, política y económica y los arts. 57 y 58 regulan la imagen y los medios de comunicación desde las garantías de la igualdad.

III. LA LEY 13/2007, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

1. Marco legislativo previo: la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

La violencia de género está definida en la Declaración de las Naciones Unidas sobre *eliminación de la violencia contra las mujeres*⁹⁶ como “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se produce en la vida pública o privada”. Estamos, pues, ante un fenómeno de discriminación acusado de tal envergadura que viene justificando la acción de los poderes públicos desde un plano internacional e, incluso, con una cierta trayectoria en el tiempo.

Como en el ámbito de las llamadas leyes de igualdad, las normas aprobadas en materia de violencia de género no pueden entenderse sino es en su contexto internacional y europeo, en la medida en que la transversalidad también lo es de sistemas jurídicos⁹⁷, pues, al fin

⁹⁶ Declaración de 20 de diciembre de 1993. Esta referencia se encuentra en el Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres de Andalucía, que, a través de esta definición, asume un planteamiento amplio del alcance de la violencia de género, no siendo sólo una violencia desvirtuada en el ámbito doméstico, sino toda la que trae causa de la condición de mujer. Como señala el Plan (en p. 96), las Naciones Unidas ya reconocían en 1980 que la violencia contra las mujeres era el crimen encubierto más frecuente en el mundo.

⁹⁷ Así, a modo de ejemplo, la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DOUE L. núm. 373, de 21 de diciembre), contempla la violencia de género como un elemento justificador de un trato diferenciado de las víctimas de la misma (CDO. 16). Más reciente, la lucha por la dignidad, integridad y violencia sexista es objeto de consideración específica en Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al

y al cabo, la garantía de la igualdad, especialmente ante los supuestos de discriminación, es una necesidad de las sociedades modernas. Desde esta perspectiva, la reacción ante la violencia de género es la consecuencia directa de vulnerar la libertad, la dignidad y el derecho mismo a la vida⁹⁸, impidiéndose, como señala la mayoría de la doctrina especializada, el completo desarrollo de la sociedad democrática⁹⁹.

En este sentido, la violencia de género presenta una significación especial, en los términos que acabamos de señalar, y, además, es diferente en cuanto al ámbito en el que se desenvuelve, por ir asociada, en gran medida, a las relaciones familiares o al entorno doméstico¹⁰⁰ y/o de relaciones de pareja¹⁰¹. Ésta parece ser el punto de partida asumido en su día por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género pero que, sin embargo, ha podido ampliarse por las normas posteriores aprobadas por las Comunidades Autónomas, a cualquier ámbito y situación de violencia derivada simplemente de la condición femenina de la víctima y de una concepción machista agravada de las relaciones entre mujeres y hombres que no es exclusiva del hogar, ni de las relaciones de pareja¹⁰². En otros términos, la reacción del Ordenamiento Jurídico debe ser la más contundente posible, pero en relación con una concepción amplia de la violencia de género, en el sentido de que la misma puede darse en relaciones familiares diversas o en ámbitos sociales y laborales, donde no existe relación

Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015* (COM(2010) 491 final, de 21 de septiembre de 2010).

⁹⁸ Así lo reconoce expresamente la Ley andaluza 13/2007, de 26 de noviembre, Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género, en su Preámbulo.

⁹⁹ Como señala M. DEL POZO PÉREZ, en “¿Es la tutela procesal de la mujer en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, un anticipo de la Ley de Igualdad?”, en AA.VV.: *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres...*, op. cit. p. 382, la violencia de género implica el mayor grado de discriminación, en la medida en que se asocia a una verdadera violación de derechos y libertades fundamentales.

¹⁰⁰ Si bien, incluso en este ámbito, presenta sus propias peculiaridades: véase M. DEL POZO PÉREZ, *ibidem*, p. 388.

¹⁰¹ Sobre una actitud crítica de la Ley en cuanto a su ámbito subjetivo de aplicación, véase P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN: “La protección frente a la violencia de género del personal de las Administraciones Públicas”, en E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (dir.): *La Administración promotora de la igualdad de género...*, op. cit. p. 199. La autora entiende que la Ley Orgánica 1/2004, comporta un determinado posicionamiento del legislador, en la medida en que éste asume la especialidad de la violencia de género, no sólo por la situación de superioridad de un género sobre otro y la particular relación que puede unir a la víctima y al agresor, sino, también, por el ámbito íntimo en el que esta violencia tiene lugar, obviando, pues, los supuestos de violencia de género que pueden plantearse en el ámbito laboral o de las relaciones sociales, y no sólo de pareja.

¹⁰² El art. 1 de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género de Andalucía, señala que su objeto es la lucha contra la violencia de género, entendida como “manifestación de discriminación y relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”, sin precisar condición alguna para reconocer esta situación y, por tanto, legitimar la actuación de los poderes públicos a través de dispositivos diversos.

de afectividad y, sin embargo, pueden llevar a la mujer a un sufrimiento y situación de muy diversa naturaleza que precisa su reconocimiento como violencia de género para poder ser atendida de forma adecuada por el Ordenamiento.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral de la Violencia de Género supuso, así, el punto de inflexión en nuestro Ordenamiento, en cuanto a la articulación jurídica de una determinada estrategia de lucha contra este fenómeno de discriminación, habida cuenta que el mismo precisaba la intervención contundente de los poderes públicos. En este sentido, se ha afirmado que la Ley atendió las reivindicaciones de los movimientos feministas¹⁰³, en la medida en que asumió que debía, por un lado, llevarse a cabo una política integral contra la violencia de género, a fin de establecer fases tempranas de intervención, con un claro carácter preventivo de la violencia de género, y, por otro, debían atenderse todos los planos de afectación de la víctima de esta violencia, en la medida en que no era suficiente el tratamiento de las lesiones físicas o psíquicas, sino que, además, debía procurarse una atención tal que permitiera a la mujer víctima de la violencia de género superar este estadio, y recuperar su vida en todos los aspectos posibles.

Por tanto, una de las características de la Ley va a ser la multiplicidad de tipos normativos que contiene, pues el objeto de la lucha contra la discriminación que nos ocupa es integral, y precisa la intervención pública en planos muy diferentes, esto es, mediante la previsión de normas dirigidas a la sensibilización de la sociedad, a la prevención de conductas violentas contra las mujeres, la detección de supuestos efectivos de violencia de género y las normas relativas a la intervención en el caso de tales supuestos¹⁰⁴. Puede afirmarse que estamos ante un planteamiento esencial y básico en cuanto a la regulación de las medidas de lucha contra la violencia de género, pues el mismo pasa a las leyes autonómicas, en la medida en que las competencias concurrentes en esta materia se lo permitan, y de ahí que podamos reconocer un mayor peso de las disposiciones relativas a la sensibilización y prevención de conductas discriminatorias de las mujeres por la vía de la violencia, y que la intervención en el sentido más limitado al que nos hemos referido se haga, en las Comunidades Autónomas, a través de la previsión de servicios sociales o de carácter asistencial que, de nuevo, como demostramos en el epígrafe anterior, convierten dicho sector en un ámbito esencial para superar las situaciones de discriminación, en aras de la efectiva igualdad de mujeres y hombres, incluso en los supuestos más graves como los

¹⁰³ Para M. DURÁN FERRER, la Ley asumió la necesidad de impedir que el Ordenamiento tratara a la víctima de la violencia de género de una manera tan gravosa que generara una segunda "victimización", véase M. DURÁN FERRER: "Dos años de Ley Integral contra la Violencia de Género: logros y desafíos", *Aequalitas*, nº 19, 2006, p. 42.

¹⁰⁴ Piénsese que, incluso en este nivel, las normas contempladas en la Ley de 2004 pueden tener ámbitos subjetivos diversos, como lo demuestra la previsión de medidas específicas para las empleadas públicas que tengan la condición de víctima de la violencia de género. Para un estudio minucioso sobre esta regulación, véase P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN: "La protección frente a la violencia de género del personal de las Administraciones Públicas"..., *op. cit.* pp. 200 y ss.

que representan la violencia de género. La noción de una “asistencia social integrada”¹⁰⁵ hace de la red de servicios sociales puestos a disposición de las víctimas de violencia de género un elemento fundamental para la consecución de los objetivos de la Ley, en la medida en que permiten una atención multidisciplinar, necesaria para la superación de la discriminación causada.

Desde esta perspectiva, y en la medida en que ello demuestra el carácter estructural de la Ley Orgánica 1/2004, para la ordenación que, con posterioridad, han llevado a cabo las Comunidades Autónomas, debe destacarse que los pilares de la Ley estatal, siguiendo a DURÁN FERRER, son los siguientes, en el entendido de que su regulación y consecución preparan una protección integral del Ordenamiento Jurídico contra la violencia de género¹⁰⁶:

- a) El reconocimiento de derechos víctimas de la violencia de género en el ámbito de la pareja¹⁰⁷. En estos supuestos, el objetivo de la norma no es sólo garantizar un cierto resarcimiento de la mujer-víctima por la vía de las indemnizaciones, sino disponer de todo un elenco de medidas que permitan la “restitución del proyecto de vida” de estas mujeres¹⁰⁸.
- b) Previsión de medidas destinadas a modificar la estructura patriarcal de la sociedad que, en su vertiente más acusada, está en el origen de la violencia de género¹⁰⁹.
- c) Medidas penales y judiciales de protección de la mujer (y el entorno familiar a su cargo) y frente al agresor.

Por tanto, y ello es lo que interesa destacar, no sólo se procura la reacción frente al supuesto concreto de violencia de género, tanto desde la perspectiva de la víctima como del

¹⁰⁵ M. DURÁN FERRER, *ibidem*, p. 47, en relación con los arts. 17 a 20 Ley Orgánica.

¹⁰⁶ *ibidem*, p. 42.

¹⁰⁷ Piénsese en el reconocimiento de ciertos derechos laborales y funcionariales en cuanto a la jornada de trabajo o la movilidad de la empleada; asistencia jurídica gratuita; atención social o el acceso preferente a la vivienda de protección oficial y residencias públicas para la tercera edad. Este es el elenco de derechos a los que se refiere M. DURÁN FERRER, *ibidem*, p. 42. Estos derechos establecen, en mi opinión, el ámbito propio o característico de la legislación autonómica relativa a la lucha contra la violencia de género. En este sentido, la Disposición Adicional 13ª de la Ley creaba un Fondo estatal para que las Comunidades Autónomas pudieran atender los servicios sociales.

¹⁰⁸ *Vid.* M. DURÁN FERRER, *ibidem*, p. 46. En este sentido, la Disposición Adicional 13ª de la Ley creaba un Fondo estatal para que las Comunidades Autónomas pudieran atender los servicios sociales.

¹⁰⁹ En este sentido, la educación tiene una importancia capital, “como vehículo de transmisión de valores para lograr respeto a la dignidad de las mujeres y para la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres”, véase L. TOLIVAR ALAS y M. CUETO PÉREZ, M.: “La Administración educativa y la perspectiva de género”, en E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (dir.): *La Administración promotora de la igualdad de género...*, op. cit. pp. 329 y ss., en relación con el valor de la educación desde la perspectiva de la materialización de las medidas de sensibilización de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre.

agresor, sino que, además, la lucha contra la violencia de género precisa una intervención sostenida, continuada, y de mayor envergadura, a partir de la cual se cambie la estructura social que, de forma indeseada, cobija este tipo de violencia. Este es el esquema asumido por la Ley andaluza 13/2007, de 26 de noviembre.

2. Las medidas de prevención de la violencia de género: su alcance innovador para una sociedad ordenada conforme a un modelo patriarcal de relaciones

La Ley andaluza de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género asume por completo el planteamiento integrador de la Ley Orgánica 1/2004, en lo que a la diversidad de mecanismos y momentos de intervención, con diferente intensidad, se refiere. En este sentido, puede apreciarse una cierta estructura lineal en la norma autonómica en cuanto a su regulación, en el sentido de que las medidas están ordenadas en atención al carácter preventivo o, por el contrario, reparador de la acción pública respecto de la (efectiva) violencia de género. Por tanto, la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, avanza, en su articulado, desde la evitación de la violencia de género, a través de la investigación, sensibilización y prevención del Título I, a la reacción ante la situación real de violencia, y la individualización de la mujer víctima, a la que dedica los Títulos II (sobre *Atención y Protección a las mujeres*) y III (con *Medidas para la recuperación integral*)¹¹⁰. A ello deben sumarse las previsiones horizontales del Título Preliminar¹¹¹ y las medidas de Coordinación y Cooperación institucional del Título IV, en cuya virtud puede reconocerse no sólo una organización administrativa específica para la violencia de género (art. 58)¹¹², sino también, ciertos parámetros de actuación de las Administraciones, sea desde un punto de vista organizativo, a través de las redes de cooperación (art. 59), sea desde una perspectiva más procedimental, a partir de la aprobación de protocolos de actuación (art. 60)¹¹³. En todo

¹¹⁰ Así lo señala expresamente el art. 1 de la Ley, al concretar el objeto de la misma.

¹¹¹ En este sentido, el art. 4 de la Ley establece, bajo la idea de *Principios rectores*, el elenco de fines y principios que ha de inspirar la actuación de los poderes públicos andaluces en la erradicación de la violencia de género. Se trata de un precepto con una importante carga programática, (como ya hiciera la Ley 12/2007), y en el que tiene cabida una multiplicidad de disposiciones que van desde “desarrollar y aplicar políticas y acciones con un enfoque multidisciplinar” (letra a)), o “fortalecer acciones de sensibilización, formación e información” (letra d)), hasta “establecer un sistema integral de tutela institucional” entre la Administración autonómica y la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer (letra h)).

¹¹² El precepto crea la Comisión Institucional de Andalucía de coordinación y seguimiento de acciones para la erradicación de la violencia de género, a fin de “coordinar, impulsar y evaluar las acciones y medidas que se desarrollen en Andalucía contra la violencia de género”. Estará coordinada por el Instituto de la Mujer, pero su composición integrará a miembros de las Consejerías y a representantes de las entidades locales y de las asociaciones de mujeres (apdo. 2).

¹¹³ En virtud del apartado primero del art. 60, la Administración de la Junta promoverá la elaboración de protocolos de actuación, en los ámbitos judicial, médico legal, policial, de salud, social y de los centros y servicios de información y atención integral de las mujeres, de forma que puedan atenderse las diferentes situaciones de violencia hacia las mujeres (art. 60.2.a)).

caso, este último Título debe quedar conectado al contenido más sustantivo de la Ley, en atención a las fases de intervención aludidas en la lucha contra la violencia de género.

No obstante lo anterior, el análisis de cada bloque de intervención en el ámbito que nos ocupa precisa, con carácter previo, la determinación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, teniendo en cuenta el ámbito objetivo de la misma, esto es, el concepto de violencia de género que la norma establece. Así, el art. 3 de la Ley 13/2007, señala que estamos ante una violencia que se ejerce sobre las mujeres por el mero hecho de serlo (apartado 1); que tiene como consecuencia (o puede tenerla) “el sufrimiento o perjuicio en la salud física, sexual o psicológica de la mujer”, en la medida en que puede consistir en amenazas, coacción o privaciones arbitrarias de su libertad, tanto si se producen en la vida pública como privada (apartado 2); y, finalmente, con carácter residual, siempre estamos ante supuestos de violencia de género en los casos de: a) Violencia física¹¹⁴; b) violencia psíquica; c) violencia económica¹¹⁵; d) violencia sexual o abusos sexuales al margen del parentesco o relación afectiva. Por tanto, la Ley autonómica amplía el alcance del concepto de violencia de género como punto de partida de la aplicación de la norma respecto de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, permitiendo la protección ante la misma en supuestos más generales que, como hemos señalado, obedecen a una concepción machista de las relaciones entre mujeres y hombres, con superioridad de estos últimos, que, por tanto, debe también erradicarse de la sociedad. Y, junto a ello, la Ley pone a salvo los supuestos más claros y brutales de violencia de género, en el sentido de que los mismos van a requerir la aplicación de la Ley en todo caso.

Sobre esta base, el art. 2 Ley concreta su ámbito de aplicación, primero mediante un criterio obvio de territorialidad de la Comunidad Autónoma y, en segundo lugar, a través de la identificación de los que, en mi opinión, pueden considerarse dos grupos: por un lado, desde la perspectiva de la aplicación de la Ley, ésta corresponde a los poderes públicos sujetos a las leyes de la Comunidad Autónoma en todas sus actuaciones; a las entidades que integran la Administración Local¹¹⁶; y a la Administración de la Junta de Andalucía y el que puede considerarse sector público vinculado a la misma. Por tanto, ex art. 2.2 Ley, la Administración, con ser sujeto cualificado en la aplicación de muchas de las medidas pre-

¹¹⁴ La Ley sitúa esta violencia en el ámbito de las relaciones conyugales o de la convivencia de pareja, pero no excluye que esta manifestación de violencia de género se plantee en los supuestos de violencia ejercida por otros hombres del entorno familiar de la mujer, o en el ámbito social y laboral (art. 3.3.a)). Igual extensión cabe hacer en la letra b) del precepto para la violencia psíquica, cuyas manifestaciones son enumeradas por la Ley.

¹¹⁵ En este caso estamos, fundamentalmente, ante “la privación intencionada, y no justificada legalmente, de recursos para el bienestar físico o psicológico de la mujer y de sus hijas e hijos o la discriminación en la disposición de los recursos compartidos en el ámbito de la convivencia de la pareja”.

¹¹⁶ Debe entenderse que las Administraciones Locales podrán tomar medidas de lucha contra la violencia de género en la medida de sus competencias, por lo tanto de forma limitada. No obstante, debe ponerse en valor, a título de ejemplo, la previsión del art. 23 Ley en relación con la formación específica de la policía local o la del art. 41, sobre la posibilidad de asistencia social por parte de los Ayuntamientos.

vistas en la Ley, no es la única responsable al respecto, por quedar involucrados el resto de los Poderes Públicos de la Comunidad Autónoma, dada la obligación de los mismos de garantizar el principio de igualdad.

Por otra parte, la Ley tiene como destinatarias a todas las mujeres, con el único requisito de encontrarse en el territorio de la Comunidad Autónoma. Por tanto, su aplicación es considerablemente amplia, sin perjuicio de que todas las mujeres son destinatarias de las medidas consideradas preventivas, y sólo pueden ser destinatarias de las medidas de intervención las que ostenten la condición de víctimas de violencia de género (apartado 3). De nuevo, ello pone de manifiesto una cierta evolución de la legislación autonómica en este ámbito que, a la postre, no es sino la consecuencia del marco general creado desde el Estatuto para garantizar la igualdad de mujeres y hombres. Además, son destinatarias de la Ley “las personas físicas y jurídicas públicas o privadas en los términos establecidos en la Ley”, de forma que estamos, en mi opinión, ante una cláusula general que permite la participación de entidades diversas a las Administraciones en la aplicación de la Ley, dada la necesidad de que público y privado estén involucrados en la garantía de la igualdad.

Sobre la base de lo expuesto, la prevención y/o sensibilización ante la violencia de género constituyen dos acciones de signo diverso pero con idéntico potencial para transformar la sociedad, en los términos que ya hemos señalado. La Ley 13/2007, establece, así, un elenco de medidas con capacidad para lograr este fin, que se plantean en cuatro grandes ámbitos, a saber:

En primer lugar, la Ley impone a la Junta la promoción de las investigaciones sobre el fenómeno social de la violencia de género, en atención a las variables previstas en el art. 6.1, esto es, las causas y consecuencias de este fenómeno, que se reconocen como líneas de investigación. Con ello, la Comunidad Autónoma está en condiciones de conocer el estado real de esta situación agravada de discriminación y asume la investigación como un proceso lineal, de difusión de los resultados y análisis de los mismos, a fin de que la Administración autonómica pueda evaluar la efectividad de las medidas destinadas a la prevención y erradicación de la violencia de género (art. 7).

En segundo término, la Ley aborda las medidas de sensibilización frente a la violencia de género, en el entendido de que ello implica modificar “los mitos, modelos y prejuicios existentes”, tal y como dispone el art. 8.4. Desde esta perspectiva, la sensibilización puede lograrse, primeramente, a través de un instrumento específico cual es el Plan integral de sensibilización y prevención contra la violencia de género, al que se refiere el art. 8.1; el Plan ha de ser aprobado por el Consejo de Gobierno, incluyendo su acción sobre ámbitos multidisciplinares como la educación, la comunicación (a través de campañas de información y sensibilización), detección-atención, formación especializada, coordinación y cooperación con los distintos operadores implicados. En este sentido, la Administración de la Junta pondrá todos los medios necesarios para evitar cualquier práctica cultural y artística que constituya o incite a la violencia de género, e impulsará “las manifestaciones

sociales, culturales y artísticas, que promuevan la sensibilización social contra la violencia de género” (respectivamente, apartados 2 y 1 del art. 10).

Por su parte, la sensibilización descansa, en gran medida, en el movimiento asociativo de mujeres y de otros colectivos y asociaciones dedicados a erradicar la violencia de género. La Administración autonómica apoyará las iniciativas de estas asociaciones, que se materializarán en programas de prevención y sensibilización o, incluso, en la constitución de grupos de autoayuda o en la creación de redes de apoyo (art. 9).

El tercer gran ámbito en el que las Administraciones pueden actuar con el objetivo de la prevención es el educativo, al que la Ley dedica los arts. 11 a 16, en clara sintonía con los arts. 1 a 4 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. En este sentido, la Ley parte del convencimiento de que la educación es una herramienta clave para prevenir la violencia de género de ahí que, aun en clave de fomento, principalmente, está prevista la intervención administrativa. Destacamos, así, la exigencia de coeducación y la llamada escuela inclusiva (art. 11.3); la incorporación a los currículos educativos de medidas de naturaleza preventiva (art. 12.1), y el fomento de estudios y conocimientos transversales con este objetivo en el ámbito universitario (art. 16); el seguimiento de medidas educativas en el seno de los Consejos Escolares por persona especializada (art. 13) y la supervisión por parte de la inspección educativa, en los términos planteados por el art. 15.

Pero, además, el entorno educativo puede jugar un papel fundamental en la identificación de supuestos concretos de violencia de género, a través de actuaciones destinadas a la detección y atención a los actos de violencia de género dentro del ámbito escolar. Para ello los centros educativos y consejos escolares habrán de contar con protocolos de actuación (art. 14.1), permitiendo que se tomen medidas incluso ante los meros indicios de que un alumno o alumna vive en un entorno familiar o relacional en el que se estén produciendo situaciones de violencia de género” (art. 14.2). Además, la Ley prevé un cierto control periódico de la situación, a través de la elaboración por el Consejo Escolar de Andalucía, en colaboración con la Junta de Andalucía, de un informe anual sobre el estado de la coeducación y la prevención de la violencia de género en los centros educativos de Andalucía (art. 14.3).

Estas previsiones se completan, a mi juicio, con la regulación de los arts. 20 a 25 de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Acciones Formativas en Distintos Niveles de Profesionales y Personal de la Administración de la Junta de Andalucía¹¹⁷, lo cual incluye una previsión específica de formación del profesorado, no sólo para educar en igualdad, sino,

¹¹⁷ El art. 20 de la Ley regula la formación de profesionales y del personal de la Administración de la Junta de Andalucía; el art. 21, la formación en el ámbito judicial, y el art. 23 plantea la formación específica del personal de seguridad de las Administraciones Autonómicas y Locales. Finalmente, los arts. 24 y 25 contemplan la posibilidad de formación específica en el ámbito de los profesionales de la salud y de los medios de comunicación, respectivamente.

también, para ser capaces de efectuar una detección precoz de supuestos de violencia de género en el entorno familiar de los estudiantes (art. 22.1); y la posibilidad de que haya formación para padres y madres en materia de coeducación y se faciliten las herramientas metodológicas de actuación ante la violencia de género (art. 22.2).

Finalmente, las medidas de prevención y sensibilización tienen, también en consonancia con las previsiones de los arts. 10 a 13 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, en el ámbito de la publicidad y la comunicación un sector importante de actuación con los fines transformadores de la sociedad a los que ya nos hemos referido. Desde esta perspectiva, ya la violencia de género tiene presencia en la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, como límite o rasero de un cierto control en la publicidad y en la información que puedan lanzar los medios de comunicación, y la Ley 13/2007, no hace sino intensificar este planteamiento. Para ello, se vale de medidas que pueden calificarse de control por parte de la Administración autonómica mediante la limitación o prohibición de difusión de contenidos o publicidad sexista, discriminatoria, vejatoria, estereotipada o que justifique, banalice o incite a la violencia de género (art. 17.1), evitando, además, la reincidencia de empresas y medios de comunicación en estos actos (art. 17.3). Además, los medios de comunicación de titularidad pública habrán de asumir un papel cualificado en la realización o impulso de acciones de publicidad específica para la prevención y la erradicación de la violencia de género (art. 17.2)¹¹⁸.

A lo anterior, y por la complejidad de ese cierto control sobre la publicidad y los medios de comunicación, debe sumarse el espacio que la Ley ha otorgado a la autorregulación de los medios de comunicación públicos y privados de Andalucía, a fin de que sean los propios interesados los que establezcan mecanismos garantizadores de una adecuada difusión de las informaciones relativas a la violencia de género, “de acuerdo con los principios de la ética periodística” (art. 19.a)), sin perjuicio de algunas obligaciones más precisas en cuanto al modo de difundir los programas de sensibilización (art. 19.c)). En todo caso, es claro que el objetivo de la prevención precisa de la implicación de los medios de comunicación y de ahí la conveniencia de reconocerles la capacidad de autorregularse para el logro de un fin social.

3. La protección integral contra la violencia de género: derechos de las víctimas y asistencia social específica

Superado el ámbito de la prevención, cuando se producen las situaciones de violencia de género en los términos legalmente definidos, la Ley crea un dispositivo de protección integral para aquellas mujeres que acrediten la situación de violencia de género, lo cual debe producirse a través de los medios también establecidos por la Ley. Esta acreditación

¹¹⁸ Desde esta perspectiva, el Consejo Audiovisual de Andalucía asume un papel cualificado en la promoción de acciones para reflejar la violencia de género en toda su complejidad, y para asegurar el cumplimiento de los principios rectores de la Ley (art. 18).

se convierte, así, en el paso previo e ineludible para poder obtener el reconocimiento de los derechos regulados en la Ley 13/2007, de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género. Así, en virtud del art. 30.1, la violencia de género quedará acreditada:

- a) Por resoluciones judiciales por violencia de género, lo cual incluye, de forma alternativa, el documento acreditativo de la orden de protección, medidas cautelares, o sentencia condenatoria por violencia de género, cuando las medidas que establezcan se hallen vigentes.
- b) De manera excepcional, y hasta tanto se dicte resolución judicial, la violencia de género puede quedar acreditada documentalmente por informe del Ministerio Fiscal, “de cuyo contenido se desprenda que existen indicios de que la demandante es víctima de la violencia de género”; o certificado acreditativo atención especializada, por un organismo público competente en materia de violencia de género.
- c) De forma excepcional, hasta tanto se dicte la resolución judicial anterior, cabe el ejercicio temporal de ciertos derechos sin acreditación (art. 30.2).

Sobre esta base, las mujeres víctimas de violencia de género se introducen en un sistema que puede estructurarse en los siguientes aspectos:

PRIMERO: El reconocimiento de una pluralidad de derechos que se traducen en acciones concretas de las Administraciones involucradas, y que no sólo afectan a la mujer, sino, también, a las personas dependientes de ella, sea por razón de minoría de edad, sea por circunstancias adicionales de edad o situación de dependencia, una vez que se tiene constancia de la situación de violencia de género. En cierto modo, estamos ante derechos que se generan de forma inmediata con miras a parar dicha situación y/o impedir que se repita. Así, las mujeres víctimas de la violencia de género, tendrán los siguientes derechos:

- Derecho a la información y asesoramiento sobre su situación personal y las medidas y recursos de los que pueden disponer (art. 26).
- Derecho a una atención especializada. Esto implica, ex art. 27, derecho a una atención social integral, acogida en centros especializados, dependientes de la Junta de Andalucía; asistencia sanitaria y psicológica y asistencia jurídica especializada.
- Derecho a la intimidad y privacidad de los datos personales de las mujeres víctimas de violencia de género, así como de los de los hijos y menores que estén bajo su guarda y custodia. Este derecho implica un deber de confidencialidad de la Administración de la Junta, así como de las organizaciones empresariales y las organizaciones sociales, tal y como establece el art. 28.
- Derecho a la escolarización inmediata de los hijos e hijas y de menores a cargo de las mujeres, que se vean afectados por cambio de residencia, por efecto de la violencia de género, con garantía, en todo caso, de la confidencialidad de su situación (art. 29).

SEGUNDO: Los anteriores derechos se despliegan mediante una intervención de las Administraciones en ámbitos diversos, con miras a conseguir objetivos inmediatos de protección de estas mujeres. Así, en primer lugar, en el marco de una actuación común de las Administraciones sanitarias, de justicia, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y los servicios sociales y organismos de igualdad de persecución del agresor y protección de la víctima de violencia de género (en los términos del art. 31), la Administración de la Junta promoverá un acuerdo con la Administración General del Estado para arbitrar un Plan de Seguridad Personal, que garantice la seguridad y protección de las víctimas: por tanto, un primer ámbito de reacción para la tutela de las víctimas de esta violencia es la garantía de seguridad personal.

Por su parte, en un segundo momento, la protección integral de estas mujeres implicará la acción en materia de salud, de atención jurídica, de atención social y, por último, de atención integral y acogida, capaces de procurar la tutela de las mujeres en los muchos aspectos que se ven afectados por el padecimiento de la violencia de género.

En el ámbito de la salud, la atención e intervención en los casos de esta violencia tiene acogida en un nivel general cual es el del Plan andaluz de Salud (art. 33.1), que incluye, también, las medidas características de la prevención y de la detección precoz, atendiendo a la especial situación de vulnerabilidad de determinados colectivos de mujeres¹¹⁹. Esto último, permite dar entrada a la consideración de situaciones de doble discriminación como elemento legitimador de una mayor intervención de la Administración, aunque sea por la vía más limitada, quizás, de la detección precoz. Junto a ello, la Ley prevé una atención y asistencia sanitaria especializada, de conformidad con un protocolo con capacidad para atender todas las manifestaciones de violencia (art. 33.3). El valor de estos protocolos será uniformar la actuación sanitaria, tanto en el ámbito público como en el privado (art. 33.4). En este sentido, el art. 34 concreta que la atención sanitaria tratará preferentemente la salud mental de las personas víctimas de la violencia de género (art. 34.1 Ley 13/2007).

La atención jurídica se plantea en distintos niveles que, en mi opinión, garantizan que la mujer víctima de violencia de género se encuentre asistida desde un punto de vista técnico en todo momento. En consecuencia, la Ley ofrece la asistencia letrada especializada y la representación procesal, desde el momento en que se requiera y en relación con cualquiera de los procesos y procedimientos que tengan causa directa o indirecta en la violencia de género; es un derecho extensible a los causahabientes de la mujer, en caso de fallecimiento (art. 35). Esta tutela procesal se ve reforzada por la posibilidad de que la Administración de la Junta pueda personarse en los procedimientos por actos de violencia de género con resultado de muerte de las mujeres (art. 38).

¹¹⁹ El art. 33.2 Ley 13/2007, se refiere, así, a mujeres pertenecientes a minorías, las inmigrantes, las que se encuentren en riesgo de exclusión social, explotación sexual o mujeres con discapacidad.

Paralelamente, la Ley institucionaliza la creación de los Juzgados de Violencia sobre Mujer (art. 36) y las unidades de valoración integral de violencia de género (art. 37), procurando, en otro plano, la atención especializada de quien es víctima de la violencia de género.

Por su parte, la asistencia social de las víctimas consiste, en esencia, en procurar información y orientación a las mismas, en los términos ya expuestos del derecho a la información del art. 26 (art. 39). No obstante, dentro de esta idea amplia de asistencia social de las víctimas, la Ley incluye la garantía de que las unidades policiales, los funcionarios y personal que ejerzan la asistencia y asesoramiento en todos estos servicios no se encuentren condenados o incurso en causas relativas a la violencia de género (art. 40) y, de otra parte, establece ciertas competencias de los municipios en la lucha contra la violencia de género, a través de la articulación de servicios y atención a las víctimas de la misma (art. 41), lo cual debe ponerse en conexión con la previsión de incluir en la aplicación de la Ley a las Administraciones Locales, en los términos del art. 2.2 Ley 13/2007.

Por último, los derechos de las víctimas de violencia de género tienen su contrapartida en una fórmula de asistencia intensificada y multidisciplinar que la Ley denomina atención integral especializada, en los términos del art. 43. Desde esta perspectiva, la Junta de Andalucía debe crear servicios cuya fórmula organizativa y especialización de su personal, permita la integración de acciones, que, en consecuencia, irán desde la información, el asesoramiento y seguimiento jurídico, a la atención psicológica, el apoyo a la inserción laboral o el seguimiento de las reclamaciones de los derechos de la mujer, y la atención a hijos e hijas y menores bajo su guarda y custodia (apartado 2 en relación con los apartados 1 y 4 art. 43). El precepto, a mi juicio, no hace sino integrar todas las medidas que la norma ya había previsto con anterioridad para tener proyección directa en la creación de unos servicios sociales y asistencias de la Administración autonómica a la medida de la mujer que es víctima de violencia de género si, sobre todo, ésta se produce en el ámbito familiar (pese a que la violencia en otros ámbitos también es objeto de atención por la Ley). En este sentido, la Ley exige que los servicios sean especializados, multidisciplinarios y accesibles, lo cual es fundamental para que cumplan su objetivo tutelador cuando las mujeres víctimas de esta violencia son, además, mujeres con discapacidad o mujeres inmigrantes.

Un estadio anterior en la atención integral, por el carácter más limitado en cuanto a las medidas aplicables, viene representado por la que el art. 42 Ley 13/2007, de 26 de noviembre, denomina “atención de emergencia”, que lo es, entre otras razones, porque no requiere la acreditación de la situación de violencia de género del art. 30.1 en los términos que ya se han visto, quedando, pues, a discreción de la Administración la valoración de una situación más grave, si cabe, de violencia de género que precisa una respuesta inmediata no sólo para las mujeres sino, también, respecto de los menores a su cargo. El precepto resuelve de forma extraña la atención a una situación particularmente intensa en cuanto a la violencia padecida por la mujer, en la medida en que la misma queda asociada a la idea de “emergencia, como consecuencia de la violencia de género”, lo cual puede plantear problemas de apreciación por la Administración cuando los medios y recursos materiales para la atención de estas mujeres son escasos o muy limitados económicamente. Es cier-

to que el art. 42.1 *in fine* señala que se facilitará la información, asesoramiento jurídico y apoyo psicológico necesario, así como los recursos que se necesiten en particular, pero ello apenas se diferencia respecto de las medidas que corresponden en las situaciones acreditadas de violencia de género, de forma que hubiera sido deseable un mayor grado de concreción en cuanto a la acción inmediata de la Administración o, al menos, la remisión al correspondiente protocolo a efectos de materializar la inmediatez de la reacción de la Administración.

En este último sentido, la respuesta de emergencia ante situaciones de violencia de género de esta naturaleza se concreta, parcialmente, por el art. 44.1.a), en cuya virtud se contemplan los centros de emergencia que prestan protección a las mujeres y menores que los acompañan, para garantizar su seguridad personal, como solución transitoria hasta el momento en que pueda determinarse el recurso social que mejor se adecue a sus circunstancias. Aun así, estos centros deben facilitar recursos personales y sociales que permitan a las mujeres solucionar la situación de crisis.

En línea con esta última previsión, una de las soluciones estructurales¹²⁰ que la Ley establece para tutelar a la mujer víctima de violencia de género y, en su caso, a los menores a su cargo, son los centros de atención integral y acogida, que, junto a los que acabamos de referir, cuentan con casas de acogida (también con la idea de proporcionar una solución temporal de refugio y seguridad a las mujeres) y los pisos tutelados, para aquellas mujeres que puedan vivir de forma independiente (art. 44.1. b) y c)). Sin duda, constituyen una solución fundamental para dar salida a las mujeres que sufren violencia de género en el entorno familiar que, posiblemente, sea el más común o con menos dificultades desde el punto de vista de la prueba y demostración de su existencia.

La Ley establece claramente, en mi opinión, una línea de intervención de la Administración autonómica para la violencia de género¹²¹, que no debe agotar, sin embargo, las soluciones de atención para los supuestos en que la violencia de género no se desenvuelva en el domicilio familiar; a ello debe sumarse una cierta limitación en las medidas de apoyo a las mujeres cuando la violencia sí se genera en el ámbito doméstico pero afecta no sólo a menores, sino, también, a hijos con discapacidad o personas mayores a cargo de la mujer que sufre las situaciones de violencia.

¹²⁰ En este sentido, el art. 45.1 reconoce la preferencia de acceso a estos centros de las mujeres que, además de sufrir violencia de género, tengan otras problemáticas o situaciones añadidas que agraven su situación de discriminación y que integran colectivos especialmente vulnerables. Además, estas mujeres serán objeto de medidas específicas para su atención, si conviven con el autor de la violencia de género o con la mujer que la haya sufrido.

¹²¹ De hecho, el art. 44.5 prevé la ampliación por la Junta de Andalucía de la red pública de centros de atención integral y acogida.

TERCERO: El tercer estadio de intervención identificado en la Ley es el de las medidas dirigidas a la superación de la condición de víctima de la violencia de género y a la recuperación del llamado “proyecto vital”.

La Ley contempla, así, un primer bloque de medidas de apoyo puramente económicas cuyo acceso habrá de ser garantizado por la Junta de Andalucía. Este tipo de medidas conecta directamente con las previsiones del art. 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. En estos supuestos, las ayudas no sólo se dirigen a las mujeres víctimas de la violencia, sino, también, a las personas dependientes de ellas (art. 46.1), lo cual permite valorar el apoyo necesario para personas distintas de los menores a cargo de las mismas. La clave de la eficacia de estas ayudas se encuentra, sin duda, en su previsión presupuestaria por la Junta de Andalucía.

Junto a ello, la violencia de género de carácter doméstico o en el entorno familiar se contempla como un factor de valoración para el establecimiento y concesión de las ayudas que se destinen a familias con escasos recursos económicos. En este caso, el art. 47 de la Ley quiere garantizar que los menores afectados por la violencia de género permanezcan en el sistema educativo, de forma que la limitación de recursos económicos no debe producir el efecto contrario. El propio art. 47, en su apartado segundo, reconoce la preferencia de los hijos e hijas de mujeres víctimas de violencia de género para la adjudicación de plazas de los centros de atención socioeducativa para menores de tres años.

En segundo lugar, la recuperación del proyecto vital de estas mujeres precisa, claramente, del otorgamiento de viviendas, para lo que las Administraciones Públicas de Andalucía deberán estar involucradas en un cupo de reserva de viviendas cuando éstas tengan carácter protegido, a efectos de su cesión o adjudicación en régimen de alquiler o en propiedad, cuando las mujeres acrediten formalmente la situación de violencia de género (art. 48.1). Asimismo, cabe la adjudicación de ayudas para el acceso a la vivienda protegida (art. 48.2).

Asimismo, el art. 49.1 contempla la posibilidad de permutas de viviendas en los supuestos de violencia acreditados por los medios del art. 30.1.a) de la Ley 13/2007, como medida garantizadora de la integridad física y psicológica de las mujeres. En este sentido, resultan clave los mecanismos que la Administración establezca para procurar la confidencialidad en los procedimientos de acceso a viviendas protegidas (art. 50).

Por último, la pieza clave de la recuperación de las mujeres que han sido víctimas de violencia de género es su inserción en el medio laboral, para lo que la Administración prevé la adopción de medidas de promoción. En este sentido, destacan, primeramente, los programas de inserción laboral y formación para el empleo del art. 51, debiéndose poner de relieve la posibilidad de que los planes de formación contemplen medidas para mujeres con la condición de víctimas de esta violencia, con inclusión de itinerarios personalizados de inserción (art. 51.2). En segundo término, se fomenta el autoempleo a través de convocatorias de ayudas para el trabajo autónomo de estas mujeres, en los términos del art. 52. Además, las Administraciones Públicas de Andalucía, en el marco de sus competencias,

impulsarán y apoyarán la inclusión de medidas a favor de las mujeres víctimas de violencia de género (art. 54) y realizarán acciones específicas de concienciación en el ámbito laboral y medidas de responsabilidad social corporativa (art. 55).

Finalmente, las medidas previstas para el ámbito laboral concluyen con el reconocimiento de derechos, fundamentalmente relacionados con los horarios, las faltas de asistencia, la reordenación de la jornada laboral o la movilidad geográfica, para los supuestos en los que las mujeres víctimas de la violencia de género estén en situación laboral activa tanto en el ámbito privado (art. 53), como en el ámbito público (art. 56)¹²².

IV. CONSIDERACIONES FINALES: UN DERECHO PROPIO DE ANDALUCÍA PARA LA EFECTIVA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES

El examen de las Leyes 12/2007, de 26 de noviembre, de Promoción de la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía y 13/2007, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género que se ha realizado en los epígrafes anteriores, nos conduce, finalmente, a realizar algunas consideraciones sobre el lugar o significado de este bloque normativo en el Derecho propio de Andalucía, habida cuenta del giro hacia la igualdad de mujeres y hombres en el Ordenamiento de nuestra Comunidad Autónoma en su máximo nivel, a través de las previsiones ya examinadas del Estatuto.

Desde esta perspectiva, es clara la diferenciación de un plano formal en la configuración de un Derecho de la igualdad en la Comunidad Autónoma, y un plano material, relativo a la creación de normas con perspectiva de género, y, por tanto, a la asunción de la sociedad andaluza de un auténtico Ordenamiento de la igualdad de mujeres y hombres.

En un plano formal, no creo que pueda hacerse tacha de la construcción sistemática de este sector específico del Derecho propio de Andalucía, puesto que, a la previa regulación estatutaria, debe sumarse la aprobación de las dos leyes de cabecera examinadas y la aprobación de reglamentos para el desarrollo de la promoción de la igualdad, así como la del Plan Estratégico para la Igualdad de mujeres y hombres. La conclusión es que el legislador autonómico y la Administración han ido articulando un sector escalonado y sistemático de normas, que obedece a la lógica esencial del principio de jerarquía. A ello debe sumarse que las leyes andaluzas para la igualdad se plantean como un todo, en el sentido de que ambas normas deben considerarse integradas en el objetivo de eliminación de la igualdad y promoción de la misma, una vez que se consiguen neutralizar los comportamientos discriminatorios.

¹²² Realmente, estas previsiones se dictan al amparo de los arts. 21 y 24 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, respectivamente.

Desde un punto de vista material, las apreciaciones que pueden realizarse en cuanto al grado de interiorización del Ordenamiento autonómico de las exigencias de la igualdad plantean algunas objeciones, pero, como acabamos de afirmar, no hay duda de la construcción de un auténtico derecho de la igualdad, con la doble perspectiva de lucha contra la discriminación (y de ahí la necesidad de que nuestro Ordenamiento contara con su propia Ley de erradicación de la violencia de género) y la efectiva promoción del principio de igualdad y de los derechos correspondientes a las mujeres. En mi opinión, del análisis de las leyes autonómicas sobre igualdad, de los decretos de desarrollo y del Plan Estratégico, es claro que la Comunidad Autónoma Andaluza ha creado un Ordenamiento para las mujeres y a la medida de las mujeres, que se inserta perfectamente en el marco más general de las Leyes Orgánicas sobre igualdad que les sirven de referencia. Por tanto, y ello es lo que interesa destacar, la mujer se convierte en sujeto pleno de derecho, en la medida en que el elenco de normas consideradas incorpora la perspectiva de género y juridifica la necesidad de políticas públicas para el logro efectivo de la igualdad.

En este sentido, se ha puesto de manifiesto por la doctrina la necesidad de que la igualdad de género se convirtiera en política pública, aunque con perfiles propios y diferenciados de las políticas de no discriminación aplicables a otros colectivos. Se partía, así, del convencimiento de que llevar a la “agenda” de las Administraciones, las políticas de género tenía una importancia fundamental: por un lado, porque ello contribuía a pasar de la igualdad formal ante la Ley, de mujeres y hombres, a la llamada igualdad material, en la Ley; por otro, porque eran la vía adecuada para alcanzar objetivos y fines de carácter general en la igualdad de género, en detrimento de soluciones particulares, que poco podían hacer por replantear el esquema de relaciones entre hombres y mujeres que se han dado hasta ahora. Desde esta perspectiva, se ha señalado que las manifestaciones fundamentales de las políticas públicas de género eran las siguientes:

- a) Políticas de igualdad de oportunidades, que tienen como objetivo asegurar que las mujeres se encuentren en las mismas condiciones que los hombres para acceder a la vida pública, (por ejemplo idénticas oportunidades para acceder a la cultura o la educación formal).
- b) Medidas de Acción positivas, que implican un paso más en relación con las anteriores, puesto que inciden en la situación de partida de desigualdad, en pro del *empoderamiento de las mujeres*¹²³.

¹²³ Véase J. ASTELARRA: “Veinte años de políticas de igualdad”, en *Feminismos*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2003, p. 77 *in fine*.

c) *Transversalidad*, en el sentido de que la actuación pública sea analizada en términos del “impacto diferencial que tendrá en el colectivo femenino y en el masculino”, para evitar efectos no deseados o mejorar la calidad y eficacia de todas las políticas¹²⁴.

La recepción de estas políticas por las normas jurídicas constituye, sin duda, un paso más en la consolidación del derecho de la igualdad, porque el desarrollo e impulso de dichas políticas no es una opción de las Administraciones, sino una obligación derivada de las leyes, aun cuando esta imposición se haga en términos genéricos o programáticos, sin perjuicio de su concreción por los planes y las normas reglamentarias de desarrollo. Este es, a mi juicio, el momento en el que se encuentra el Derecho de Andalucía para la igualdad de género: supera el ámbito de las políticas públicas, para proceder a su institucionalización, por la vía de la regulación de las mismas, con indicación de los fines y los medios o acciones para su realización.

Con ello, el Derecho autonómico examinado consolida, además, el enfoque de promoción de la igualdad, de forma que las Administraciones se convierten en sujetos activos y cualificados de la realización de la misma, integrando tal dimensión con la de garantía o reacción frente a las conductas de discriminación. El art. 9.2 CE exige este posicionamiento activo de los poderes públicos y ello ha recibido un espaldarazo definitivo en nuestra Comunidad, a través de las leyes de la igualdad que se han examinado en este Capítulo.

Es cierto que las leyes consideradas presentan algunas insuficiencias en cuanto a una construcción dogmática, si se quiere, de los conceptos esenciales de la igualdad, especialmente en el nivel de su promoción, puesto que se confunden el alcance de nociones como la igualdad de oportunidades, o se utiliza de manera equívoca la denominación genérica de “políticas de promoción e igualdad” para aludir, sin embargo, a determinadas actuaciones sectoriales¹²⁵. Ello puede generar una cierta confusión, pero es evidente que la crítica realizada no puede disminuir el valor otorgado a estas leyes en cuanto a la interiorización de la perspectiva de género en la aprobación de normas y realización de políticas públicas.

Sin duda, el bienestar social y/o atención social es, en este sentido, un ámbito de actuación pública paradigmático en la Comunidad Autónoma andaluza en el logro de la efectiva igualdad de mujeres y hombres, por permitir la articulación de una acción pública con consecuencias claras para un fin primordial como el empoderamiento de las mujeres. El Derecho andaluz creado al amparo de las leyes y reglamentos examinados está, sin lugar a dudas, en tal dirección.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 84 *in fine*.

¹²⁵ Ejemplos de esta falta de sistematización pueden reconocerse en la equívoca denominación del Capítulo V del Título II de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, relativo a las aludidas Políticas de Promoción y Atención, para hacer referencia a cuestiones de vivienda o acceso a las nuevas tecnologías; o en la diversidad de ámbitos de actuación contemplados en el Título I Ley 13/2007, de 26 de noviembre.

BIBLIOGRAFÍA

ASTELARRA, J.: “Veinte años de políticas de igualdad”, en *Feminismos*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2003.

BALAGUER CALLEJÓN, M^a. L.: “La transversalidad de género y el Estatuto de Autonomía para Andalucía”, en A. AGUDO ZAMORA (coord.): *El Estatuto de Andalucía de 2007*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2008.

- “El Derecho de igualdad de género: Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres”, en AA.VV.: *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Ed. Comares, Granada, 2007.
- *Mujer y Constitución*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2005.

BUSTOS BOTTAI, R.: “Hacia la igualdad sustancial: reflexiones a raíz de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en AA.VV.: *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Ed. Comares, Granada, 2007.

CARARA VILLAR, G.: “Los objetivos de la Comunidad Autónoma”, en F. BALAGUER CALLEJÓN (coord.): *Estatuto de Andalucía: novedades respecto del Estatuto de 1981. La nueva configuración del Derecho Autonómico*, IAAP, Sevilla, 2007.

DEL POZO PÉREZ, M.: “¿Es la tutela procesal de la mujer en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, un anticipo de la Ley de Igualdad”, en AA.VV.: *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Ed. Comares, Granada, 2007.

FERNÁNDEZ MALLOL, A. L.: “Artículo 73”, en M. ORTIZ SÁNCHEZ y I. CARRASCO LÓPEZ: *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía: Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo*, 2^a edición, IAAP, Sevilla, 2012.

FIGUERUELO BURRIERA, A.: “Políticas públicas previstas para la igualdad real y efectiva”, en AA.VV.: *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Ed. Comares, Granada, 2007.

GASPARINO GASPARINO, A.: “La identidad femenina hoy”, en I. DÍAZ CARBONA y C. GAMERO BRUN (coords.): *El feminismo ante el Nuevo Milenio*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 1998.

GONZÁLEZ BUSTOS, M^a. A.: “Las políticas de igualdad en la publicidad y los medios de comunicación”, *Aequalitas*, nº 26, 2010.

- “La trascendencia del sistema de función pública en el desarrollo de la igualdad de oportunidades”, en MORA RUIZ, M. (dir.): *Formación y objeto del Derecho Antidiscriminatorio*

de Género: *Perspectiva sistemática de la Igualdad desde el Derecho Público*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010.

- “El trato de la igualdad en el Ordenamiento Jurídico-Administrativo español. Especial incidencia en la Comunidad Autónoma de Castilla y León”, en M^a. A. GONZÁLEZ BUSTOS (coord.): *La mujer ante el Ordenamiento Jurídico: soluciones a realidades de género*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009.

GONZÁLEZ IGLESIAS, M. A.: “La igualdad de la mujer en el ámbito internacional y su reflejo en Europa”, en M^a. A. GONZÁLEZ BUSTOS, (coord.): *La mujer ante el Ordenamiento Jurídico: soluciones a realidades de género*, Ed. Atelier, Barcelona, 2009.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.: “El papel de la Administración y del Derecho Administrativo en materia de igualdad de género”, en E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (dir.): *La Administración promotora de la igualdad de género*, Tirant Monografías, Valencia, 2012.

- “Posibles medidas de fomento de la Administración: la preferencia en la contratación, las subvenciones y el distintivo de igualdad como ejemplos”, en E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (dir.): *La Administración promotora de la igualdad de género*, Tirant Monografías, Valencia, 2012.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “La protección frente a la violencia de género del personal de las Administraciones Públicas”, en E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (dir.): *La Administración promotora de la igualdad de género*, Tirant Monografías, Valencia, 2012.

MONTES WORBOYS: “Artículo 61”, en M. ORTIZ SÁNCHEZ y I. CARRASCO LÓPEZ: *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía: Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo*, 2^a edición, IAAP, Sevilla, 2012.

MORA RUIZ, M.: “El informe de impacto de género en las disposiciones administrativas de carácter general: ¿una garantía efectiva de la igualdad desde el Derecho Administrativo?”, en MORA RUIZ, M. (dir.): *Formación y objeto del Derecho Antidiscriminatorio de Género: Perspectiva sistemática de la Igualdad desde el Derecho Público*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010.

- “El tratamiento jurídico del género en los servicios sociales: evolución del marco normativo y nueva posición de la mujer ante la demanda y prestación de los servicios sociales”, *Aequalitas*, nº 25, 2009.
- “La Administración como sujeto activo de la igualdad de género: la dimensión colectiva y social de la igualdad entre mujeres y hombres”, en GILES CARNERO, R. Y MORA RUIZ, M. (coords.): *El Derecho Antidiscriminatorio de género*, Ed. Abecedario, Badajoz, 2008.

PALOMAR OLMEDA, A. y HERNÁNDEZ SAN JUAN, I.: “La acción administrativa al servicio de la igualdad”, en M. MORA RUIZ (dir.): *Formación y objeto del Derecho Antidiscriminatorio de Género: Perspectiva sistemática de la Igualdad desde el Derecho Público*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “El objetivo político de la igualdad efectiva de mujeres y hombres y su instrumentación legislativa”, en AA.VV.: *Igualdad ¿para qué? A propósito de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Ed. Comares, Granada, 2007.

PORRAS NADALES, A.: “Derechos Sociales y Políticas Públicas”, en A. AGUDO ZAMORA (coord.): *El Estatuto de Andalucía de 2007*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2008.

RIVAS VALLEJO, P.: “La Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres, frente a la violencia de género”, en *Aequalitas*, nº 20, 2007.

SALAZAR BENÍTEZ, O.: “La igualdad de género” en S. MUÑOZ MACHADO y M. REBOLLO PUIG (dir.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

Capítulo VII. SERVICIOS SOCIALES Y MAYORES¹

Lourdes Yolanda Montañés Castillo

I. INTRODUCCIÓN

1. El proceso de envejecimiento: uno de los cambios demográficos y sociales más relevantes de los últimos años

Los cambios demográficos que se vienen produciendo en las sociedades desarrolladas, unidos al aumento espectacular de la esperanza de vida en casi todas las regiones del mundo, están llevando a un progresivo y vertiginoso envejecimiento poblacional: el ritmo de crecimiento de la población de más de 65 años (los llamados *mayores convencionales*) es importantísimo, y aún lo es más el del colectivo de personas mayores de 80 años, “la cuarta edad”, que se ha multiplicado en los últimos años (*el envejecimiento del envejecimiento o doble envejecimiento*)².

Ciertamente, las poblaciones se están haciendo proporcionalmente más mayores. Y no sólo porque esté aumentando el número de mayores, sino porque el porcentaje que éstos representan dentro del total de la población es cada vez mayor.

¹ Este trabajo ha sido elaborado en el Marco del Proyecto de Investigación, DER2011-26080.

² A fin de posibilitar estimaciones y previsiones más detalladas para las personas de avanzada edad, la Organización Mundial de la Salud (OMS) distingue estas dos categorías dentro del grupo de personas mayores. Una primera, la de los mayores, que empieza a la edad de 65 años (y a veces a los 60) y otra, la de los muy mayores, que empieza a los 80 años.

Un fenómeno que se conoce como *envejecimiento demográfico*, entendido como el continuo aumento del promedio de edad de las personas que componen una determinada población y que, por facilidades de cálculo, suele medirse a través de la evolución del porcentaje de personas mayores de 65 años, aunque este criterio sea discutible dado que, en realidad, el envejecimiento constituye un proceso que no se ciñe a una edad concreta sino que, en verdad, acontece en las personas en todo momento de su vida³. Si en España se opta por definir este grupo poblacional como el de las personas mayores de 65 años, es porque ésta es la edad que como regla general ha venido marcando la frontera de la jubilación, lo que supone un hecho suficientemente relevante que puede establecer una diferenciación apreciable respecto al resto de la sociedad⁴.

Son muchos los estudios que permiten llegar a esta conclusión en torno al envejecimiento de la población. Ya en el año 1985 se publicaba un trabajo en el que se nos anunciaba que entre los años 2000 y 2050 se esperaba que la proporción mundial de personas de más de 65 años alcanzase más del doble de la de entonces: del 6,9% al 14,2%; la proporción de personas muy mayores (aquellas mayores de 80 años) aumentaría durante ese período del 1,9% al 4,2%; y la población de personas centenarias en 2050 sería 16 veces mayor que en 1998 (2,2 millo-frente a 135.000)⁵.

De acuerdo con estas previsiones, una de cada cuatro personas de las zonas más desarrolladas del mundo tendrán más de 65 años en el año 2050, y la proporción en las zonas menos desarrolladas se llegará a triplicar hasta alcanzar el 15% en el mismo período. Y por lo que se refiere a la población de personas muy mayores, los de más de 80 años, aunque constituye una proporción relativamente pequeña de la población actual, hoy en día es el segmento de población de crecimiento más rápido: los países del norte, oeste y sur de Europa tienen las mayores proporciones de personas muy mayores (casi el 4,8% de la población total de Suecia), mientras que China tiene el mayor número total de personas muy mayores: 10,5 millones⁶.

³ La edad no es elemento pacífico para la inclusión de las personas en el colectivo de personas mayores, según nos encontremos en el ámbito de las Naciones Unidas o en el ámbito europeo se produce en diferentes cómputos de tiempo. La edad de inicio para Naciones Unidas residiría en los sesenta años, edad en la que las personas forman parte del denominado colectivo de personas mayores, mientras que en el ámbito europeo en los sesenta y cinco años; considerándose adecuado el inicio en este momento atendiendo a las realidades sociales, laborales y de asistencia social.

⁴ Aún así, la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional no define con entornos demasiado claros las características del colectivo de los mayores, y ante el mismo se plantean recursos de amparo donde la discriminación se produce contra las personas por encima de los 60 años (Véase, por ejemplo, la STC 75/1983, de 3 de agosto –caso Interventor de Fondos del Ayuntamiento de Barcelona–).

⁵ Department of international Economic and Social Affairs. Periodical on Ageing. New York: Nations. 1985; 1:1-61.

⁶ Las previsiones medias de las variantes sobre el crecimiento de la población calculan que para el año 2050, el 16% de la supuesta futura población mundial de 9.000 millones de personas será mayor de 65 años.

España, al igual que el resto de las sociedades avanzadas, registra en la actualidad una fuerte expansión de los grupos de población de edad elevada⁷, y la Comunidad Autónoma de Andalucía no es ajena a este proceso.

Si bien es verdad que Andalucía no se halla entre las comunidades autónomas con un mayor envejecimiento demográfico, situación que corresponde al cuadrante noroccidental peninsular (Castilla y León, Galicia y Asturias) donde el porcentaje de personas mayores resulta superior⁸, la evolución de las pirámides de la población andaluza pone de relieve los profundos cambios que ha ido registrando su estructura por edad: hablamos de un proceso que comienza a notarse desde comienzos del siglo XX, pero que ha cobrado una gran celeridad en las últimas décadas. Basta un rápido vistazo a las estadísticas para saberlo: se comprueba que el segmento de población formado por las personas de más de 65 años, y más aún el constituido por las mayores de 80, son los que más han crecido cuantitativamente desde 1900 hasta la actualidad. En todo este tiempo, la cifra de habitantes de 80 o más años de la Comunidad Autónoma Andaluza se ha multiplicado por 12, superando con mucho a la de habitantes de 65 años o más, que lo ha hecho por 7,29. El conjunto de la población de todas las edades, mientras tanto, solamente ha llegado a duplicarse. Para hacernos una idea: en 1970 la tercera parte de los habitantes de Andalucía eran menores de 16 años (el 33,43% exactamente), mientras que los mayores de 65 años significaban el 8,70%; en cambio, en 2009 los primeros suponen el 17,32% de la población y los segundos el 14,77%, y con 80 o más, el 3,72% de la población.

Fruto de esta evolución, en nuestra Comunidad Autónoma se está produciendo en la actualidad un hecho insólito: pueblan Andalucía una cantidad parecida de niños y adolescentes (menores de 16 años) que de personas mayores (de 65 años). En el medio rural, incluso, estas últimas son más numerosas que los primeros: la estructura demográfica de los municipios de hasta 2.000 habitantes, en efecto, muestra alrededor de un 16% de menores de 16 años y de un 23% de mayores de 65; y en las localidades de 2.001 a 5.000 habitantes, cada uno de estos grupos de edad representa cerca del 19% de la población. Son datos que vienen a poner de relieve el sobre-envejecimiento del mundo rural, no sólo ya con respecto a las grandes urbes sino también a las ciudades medianamente pobladas. Los niveles de envejecimiento demográfico, además, son muy diferentes en las distintas provincias: Córdoba (el 17,25%) y Jaén (el 17,83%) poseen un porcentaje de habitantes de 65 o más años en sus respectivas poblaciones superior al promediado en España. Y hay que destacar asimismo a Granada con el 16,13% de población mayor de 65 años. De otro lado, prácticamente el 5% de los habitantes de Córdoba y de Jaén sobrepasan la edad de

⁷ Si en el año 2000 el 16,9% de la población española era mayor de 65 años, la proyección para el 2020 se sitúa en el 20% y, de ellos, el 25% mayores de 80 años. Instituto Nacional de Estadística. Proyecciones de la población de España calculadas a partir del Censo de Población de 1991. Madrid: INE 1993. Véase también E. Truchado del Barrio y A. Abellán García, en www.imsersomayores.csic.es/estadisticas.

⁸ En Castilla y León, Galicia y Asturias en el año 2009 la relación de habitantes de 65 o más años rondaba el 21-22% y la de 80 o más años el 6-7%.

80 años, una cifra que también resulta comparativamente más elevada que la del país. El resto de las provincias andaluzas presentan niveles de envejecimiento demográfico mucho más bajos, sobre todo Cádiz y Almería⁹.

El porqué de este rápido y progresivo envejecimiento poblacional en nuestra Comunidad no es difícil de adivinar. Las razones son prácticamente las mismas que explican el fenómeno en todas las demás sociedades desarrolladas.

La mejora en la calidad de la medicina, que atiende a una asistencia integral de prevención, curación y rehabilitación; la mejora en las medidas epidemiológicas y de higiene y alimentación, y las ausencia de factores externos de reducción de la población, tales como guerras o catástrofes confluyen en el incremento año a año de la esperanza de vida¹⁰, entendida como la media de la cantidad de años que vive una cierta población en un cierto período de tiempo. Año tras año se alargan las expectativas de vida de los individuos. Un hecho que indiscutiblemente tiene un lado positivo: supone la posibilidad de vivir más años disfrutando de una buena calidad de vida y de participar de una forma activa en la vida social, y aportar a la sociedad la riqueza que supone la propia experiencia vital.

Pero no es este hecho –el incremento de la esperanza de vida– el único que explica el incremento de las personas longevas que, en cifras absolutas y de modo incesante, se viene produciendo en España y en Andalucía durante el último siglo. A este resultado han contribuido otros factores, ya no tan positivos.

Nos referimos a la drástica caída de la fecundidad que ha tenido lugar sobre todo desde mediados de los años setenta y que ha situado a España dentro de los 51 países con menor tasa de natalidad: los datos, ciertamente alarmantes, de una encuesta del Instituto Nacional de Estadística aseguran que sólo nacen 1,07 hijos por la mujer fértil, por lo tanto, muy por debajo de los 2.1 nacimientos necesarios para la reposición de la población¹¹. A esto hay que añadir la migración, que ha cobrado particular importancia en Andalucía, impulsando el envejecimiento demográfico de nuestra Comunidad Autónoma.

El fenómeno migratorio ha de ser contemplado desde una doble perspectiva. Por un lado nos encontramos con esas personas jubiladas, provenientes en su mayor parte de sociedades desarrolladas, que acuden a nuestro país, y muy especialmente a las zonas cálidas y costeras de Andalucía, buscando la bondad del clima (y también, por qué no decirlo,

⁹ Datos extraídos del Libro Blanco del Envejecimiento Activo Junta de Andalucía, Ed. Junta de Andalucía. Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, 2010, pp. 35-57.

¹⁰ Por cierto que la esperanza de vida siempre ha sido y continúa siendo mayor en la mujer que en el hombre: en el año 1906 la esperanza de vida al nacer era de 35,83 años para el hombre y 38,34 años para la mujer, en 2005 ascendía a 75,60 años y 82,11 años, respectivamente, y en 2011 sube a 79 años para el hombre y 85 años para mujer.

¹¹ Instituto Nacional de Estadística. Encuesta de Fecundidad. Madrid: INE, 1999.

la bondad de nuestro sistema sanitario, que atrae a numerosos ciudadanos europeos mayores¹²), y que obviamente contribuyen al envejecimiento de la población de aquellos municipios en los que se asientan. Y, por otro lado, nos enfrentamos con la fuerte entrada de inmigrantes de la última década, fundamentalmente en edad laboral, que ha ayudado a frenar coyunturalmente el envejecimiento, pero que a largo plazo contribuirán a lo contrario, siempre que se reduzcan, como es previsible, el volumen de entrada de este colectivo. Se estima que para el 2.025 más de la décima parte de las personas mayores de 65 años sean de origen extranjero, así como en torno al 8% de las mayores de 80 años.

A la vista de estos datos no es de extrañar que la atención a las personas mayores constituya uno de los principales desafíos de los gobiernos de los países desarrollados¹³, sobre todo teniendo en cuenta que el espectacular envejecimiento de la población que se viene produciendo no es un fenómeno pasajero o que esté sujeto a ciclos de crecimiento y decrecimiento en sus valores, sino un fenómeno estructural de las sociedades desarrolladas. Se trata de un proceso de firme desarrollo que avanza, y seguirá avanzando, con más o menos celeridad. Andalucía es ahora y seguirá siendo en el futuro una Comunidad Autónoma envejecida¹⁴, al igual que lo son, y lo serán, España y todos los países desarrollados. Una realidad que por sí sola apunta hacia la necesidad de que los gobiernos aseguren unos recursos que proporcionen atención a este creciente colectivo y a los requerimientos asistenciales que pueden tener los mayores a causa de la pérdida de capacidades para realizar de una forma autónoma e independiente sus actividades de la vida diaria: las dependencias que, aunque pueden aparecer en cualquier edad, están más relacionadas con el envejecimiento de las personas.

Pero si destacables son estas evidencias demográficas, también lo son las transformaciones sociales que se están experimentando, y que llevan a los mayores a enfrentar el envejecimiento de una manera diferente a las pautas tradicionales. Nos referimos a los cambios socioeconómicos acaecidos en las últimas décadas en las sociedades modernas, que han pasado de un estilo de vida rural a otro urbano, caracterizado por la reducción de las redes de apoyo social, nuclearización de la familia e incorporación de la mujer al

¹² Véase la obra dirigida por la profesora M. Echezazarreta Ferrer: *El Lugar de Retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles*. Editorial Comares, Granada, 2005. Asimismo, sobre los problemas que plantea el acceso a la asistencia socio-sanitaria de las personas mayores extranjeras en Andalucía, véase E. M. Álvarez González: "El derecho a la asistencia socio-sanitaria de los ciudadanos europeos mayores de edad en Andalucía", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 70, 2008.

¹³ La Comisión de la Unión Europea expuso su visión sobre los retos demográficos de la Unión y las posibilidades de superarlos en las Comunicaciones "El futuro demográfico de Europa: transformar un reto en una oportunidad", de 12 de octubre de 2006, "Fomento de la solidaridad entre las generaciones", de 10 de mayo de 2007, y "Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE (informe sobre envejecimiento 2009)", de 29 de abril de 2009.

¹⁴ La sociedad andaluza y sus gobernantes se enfrentan a un cambio que supone que, en las próximas cuatro décadas, nuestra población mayor de 65 años se duplicará y llegará a representar casi un 30% del total de nuestra Comunidad Autónoma.

trabajo, que hacen, si cabe, más necesaria la articulación de medidas y actuaciones por parte de las Administraciones Públicas.

A estos cambios se une una realidad muy extendida en las sociedades desarrolladas: hoy en día somos viejos cada vez más jóvenes. Y es que, aunque las personas mayores constituyen un grupo heterogéneo y en continua evolución, en el que cada persona envejece y afronta el hecho de hacerse mayor de forma distinta y cada cultura y cada sociedad vive e interpreta de manera diferente el proceso de envejecimiento¹⁵; hay algo en lo que coinciden: el envejecimiento es un fenómeno natural que cada vez se inicia más en un mejor estado de aptitudes físicas y psíquicas; lo que está haciendo necesario perfilar el concepto de vejez y los valores y expectativas que hasta ahora existían con relación a esta etapa de la vida. En la actualidad, las personas mayores son cada vez más activas, quieren vivir con mayor autonomía, viajar y realizar más actividades. Y, sobre todo, quieren aportar su experiencia, seguir desarrollándose como personas y participar activamente en nuestra sociedad.

2. Una apuesta por las políticas de envejecimiento activo

Precisamente, respondiendo a la nueva realidad que representan las personas mayores, personas vitales, activas y participativas, que demandan seguir contribuyendo, con pleno protagonismo, a la construcción de la sociedad, la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1990 acuñó el concepto de *envejecimiento activo* como el “proceso de optimización de las oportunidades de salud, participación y seguridad con el fin de mejorar la calidad de vida a medida que las personas envejecen”, que permite que las personas realicen su potencial de bienestar físico, social y mental a lo largo de toda su vida y que participen en la sociedad, a la vez que se les proporciona una protección, una seguridad y unos cuidados adecuados cuando lo necesiten.

Un concepto que, como vamos a poder comprobar a lo largo de este capítulo, es clave en las políticas que la Comunidad Autónoma de Andalucía ha diseñado para las personas mayores, centradas en potenciar su inclusión en la comunidad, su autodeterminación y en que reciban el máximo apoyo familiar¹⁶.

¹⁵ En el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en una Primera Asamblea Mundial del Envejecimiento que tuvo lugar en 1991, se formuló la Resolución 46/91, de 16 de diciembre donde se establecieron los Principios de las Naciones Unidas para las Personas de Edad, con el objetivo de garantizar la independencia, participación, cuidados, autorrealización, dignidad y seguridad de las personas mayores. Lo hace partiendo de la consideración de que las personas mayores no son un grupo homogéneo e indiferenciado, sino que existe una gran variabilidad fruto de la influencia de aspectos biológicos, psicológicos sociales y culturales, que justifica medidas y actuaciones también diversas: “la enorme diversidad de la situación de las personas mayores, no sólo entre países sino dentro de los países y entre los individuos, lo que requiere una variedad de respuestas de política”.

¹⁶ Véase el *Libro Blanco del Envejecimiento Activo*. Ed. Junta de Andalucía. Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, 2010. Se divide en cinco capítulos. En el Capítulo I denominado “Transversalidad y Prospectiva

El concepto de envejecimiento activo fue utilizado años después por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Segunda Asamblea Mundial del Envejecimiento que tuvo lugar en Madrid en 2002. De las conclusiones que en ella se expusieron conviene traer aquí la recogida en el artículo 5 de la Declaración Política destinada a eliminar la discriminación por motivos de edad y a garantizar una protección adecuada frente a situaciones de riesgo o necesidad, como ejes esenciales del modelo de envejecimiento activo:

“Nos comprometemos a eliminar todas las formas de discriminación, entre otras, la discriminación por motivos de edad. Asimismo, reconocemos que las personas, a medida que envejecen, deben disfrutar de una vida plena, con salud, seguridad y participación activa en la vida económica, social, cultural y política de sus sociedades. Estamos decididos a realzar el reconocimiento de la dignidad de las personas de edad y a eliminar todas las formas de abandono, abuso y violencia”.

En el marco de la Unión Europea, también se promueve el envejecimiento activo. Los sucesivos Consejos Europeos han reconocido que una respuesta fundamental al rápido cambio de la estructura de edades consiste en promover la creación de una cultura del envejecimiento activo como un proceso permanente y, en consecuencia, garantizar que las personas que actualmente tienen cerca de 60 años o más, cuyo número aumenta rápidamente y que, globalmente, están más sanas y mejor formadas que ningún otro grupo anterior de esa edad, gocen de buenas oportunidades de empleo y participación activa en la vida familiar y social, también a través de actividades de voluntariado, el aprendizaje permanente, la expresión cultural y el deporte¹⁷. La Comisión, por su parte, en su Comunicación “Europa

del envejecimiento en Andalucía” se expone la necesidad de abordarlas políticas de envejecimiento con dos líneas transversales imprescindibles, cuáles son la perspectiva de género y las relaciones intergeneracionales. El Capítulo II se denomina “Vivir en Seguridad”, un postulado que se considera imprescindible para la construcción de un concepto eficaz de envejecimiento activo. Seguridad que se entiende de forma poliédrica: seguridad jurídica y protección de derechos, seguridad económica, seguridad frente a los límites del entorno y seguridad frente a un adecuado tratamiento por los medios informativos y publicitarios de las personas mayores... En el Capítulo III se analizan los requisitos de un envejecimiento saludable, bajo dos pilares: promoción de la salud y prevención de la dependencia. El Capítulo IV denominado “Envejecer participando y construyendo sociedad. Innovación y envejecimiento activo” asienta las bases de un exitoso envejecimiento activo por los cauces de la participación. Y, finalmente, el Capítulo V referido a la “Formación”, supone dotar de carta de naturaleza a la consideración por la cual no cabe ligar educación, formación y aprendizaje a determinadas etapas de la vida; y asienta el protagonismo de las personas mayores en la cultura, conocimiento, lectura, experiencias y tradiciones.

¹⁷ Así, el 22 de febrero de 2007, el Consejo y los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo adoptaron una Resolución sobre “Oportunidades y retos del cambio demográfico en Europa: contribución de las personas de mayor edad al desarrollo económico y social”, en la que se hacía hincapié tanto en la necesidad de aumentar las posibilidades de participación activa de las personas de más edad, en particular a través del voluntariado, como en las nuevas oportunidades económicas (“economía de plata”) derivadas de la creciente demanda de algunos bienes y servicios por parte de las personas mayores y en la importancia de dar una imagen pública positiva de estas personas.

El 8 de junio de 2009, el Consejo adoptó sus conclusiones sobre “Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres: envejecer con dignidad y llevando una vida activa”, en las que reconoció que en toda la Unión, los hombres y las mujeres de más edad se enfrentan a importantes retos para llevar una vida activa y envejecer de

2020: una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”, de 3 de marzo de 2010, destacó la importancia que tiene para la Unión la promoción de un envejecimiento activo y saludable de la población para mantener la cohesión social y aumentar la productividad¹⁸. Por parte del Parlamento Europeo el 11 de noviembre de 2010 aprobó una Resolución sobre los “Retos demográficos y la solidaridad entre las generaciones”, en la que pedía a los Estados miembros que hagan del envejecimiento activo una de sus prioridades para los próximos años¹⁹. Por último, el 14 de septiembre de 2011 el Consejo y el Parlamento Europeo y el Consejo declararon el año 2012 “Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional”, con el objetivo de: a) sensibilizar a la sociedad en general sobre el valor del envejecimiento activo y sus distintas dimensiones, y garantizar que se le concede una posición prominente en las agendas políticas de las partes interesadas a todos los niveles; b) estimular el debate y el intercambio de información, y desarrollar el aprendizaje mutuo entre los Estados miembros para promover políticas de envejecimiento activo; c) ofrecer un marco para asumir compromisos y realizar acciones concretas en relación con el envejecimiento activo y la solidaridad entre las generaciones; y d) promover actividades que sirvan para luchar contra la discriminación por razón de edad, superar los estereotipos relacionados con la edad y eliminar barreras, en particular por lo que respecta a la empleabilidad.

Se trata así, en definitiva, de fomentar y apoyar los esfuerzos de los Estados y sus autoridades regionales y locales, de los interlocutores sociales, de la sociedad civil y de la comunidad empresarial, incluidas las pequeñas y medianas empresas, para promover el envejecimiento activo y redoblar el esfuerzo por movilizar el potencial de las personas, cada vez más numerosas, próximas a los 60 años o mayores.

manera digna, y propusieron una serie de medidas a los Estados miembros y a la Comisión, entre las que se incluía el fomento de políticas en favor de un envejecimiento activo, teniendo en cuenta las distintas situaciones de los diferentes Estados miembros y los distintos retos a los que se enfrentan hombres y mujeres. Y, el 30 de noviembre de 2009, el Consejo adoptó sus conclusiones sobre “Envejecimiento digno y saludable”, en las que invita a la Comisión a que, entre otras cosas, “desarrolle actividades de sensibilización a fin de fomentar el envejecimiento activo, en particular un posible Año Europeo del Envejecimiento Activo y la Solidaridad Intergeneracional en 2012”.

¹⁸ En el contexto de la Estrategia Europa 2020, la Comisión propuso lanzar una Asociación para la Innovación en materia de Envejecimiento Activo y Saludable (AIEAS) en el marco de la iniciativa emblemática “Unión por la innovación”. Esta asociación pretende hacer posible que los ciudadanos vivan de forma independiente y con buena salud durante más tiempo, y aumentar en dos el número medio de años de vida sana, de aquí a 2020.

¹⁹ La Resolución hacía hincapié asimismo en que el Año Europeo debe destacar, en particular, la contribución de las personas de edad a la sociedad y crear oportunidades para fomentar la solidaridad, la cooperación y el entendimiento entre generaciones y para que los jóvenes y las personas de edad trabajen conjuntamente.

3. Reconocimiento constitucional del derecho a la atención de las personas mayores y su inclusión en las regulaciones autonómicas específicas sobre la materia

Es cierto que la Constitución Española no recoge de forma expresa en su artículo 14 la discriminación por razón de edad²⁰, y que contempla a los mayores, muy sectorialmente, en su artículo 50, declarando que:

“Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

No obstante, no se puede pasar por alto que el Estado social y democrático de Derecho proclamado en la Constitución Española en su artículo 1.1 presupone como objetivo principal de la acción de los poderes públicos la igualdad material, para cuya consecución deberán, como precisa su artículo 9.2:

“Promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

De esta manera, la Constitución Española impone a los poderes un deber de remoción de la desigualdad material que implica incluso la posibilidad de que determinadas acciones públicas conlleven un trato formalmente desigual a favor de las personas o colectivos desfavorecidos, para corregir esa situación de desventaja. El Estado social está obligado a actuar, y lo hace a través de la legislación y de políticas activas que favorecen a estos colectivos.

Pues bien, las personas mayores son uno de estos colectivos²¹ que están en una situación de desventaja respecto al resto de personas en muchos aspectos de la vida, con una parti-

²⁰ Y ello, aún cuando lo cierto y verdad es que el edadismo ha sido señalado como la tercera gran forma de discriminación de nuestra sociedad, tras el racismo y el sexismo.

²¹ Téngase en cuenta que si bien el envejecimiento es una realidad del ser humano que debe considerarse individualmente, la evolución demográfica y social comporta que a la vez se la deba considerar como un fenómeno colectivo. Y es que con el envejecimiento de la población como situación históricamente nueva, se plantean una serie de problemas en las personas ancianas –Informe 2006. Tomo I. IMSERSO 2006– en cuanto a: la soledad (el 19,5% de la población mayor vive sola), aislamiento social (el 19,9% no se reúne nunca con amigos), la pobreza (los grupos más desfavorecidos son las personas mayores de 65 siendo la tasa de pobreza del 29,6%) los problemas de salud (el 21,2% declara tener mala o muy mala salud) y de dependencia (el 26,5% de las personas de 65 y más años no pueden o necesitan ayuda para realizar una o varias de las actividades de la vida diaria).

cipación menor en el reparto de la riqueza, del empleo, de las oportunidades, del poder, de la representación política, de la dirección en las empresas, de su posibilidad de hacerse oír en la sociedad, etc., y, por tanto, es un grupo de individuos respecto del que los poderes públicos pueden y deben actuar, adoptando unas medidas a su favor, que bien podrían ser calificadas de igualación positiva, cuya clave se sitúa en su finalidad: son aquéllas que, partiendo de una situación de desigualdad entre ciudadanos individualmente considerados, tienen como objetivo promover, desde un punto de vista individual, la igualdad material entre individuos. Una definición, de igualación positiva, que sin duda encaja a la perfección cuando se habla de medidas a favor de las personas mayores: lo que se trata de conseguir con esas medidas que les favorecen, es compensar toda la serie de desventajas que inevitablemente acarrea la edad. Piénsese, por ejemplo, en el derecho a percibir una pensión de jubilación, que, salvo excepciones, sólo tienen aquéllos que han cumplido 65 años, y que tiene como objeto compensar la merma en la capacidad de trabajo de las personas de una determinada edad. Es esta razón objetiva e indubitada la que explica la diferenciación, que tiene como finalidad principal la igualdad material de las personas mayores individualmente consideradas, lo que en este caso se traduce en facilitarles ingresos que puedan ayudarles a sostener un razonable nivel de vida pese a no trabajar²².

Obviamente el reconocimiento constitucional del derecho de atención a las personas mayores otorga al citado derecho un valor normativo innegable que vincula a todos los poderes públicos. Ahora bien, su contenido y alcance efectivo van a depender de cómo los concreten las leyes que lo desarrollen. Es pues, en principio, un derecho de configuración legal, que necesita del legislador ordinario, estatal o autonómico, para su efectiva determinación y delimitación.

Como quiera que el artículo 148.1.20 de la Constitución Española atribuye la asistencia social a la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, son éstas las que han venido estableciendo regulaciones específicas sobre la materia²³. Y así, a partir de finales de 1980, en el ejercicio de las competencias asumidas por sus Estatutos de Autonomía, las Comunidades Autónomas, bien en desarrollo de su normativa general de servicios sociales²⁴, bien mediante normas específicamente dirigidas a este sector de la población,

²² Véase D. Giménez Glück: "Estado Social y Acciones positivas: Especial consideración de las personas mayores y de las personas con discapacidad", en *Marco Jurídico y Social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Reus, S.A., Madrid, 2008, pp. 56-62.

²³ Resulta conveniente aclarar que la Ley 39/2006, de Dependencia, se dicta al amparo de la competencia exclusiva para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1 CE), pero con pleno respeto a las competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido en materia de asistencia social en desarrollo del artículo 148-1-21 CE.

²⁴ En el artículo 61 de nuestro Estatuto de Autonomía se dispone lo siguiente: "Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, que en todo caso incluye: a) La regulación, ordenación y gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección pública. b) La regulación y la

ponen en marcha toda una serie de servicios y prestaciones, con el fin de asistir a los mayores en sus necesidades cotidianas básicas y procurarles una adecuada calidad de vida.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía se dicta la Ley 6/1999, de 7 de julio, de *Atención y Protección de las Personas Mayores* que, como podremos comprobar, establece el marco normativo en el que se insertan las actuaciones públicas y privadas tendentes a la protección y atención de las personas mayores. Las demás Comunidades Autónomas, por su parte, también hacen lo propio para mejorar la calidad de vida de los mayores en su respectivo territorio. Baste citar aquí, a título de ejemplo, la Ley 7/1991, de 5 de abril, de Asistencia y Protección al Anciano, de Asturias; la Ley 2/1994, de 28 de abril, de Asistencia Social Geriátrica, de Extremadura; la Ley 3/1996, de 11 de julio, de Participación de las Personas Mayores y de la Solidaridad entre Generaciones, de Canarias; la Ley 11/2001, de 13 de julio, de Cataluña, de Acogida de Personas Mayores; o la Ley 5/2003, de 3 de abril, de Castilla y León, de Atención y Protección a las Personas Mayores.

En todas estas normas autonómicas, y en otras parecidas, así como en la normativa sobre la Seguridad Social, que corresponde al Estado, se regula la atención al bienestar físico, psíquico y social de las personas mayores, su suficiencia económica, la prevención de situaciones de maltrato y desasistencia, la promoción de sus posibilidades de ocio, el fomento de su movimiento asociativo y otros muchos aspectos de su vida²⁵; y en todas ellas se vislumbra un decidido compromiso de las autoridades públicas de actuar en favor de los mayores.

Un compromiso en el que la Comunidad Autónoma Andaluza, tras la Ley Básica estatal 39/2006, de Dependencia, se ha venido a ratificar en su nuevo Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo.

4. La atención a las personas mayores y su configuración como un derecho subjetivo de carácter estatutario en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía

El nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía, aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo (en adelante EA), incluye en materia de atención a las personas mayores claros desafíos para los poderes públicos y la sociedad de la Comunidad Autónoma Andaluza, al estar el Estatuto repleto de previsiones normativas determinantes que, dado su rango

aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social. c). Instituciones públicas de protección y tutela de personas necesitadas de protección especial, incluida la creación de centros de ayuda, reinserción y rehabilitación". Como ya hemos razonado, hay que considerar comprendido, a este colectivo de personas mayores, dentro de los que necesitan una protección especial y, consecuentemente, en nuestra Comunidad Andaluza estimarlo incluido bajo su competencia exclusiva.

²⁵ Véase E. Seijas Villadangos: Los derechos de las personas mayores, BOE, Madrid, 2004, pp. 12 y 13.

estatutario, han de presidir la vida institucional y social de esta Comunidad²⁶. Es, además, uno de los textos normativos autonómicos básicos que más intensamente apuestan por la implantación de las políticas de envejecimiento activo. No sólo las reconocen como un derecho social, sino también como un principio rector de las políticas públicas.

En su Título Preliminar, tras consagrar la cláusula de progreso social (art. 10.1 EA), incluye entre los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma la cohesión social mediante un eficaz sistema de bienestar pública, con especial atención a los colectivos y zonas más desfavorecidos social y económicamente, para facilitar la integración plena de la sociedad andaluza, propiciando así la superación de la exclusión social (apartado 14).

Su Título I, bajo la rúbrica *Derechos sociales, deberes y políticas pública*, empieza en el artículo 14 resaltando la evidencia real de la discriminación por razón de edad al referirse a las “acciones positivas en beneficio de sectores, grupos u personas desfavorecidas” y prohibir “toda discriminación en el ejercicio de los derechos, el cumplimiento de los deberes y la prestación de los servicios contemplados en este Título, particularmente la ejercida por razón de sexo, orígenes étnicos o sociales, lengua, cultura, religión, ideología, características genéticas, nacimiento, patrimonio, discapacidad, edad, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Así, a diferencia de la Constitución española, el Estatuto Autonómico de Andalucía sí recoge expresamente la necesaria lucha contra la discriminación por razón de la edad. Con semejante compromiso, el camino a seguir requiere afinar los mecanismos de garantía y protección de los derechos de las personas mayores y eliminar los diferentes tipos de discriminación (directa, indirecta, acoso discriminatorio u órdenes o instrucciones discriminatorias) que puedan sufrir. Mecanismos de garantía específicos de los derechos de las personas mayores, tanto institucionales, a través de la figura del Defensor o Defensora de las Personas Mayores, como normativos, haciendo especial hincapié en la lucha contra toda forma de discriminación, especialmente la referida a la edad.

Le sigue el Capítulo II, *Derechos y Deberes*, en el que se recogen determinaciones fundamentales en materia de mayores, al incorporar como derechos estatutarios: el derecho de las personas mayores a recibir de los poderes públicos de Andalucía una protección y atención integral para la promoción de su autonomía personal y del envejecimiento activo, que les permita una vida digna e independiente y su bienestar social e individual; el derecho a acceder a una atención gerontológica adecuada en el ámbito sanitario, social y asistencial, y a recibir prestaciones en los términos que establezcan las leyes (art. 19 EA); el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones del sistema público andaluz de servicios sociales (art. 23 EA); y, finalmente, el derecho de las personas con discapacidad o en situación de dependencia a acceder, en los términos que

²⁶ Véase sobre el reconocimiento de derechos sociales en los Estatutos de Autonomía M. J. Aguado Zamora: “Derechos sociales, deberes y políticas públicas”, en S. Muñoz Machado y M. Rebollo Puig: *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson Civitas, 2008.

establezca la ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social (art. 24 EA). Un derecho, éste último, que cobra especial relevancia para las personas mayores, dada la estrecha relación entre la edad y la dependencia.

Así mismo, entre los principios rectores de las políticas públicas (art. 37 EA), el Estatuto consagra el acceso de las personas mayores a unas condiciones de vida digna e independiente, asegurando su protección social e incentivando el envejecimiento activo y su participación en la vida social, educativa y cultural de la comunidad (apartado 35).

En fin, derechos de los mayores que los poderes públicos andaluces habrán de proteger y atender; y, principios que habrán de cumplir mediante el impulso de la legislación pertinente, la garantía de una financiación suficiente y la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas (art. 40 EA)²⁷.

5. Protección de los mayores en Andalucía con anterioridad y posterioridad a la Ley de Dependencia

La política social dirigida a la protección de los mayores se inicia con La Ley 2/1988, de 4 de abril, de *Servicios Sociales* de Andalucía, que configuró en nuestra Comunidad Autónoma un Sistema Público de Servicios Sociales, una de cuyas áreas de actuación específica se dirige a la atención y promoción del bienestar de la vejez, creando los Servicios Sociales Especializados para este grupo poblacional con el objeto de promover su

²⁷ Téngase en cuenta que el nuevo Estatuto de Autonomía Andaluz configura el derecho de atención a las personas mayores como un verdadero derecho subjetivo de contenido estatutario (véase sobre la configuración como derechos subjetivos de las prestaciones en materia de servicios sociales, J. Tornos Mas: “Efectividad de los derechos y exigibilidad de los servicios sociales” en *Documentación Administrativa* nº 271-272, 2005, p. 375) y cubierto, por ende, por lo previsto en sus artículos 38 y 39, lo que implica una serie de consecuencias de evidente relevancia jurídica que sitúan dicho derecho ciertamente más allá del tradicional régimen de los servicios públicos asistenciales. El artículo 38 EA establece “La prohibición de discriminación del artículo 14 y los derechos reconocidos en el Capítulo II vinculan a todas las poderes públicos andaluces y, dependiendo de la naturaleza de cada derecho, a los particulares, debiendo ser interpretados en el sentido más favorable a su plena efectividad. El Parlamento aprobará las correspondientes leyes de desarrollo, que respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos establecido por el Estatuto, y determinarán las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos”. De lo que resulta que el reconocimiento que realiza el Estatuto de Autonomía del derecho de atención a las personas mayores, que abarca también el contenido del mismo (en este sentido, véase A. Rodríguez: “Los derechos y deberes en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 68, 2007), limita la libertad de configuración del derecho por parte del legislador autonómico ordinario en su tarea de desarrollo del derecho. Pero no es ya que el derecho a la atención de las personas mayores, con su contenido estatutario, deba ser respetado por el legislador ordinario a la hora de delimitarlo, sino que contra la vulneración del mismo por cualquier acto de los poderes públicos (incluido por tanto, el poder legislativo) dice el artículo 39 EA podrá recurrirse ante la jurisdicción correspondiente. La efectividad del derecho podrá exigirse, pues, no sólo ante la Administración que lo vulnerara o desconociera, sino, en principio, incluso frente un acto legislativo que lo desarrolle vulnerando el contenido estatutario del mismo.

integración y participación en la sociedad, favoreciendo su mantenimiento en el medio habitual y evitando su marginación; así mismo se aprobaron planes y programas específicos dirigidos a este colectivo (Plan Andaluz de Salud, Plan de Servicios Sociales de Andalucía y Plan de Atención Integral a los Mayores Andaluces); pero es la Ley 6/1999, de 7 de julio, *de Atención y Protección de las Personas Mayores*, fruto de una reivindicación del mismo movimiento asociativo representante de ese sector, la que termina por establecer un sistema integral de atención y protección al colectivo de personas mayores con vecindad administrativa en Andalucía²⁸, en el que con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas de Andalucía y de los propios sectores sociales a las que va dirigida, aborda una acción planificada, coordinada y global en todas las áreas que afectan a las personas mayores, incidiendo también en régimen local, vivienda, transportes, turismo, sanidad, cultura, deporte y ocio, defensa de consumidores y usuarios y educación, tratando de garantizar que las personas mayores gocen de todos los derechos y libertades que tienen reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Sus objetivos son, en efecto, muy ambiciosos. Se trata de: a) impulsar y mejorar el bienestar físico, psíquico y social de las personas mayores; b) velar por la suficiencia económica; c) procurar la integración de las personas mayores en todos los ámbitos de la vida social; d) posibilitar la permanencia de los mayores en el contexto sociofamiliar en el que han desarrollado su vida; e) promover las condiciones precisas para que las personas mayores lleven una vida autónoma; f) prevenir y evitar situaciones de riesgo social que puedan dar lugar a situaciones de maltrato y desasistencia; g) favorecer la solidaridad entre las generaciones; h) fomentar la participación del movimiento asociativo de las personas mayores en el proceso de integración comunitaria; i) sensibilizar a la sociedad andaluza respecto de la situación de las personas mayores; j) potenciar la solidaridad hacia las personas mayores con especiales necesidades de atención; k) establecer los mecanismos de apoyo generacional necesarios, consistentes en medidas de acción positiva que posibiliten que la obligada transición de la vida activa laboral a la situación de jubilación o de inactividad laboral asimilada se realice de la forma menos traumática posible; l) propiciar la partici-

²⁸ El ámbito de aplicación de la Ley 6/1999 es amplísimo. De acuerdo con el artículo 2.1 de la Ley 6/1999: “1. Tendrán derecho a las prestaciones y servicios previstos en la presente Ley las personas mayores de sesenta y cinco años que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

a) Quienes tengan la consideración de andaluces, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8 del Estatuto de Autonomía para Andalucía (el art. 12 Estatuto de Andalucía de 2007 recoge que son titulares todas las personas con vecindad administrativa en Andalucía. Por tanto, para ser titular del derecho a la atención que la ley dispensa a los mayores, es requisito indispensable tener la “vecindad administrativa” en cualquiera de los municipios de Andalucía, debiendo entenderse por tal la que se adquiere al inscribirse en el Padrón municipal. En consecuencia, se está reconociendo también la titularidad de los derechos a los extranjeros que cumplan este requisito).

b) Extranjeros, apátridas, o refugiados con residencia en cualquier municipio de Andalucía, en los términos establecidos en las normas, tratados y convenios internacionales vigentes en esta materia, y en su defecto atendiendo al principio de reciprocidad.

c) Aquellas otras personas que se encuentren en reconocido estado de necesidad.

2. Podrá establecerse reglamentariamente que todas o algunas de las previsiones de la presente Ley resulten de aplicación a quienes, reuniendo las demás condiciones fijadas en los apartados anteriores, hayan cumplido los cincuenta y cinco años de edad”.

pación de las personas mayores, a través de las organizaciones en que se integran, en el proceso de toma de decisiones sobre el planeamiento y gestión del sistema de atención y protección diseñado en esta Ley; m) promover los valores representados por las personas mayores (art. 1 Ley 6/1999).

Unos objetivos y principios que permanecen plenamente vigentes en la actualidad, aprobado el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía, y en los que las autoridades andaluzas deberán seguir avanzando.

Eso sí, entrada en vigor de la Ley Básica estatal 39/2006, de 14 de diciembre, de Dependencia, la Comunidad Autónoma de Andalucía ha tenido que realizar una adaptación de su sistema jurídico de protección de las personas mayores a las condiciones básicas establecidas por el legislador estatal para garantizar el derecho a la autonomía y la protección de las situaciones de dependencia. La primera actuación de los poderes públicos andaluces fue la aprobación del Decreto 168/2007, de 12 de junio, por el que se regulan las particularidades procedimentales para obtener el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía, así como los órganos competentes para su valoración. A partir de esta norma reglamentaria, la adecuación al marco básico establecido por el legislador estatal se ha realizado a través de Órdenes de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social. Destaca la Orden de 3 de agosto de 2007, por la que se establece la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad de las prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas del Sistema Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía, y que en realidad constituye el desarrollo normativo más directo de las previsiones básicas establecidas por el legislador estatal para la atención a la dependencia; pero también pueden citarse otras, tales como, la Orden de 5 de noviembre de 2007, por la que se regula el procedimiento y los requisitos para la acreditación de los centros para personas mayores en situación de dependencia en Andalucía; la Orden de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el servicio de ayuda a domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía; o la Orden de 21 de diciembre de 2007, por la que se aprueba el modelo de documento contractual para el ingreso de personas mayores en situación de dependencia en centros residenciales del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

El objeto de este capítulo es analizar algunos de los aspectos más destacados de la Ley 6/1999, de 7 de julio, de *Atención y Protección de las Personas Mayores* (en adelante Ley 6/1999) y del desarrollo reglamentario que de la misma se ha efectuado.

II. PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES

1. La participación como mecanismo de inclusión social

La participación de los mayores está estrechamente vinculada a la contribución de éstos a la sociedad y a otros grupos.

Sin duda a nadie escapa el hecho que en la actualidad las personas mayores son cada vez más activas, quieren vivir con mayor autonomía, viajar y realizar más actividades. Cada vez es más frecuente la imagen de sujetos de avanzada edad física, con excelente estado de salud y con actitudes positivas, que quieren aportar su experiencia, seguir desarrollándose como personas y participar activamente en la sociedad. Por eso, aunque de forma tradicional, lo habitual haya sido enfatizar en los problemas derivados del envejecimiento, de la carga económica y de los cuidados que el incremento de las personas ancianas conlleva para la sociedad, percibiéndose a los mayores más como receptores que como proveedores de ayuda y apoyo (el conocido *edaismo*), el envejecimiento activo propone considerar a esas personas como un miembro más de nuestra sociedad, necesitadas, como cualquiera, de apoyo para envejecer de modo adecuado pero, a la vez, capaces, como cualquiera, de contribuir al bienestar y desarrollo colectivos, lo cual es básico para su propia satisfacción.

Ciertamente, los mayores hacen importantes aportaciones en distintas esferas de la vida social. Su participación tiene formas y estilos muy diversos²⁹: muchas personas mayores cultivan facetas que antes no pudieron desarrollar y así pintan, escriben, hacen fotografías, teatro, etcétera; otras participan en grupos lúdicos, culturales, formativos, en el asociacionismo; otros, muestran su capacidad de entrega más altruista y se implican en una participación continuada en la acción del voluntariado; y, otros, muchos, participan en la vida familiar, ejerciendo lo que se ha dado en llamar la solidaridad intergeneracional de manera directa³⁰. En este ámbito su aportación, hoy por hoy, es extremadamente significativa. Basta pensar en los problemas de empleo de las generaciones más jóvenes, incapaces de poder comprarse una vivienda y abandonar el hogar de los padres, muchas veces jubilados, que hacen necesaria la solidaridad de los mayores para con sus hijos, a quienes tienen que apoyar hasta el extremo, muchas veces, de descapitalizarse, lo cual puede llegado el caso extremo incluso restarles independencia económica; o caiga se en la cuenta del creciente número de cargas familiares que han de soportar muchísimos ancianos, en quienes, además del inevitable cuidado del cónyuge en caso de enfermedad o incapacidad, recae una buena parte del peso de la crianza de los nietos, y, de forma creciente, el cuidado de sus propios progenitores de muy avanzada edad.

²⁹ Se ha de tener en cuenta que no es lo mismo fomentar el envejecimiento activo entre las personas al borde de la jubilación que entre las octogenarias o de mayor edad.

³⁰ Así se ha puesto de relieve por numerosos estudios. Véase P. Sánchez Vera: "la solidaridad intergeneracional", en *Tendencias en Desvertebración Social y Política de la Solidaridad*, Ed. Sistema, Madrid, 2003.

Qué decir tiene que con ese estilo de vida las personas mayores contribuyen al buen funcionamiento de la sociedad en su conjunto, pero no sólo eso: la participación de la persona mayor tiene una gran importancia para el propio individuo porque la actividad en general, y la actividad social en particular, tiene un beneficio muy positivo en su salud y más aún en su autoestima. Las personas mayores activas y participativas reconocen sentirse más útiles y valoradas por los demás, se sienten parte de algo y, de esta manera, están más protegidas contra la pérdida del rol social y el aislamiento.

Por otro lado, participar en distintos ámbitos de la comunidad forma parte fundamental del ejercicio de ciudadanía en las sociedades democráticas, y los mayores, ciudadanos como cualesquiera otros, no pueden quedar excluidos. Nuestra Constitución así parece reconocerlo en su artículo 9.2 cuando habla de “...*facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”.

Por parte de los organismos internacionales las llamadas de atención al respecto son constantes. Prueba de ello es la Resolución 46/91 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de diciembre de 1991 que, como vimos, incluye entre los Principios de las Naciones Unidas a favor de las personas mayores, el de participación. Referido al mismo declara lo siguiente:

“Las personas mayores deberá permanecer integradas en la sociedad, participar activamente en la formulación y la aplicación de las políticas que afecten directamente a su bienestar y poder compartir sus conocimientos y habilidades con las generaciones más jóvenes; poder buscar y aprovechar oportunidades de prestar servicios a la comunidad y de realizar acciones de voluntariado en puestos apropiados a sus intereses y capacidades; poder formar movimientos o asociaciones de personas mayores”.

También la Declaración Política de la II Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento Activo, celebrada en Madrid en el año 2002, dentro de la Declaración Política hacía referencia igualmente en algunos de sus artículos a la importancia de la participación en general o concretada en distintos ámbitos. A título de ejemplo, cabe citar el artículo 10 que resume muy bien todo lo que venimos diciendo:

“El potencial de las personas de edad es una sólida base para el desarrollo futuro. Permite a la sociedad recurrir cada vez más a las competencias, la experiencia y la sabiduría que las personas de edad aportan, no sólo para asumir la iniciativa de su propia mejora sino también para participar activamente en toda la sociedad”.

En definitiva, las personas mayores tienen derecho a ser protagonistas de la vida política y social de su comunidad. Gozan de capacidad para ello y desempeñan un importante papel en la modernización de la sociedad. Desde luego, en España la contribución de los abuelos a la incorporación de la mujer al trabajo está siendo esencial.

La Ley 6/1999, de Atención y Protección a las Personas Mayores, dedica su Título II a la participación de las personas mayores, tratando de desarrollar el mandato constitucional a los poderes públicos de facilitar, promover e incentivar su participación como ciudadanos. Y, como la participación debe ir más allá del ámbito privado para pasar a tener un reconocimiento mayor en las instituciones a través, según el caso, de órganos consultivos, de cogestión, de control y de codirección, que faciliten la aportación en determinadas cuestiones de la visión, el saber y la experiencia de las personas conforme van envejeciendo, la Ley 6/1999, atiende la participación institucional de las personas mayores a través de los Consejos de Mayores (art. 5 Ley 6/1999), al mismo tiempo que obliga a las de las Administraciones Públicas de Andalucía a promover el desarrollo del voluntariado de mayores como forma de participación en los diversos campos donde interviene el voluntariado así como grupos de ayuda mutua, dentro del propio colectivo (art. 6 Ley 6/1999).

2. Los Consejos de Mayores de la Comunidad Autónoma Andaluza

Consciente de lo importante y beneficioso que es participar en las decisiones que conciernen a cada persona, la Ley 6/1999 obliga a las Administraciones Públicas de Andalucía a establecer los cauces normativos y las medidas necesarias para garantizar la participación de las personas mayores en la planificación y seguimiento de las medidas de política social que les afecten específicamente (art. 5.1 Ley 6/1999); al tiempo que consagra a los Consejos de Mayores como los órganos de participación institucional de las personas mayores en el ámbito autonómico, provincial y local (art. 5.2 de la Ley 6/1999).

Son, pues, los Consejos de Mayores los que asumen las funciones de representación, asesoramiento y elaboración de propuestas de actuación a las Administraciones Públicas en el sector de las personas mayores; sin negar por ello el papel que pueden jugar al efecto las organizaciones, sindicatos y asociaciones donde se integren las personas mayores, que necesariamente tendrán que ser tenidas en cuenta a la hora de la toma de decisiones en aquellos temas que específicamente les afecten (art. 5.3 Ley 6/1999).

Los Consejos de Mayores se crearon con la aprobación de la Orden de 16 de diciembre 1993, dictada por la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía. Como declaraba en su Exposición de Motivos, su objetivo era establecer un cauce institucional que diera respuesta a la necesidad de incrementar la participación social de las personas mayores en Andalucía, de acuerdo con lo establecido en los artículos 2.4 y 11.2 de la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía³¹, y siguiendo la recomendación de la

³¹ Según contempla el artículo 2.4 de la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, el Sistema Público Servicios Sociales tiene como uno de sus principios informadores el de la participación social, cuya importancia aumenta para el colectivo de las personas mayores, al determinarse en el artículo 11.2 como objeto de los Servicios Sociales Especializados dirigidos a este sector, el “promover su integración y participación en la sociedad”.

Declaración de Principio del Consejo de la Unión Europea y de los Ministros de Asuntos Sociales Europeos, de 6 de diciembre de 1993, en la que se pide a los Estados miembros que fomenten “en todos los sectores de la sociedad, la plena participación de las personas de edad avanzada en la vida social”, se crean el Consejo Andaluz de Mayores y los Consejos Provinciales de Mayores, que se adscriben al Instituto Andaluz de Servicios Sociales³².

Los Consejos de Mayores se configuran, pues, como órganos de participación sectorial, con el objeto facilitar la participación de las personas mayores en el ámbito de la política social de la Comunidad Autónoma Andaluza, uno: el Consejo Andaluz de Mayores; y, a nivel provincial, otros: los Consejos Provinciales de Mayores. Una tarea para cuya consecución sin duda ayuda su composición, ya que en ellos están representados todas las entidades y organismos con competencias en este sector, en uno y otro ámbito. En la actualidad se regulan en el Decreto 277/1995, de 7 de noviembre.

De acuerdo con el artículo 5 del Decreto 277/1995, en el Consejo Andaluz de Mayores intervienen: 1. las Administraciones Públicas con competencias que afecten al colectivo de personas mayores en el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza; 2. las Asociaciones de Mayores, de ámbito regional, que cuenten con un mínimo de ochocientos asociados; 3. las Confederaciones y Federaciones de Asociaciones de Mayores de ámbito regional que cuenten, como mínimo, con ochocientos asociados y agrupen, al menos, a cuatro Asociaciones con organización propia; 4. las Organizaciones Sindicales de Andalucía que cuenten con estructuras específicas para pensionistas y/o jubilados; 5. las Entidades sin ánimo de lucro que atiendan al colectivo de mayores; 6. los mayores usuarios de Centros y Servicios de atención especializada a este colectivo; y 7. los Consejos Provinciales de Mayores; además de las personas de relevancia en el sector de las personas mayores por su trayectoria, experiencia, conocimiento u otras circunstancias (art. 5 Decreto 277/1995).

Por su parte, los Consejos Provinciales de Mayores están integrados por representantes de: 1) las Administraciones Públicas que desarrollen competencias que afecten al colectivo de personas mayores en el ámbito provincial; 2) las Asociaciones de Mayores de ámbito provincial que cuenten con un mínimo de cincuenta socios y las de ámbito supralocal que, contando con estos socios o más, desarrollen su actividad, al menos, en una Comarca o Zona de Trabajo Social; 3) las Federaciones Provinciales de Asociaciones de Mayores que

³² Por parte del Estado, un año después, el Real Decreto 2171/1994, de 4 de noviembre, creó el Consejo Estatal de las Personas Mayores, con el fin de institucionalizar la colaboración y participación del movimiento asociativo de las personas mayores en la definición, aplicación y seguimiento de las políticas de atención, inserción social y calidad de vida para este sector de población, en el ámbito de las competencias atribuidas a la Administración General del Estado. En la actualidad se regula en el Real Decreto 117/2005, con el que se ha tratado de actualizar determinados aspectos de la estructura y composición del Consejo para agilizar su funcionamiento, mejorar la eficacia de sus actuaciones y reforzar su representatividad. Para ello, se integra en dicho órgano, además de a un representante de los diferentes consejos autonómicos de las personas mayores u órganos equivalentes, a las organizaciones de ámbito territorial estatal y no estatal, de forma diferenciada, con el fin de que en el Consejo Estatal estén representadas las distintas percepciones de la problemática de las personas mayores.

agrupen, al menos, tres Asociaciones con organización propia y cuenten, como mínimo, con cien socios; 4) las Organizaciones Sindicales que cuenten con estructuras específicas para pensionistas y/o jubilados a nivel provincial; 5) las Entidades sin ánimo de lucro de la provincia que atiendan al colectivo de mayores; 6) los mayores, usuarios de los Centros y Servicios de atención especializada a este colectivo de la provincia; y, por último, por 7) los Consejos Locales de Mayores, que son órganos sectoriales de participación de las personas mayores en los asuntos municipales, que se rigen por sus normas específicas y coordinan su funcionamiento con el de los Consejos Provinciales de Mayores (art. 11 Decreto 277/1995).

Tanto el Consejo Andaluz de Mayores, como Consejos Provinciales de Mayores actúan en Pleno o en Comisión Permanente, y lo hacen de acuerdo con las normas contenidas en su Reglamento de Funcionamiento y, en todo caso, conforme a lo establecido a estos efectos para los órganos colegiados por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Las reuniones son periódicas: el Pleno se reúne, al menos, semestralmente, y debe convocarse cuando lo solicite un tercio de sus miembros o la Comisión Permanente. La Comisión Permanente, por su parte, se reúne, al menos, trimestralmente.

Cabe destacar también que, tanto en el Consejo Andaluz de Mayores como en los Consejos Provinciales de Mayores, tanto el Pleno como la Comisión Permanente podrán crear Comisiones de Trabajo, a las que podrán asistir los expertos que se estime conveniente convocar, para asesorar a los mismos en el cumplimiento de sus funciones.

Las Funciones del Consejo Andaluz de Mayores y de los Consejos Provinciales de Mayores, en sus respectivos ámbitos territoriales, son muy diversas, y todas ellas de gran relevancia, de ahí que consideremos conveniente reproducir aquí la extensa numeración que de las mismas hace el artículo 2 Decreto 277/1995:

- “1. Cooperar con las Entidades públicas y privadas en el desarrollo de programas, actividades y campañas informativas y de divulgación relacionadas con las personas mayores.
2. Promover el desarrollo, seguimiento y evaluación de los objetivos relacionados con las personas mayores, previstos en los distintos Planes Sectoriales de Actuación aprobados por las Administraciones Públicas.
3. Conocer y evaluar los resultados de la gestión de los recursos que se desarrollen para la atención a este colectivo y proponer la adopción de medidas para su mejora.
4. Promover estudios e investigaciones sobre aspectos relacionados con la situación y calidad de vida de las personas mayores.
5. Promover las actuaciones y medidas que impulsen y fomenten el voluntariado social por y para los mayores, así como la solidaridad intergeneracional.
6. Elaborar y remitir propuestas e informes a las distintas Administraciones Públicas en materias relacionadas, con el sector de mayores, que sean solicitados por aquéllas o que acuerde el Consejo.

7. Asesorar e informar al Consejo Andaluz de Servicios Sociales sobre aquellas materias que les sean sometidas, relacionadas con el sector de las personas mayores.
8. Favorecer la participación activa de todos los mayores andaluces actuando como interlocutor del colectivo ante los poderes públicos.
9. Fomentar el asociacionismo de las personas mayores, prestando a las organizaciones de mayores el apoyo técnico que precisen para potenciar su presencia y participación en la sociedad.
10. Promover y velar por el desarrollo de la participación social de los Usuarios en la prestación y control de calidad de los servicios y centros.
11. Participar y mantener las relaciones con los órganos y consejos de carácter consultivo de mayores que se constituyan en el ámbito de otras Administraciones Públicas.
12. Representar y velar por los intereses de las personas mayores ante las Entidades públicas y privadas”.

Aparte de estas funciones, al Consejo Andaluz de Mayores le corresponden otras más específicas, como coordinar la actuación de los Consejos Provinciales de Mayores, o participar y mantener las relaciones con los órganos y consejos de carácter consultivo de mayores que se constituyan en el ámbito regional y estatal (art. 4 Decreto 277/1995).

3. La participación de los mayores en la cultura, el ocio, el turismo y el deporte: el Programa de Turismo Social

La Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección de las Personas Mayores, en su Título VIII desarrolla los derechos de las personas mayores en materia de cultura, ocio, turismo y deporte, mediante la necesaria integración de las personas mayores en las actuaciones destinadas a toda la población, adecuándolas a las necesidades de éstas.

Para asegurar el derecho de los mayores a participar en la vida social, educativa y cultural de la Comunidad Autónoma de Andalucía, los artículos 35 y 36 de la Ley 6/1999 disponen que las Administraciones Públicas deberán favorecer el acceso a las actividades y actos culturales, de ocio y recreativas que se programen con carácter general para toda la sociedad, mediante una bonificación de los precios de los mismos a aquellas personas mayores que cumplan los requisitos que se establezcan reglamentariamente. Al tiempo que deberán realizar actividades culturales y de empleo creativo del ocio dirigidas a las personas mayores, para cuyo fin podrán firmar acuerdos y establecer colaboraciones con otras entidades y organismos, fomentando la práctica del turismo social y cultural entre las personas mayores mediante la organización de programas.

Dando cumplimiento a esta normativa, la Junta de Andalucía viene desarrollando desde hace años el Programa de Turismo Social de Personas Mayores que, con el objeto de promover el envejecimiento activo y mejorar la calidad de vida de las personas mayores andaluzas, tiene la finalidad de impulsar actividades de tiempo libre que fomenten las relaciones humanas intergeneracionales, favoreciendo el conocimiento geográfico y cultural

de Andalucía y de otras Comunidades Autónomas. A tal efecto, la Dirección General de Personas Mayores de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, mediante convocatoria anual, da publicidad, a través del Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, de la página web institucional y de sus Tablones de anuncios, de la oferta de plazas por cada modalidad de Programa, indicando asimismo el plazo para presentar la solicitud, los turnos establecidos y la distribución de plazas.

El Programa de Turismo Social se encuentra regulado por la Orden de 23 de noviembre de 2007, modificado puntualmente por Orden de 17 de noviembre 2008, que, entre otras cosas, establece los criterios para la admisión y valoración de solicitudes para la participación en el programa.

El Programa está dirigido a personas mayores que residan en la Comunidad Autónoma de Andalucía (y lo hayan sido al menos durante el año anterior a la publicación de la convocatoria), tengan cumplidos 60 años en la fecha de publicación de la correspondiente convocatoria y sean pensionistas, siempre que puedan valerse por sí mismas, no presenten alteraciones psíquicas que puedan alterar la normal convivencia y no padezcan enfermedad infecto-contagiosa. Y, como acompañantes, podrán participar el cónyuge o la pareja de hecho de la persona solicitante que se encuentren en situación de inactividad laboral; o las personas con discapacidad, con las que conviva o sobre las que tenga atribuida la patria potestad, aun cuando ni unas ni otras tengan 60 años y sean pensionistas.

La condición de pensionista en el solicitante, sin embargo, se exceptúa cuando el mismo se encuentre inactivo laboralmente, siempre que su cónyuge o pareja de hecho sea titular de una pensión y tenga cumplidos 60 años en la fecha de publicación de la correspondiente convocatoria. Modificación que ha sido introducida por la Orden de 17 de noviembre 2008, dado que se venía apreciando que el requisito de ser pensionista para acceder al Programa de Turismo Social podía estar provocando que las mujeres que no lo cumplieran, situación que se produce en un número significativo de casos, sólo pudieran acceder mediante la figura de acompañante del marido o pareja de hecho que sí son titulares de la pensión, no teniendo, en definitiva, la autonomía suficiente en la toma de decisión de participar en el Programa y haciéndolo en su caso depender de la voluntad de otra persona, lo cual contradecía claramente la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, *para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía*³³.

³³ La Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, tiene como objeto primordial hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres para, en el desarrollo de la Constitución Española y del Estatuto de Autonomía para Andalucía, seguir avanzando hacia una sociedad más democrática, más justa y más solidaria, de acuerdo con lo cual se determina que serán principios generales de actuación de los poderes públicos de Andalucía, en el marco de sus competencias, la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, en los ámbitos económico, político, social, laboral, cultural y educativo, así como la especial protección del derecho a la igualdad de trato de aquellas mujeres o colectivos de mujeres que se encuentren en riesgo de padecer múltiples situaciones de discriminación.

El Programa es financiado anualmente por los Presupuestos de la Junta de Andalucía para el ejercicio correspondiente, aunque las personas adjudicatarias de plazas y, en su caso, sus acompañantes tienen la obligación de abonar la cantidad de 52 euros por persona en concepto de derechos de participación.

Cada turno tiene una duración de cinco días, de lunes a viernes, e incluye alojamiento, manutención en régimen de pensión completa, al menos un monitor durante el traslado y otro más durante la estancia, transporte de ida y vuelta desde el punto establecido, participación en las actividades incluidas en la programación del turno y póliza colectiva de Seguros.

El procedimiento a tramitar es el que sigue: Los interesados han de presentar su solicitud según un modelo que se ha de unir a la correspondiente convocatoria como Anexo y que ha de estar disponible en las Delegaciones Provinciales y en los Centros de Día de esta Consejería, además de en la página web de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía³⁴. Una vez admitidas las solicitudes, la Dirección General

³⁴ El artículo 7 de la Orden de 23 de noviembre de 2007, se refiere al lugar de presentación de la solicitud: "1... 2. Las solicitudes debidamente cumplimentadas deberán presentarse en el Registro de las Delegaciones Provinciales de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social que corresponda al domicilio de la persona solicitante, quedándose con una copia de la misma en el momento de su entrega, sin perjuicio de que puedan presentarse por cualquiera de los medios previstos en los artículos 51.2 de la Ley 6/1983, de 21 de julio, del Gobierno y la Administración de la Comunidad Autónoma, y 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Asimismo, podrán presentarse por los interesados con firma electrónica reconocida mediante el envío telemático de los datos a través del formulario incluido en la página institucional o través de la Oficina Virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (internet). 3. El plazo de presentación se mantendrá abierto para aquellas personas que no hubieren presentado la solicitud dentro del plazo establecido en la convocatoria regulada en el artículo 9 de la presente Orden. En este caso pasarán a formar parte de las listas de espera para cubrir las posibles vacantes que pudieran producirse. 4. Los interesados podrán obtener información personalizada del procedimiento por vía telemática a través de la página web de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social".

El artículo 8 se refiere a los documentos que habrán de acompañar a la solicitud. Artículo que ha recibido nueva redacción por la Orden de 17 de noviembre 2008, una vez aprobado el Decreto 68/2008, de 26 de febrero, por el que se suprime la aportación de la fotocopia de los documentos identificativos oficiales y del certificado de empadronamiento en los procedimientos administrativos de la Administración de la Junta de Andalucía: "1. El solicitante deberá aportar informe médico, que se incluirá en el modelo de solicitud que se publicará como anexo en la resolución por la que se efectúe la convocatoria. 2. De conformidad con lo dispuesto en el Decreto 68/2008, de 26 de febrero, la declaración de datos personales relativos a la identidad y a la residencia deberán ser verificados por la Dirección General de Personas Mayores a fin de comprobar la autenticidad de los mismos. Para llevar a cabo esta verificación deberá constar la correspondiente autorización de los interesados. En caso necesario, se podrá realizar la verificación de datos a través de requerimiento, de conformidad con el artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. 3. Asimismo, la Dirección General de Personas Mayores podrá recabar la información complementaria que estime oportuna con el fin de ratificar los datos cumplimentados, previa autorización de los interesados. 4. De conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, una vez recibidas las solicitudes, si estas presentaran defectos o resultaran incompletas, la Delegación

de Personas Mayores procede a adjudicar las plazas ofertadas por orden de prelación que resulte de la aplicación de un baremo³⁵, dictando la correspondiente resolución en el plazo máximo de tres meses, contados desde el día siguiente a aquel en que finalicen los plazos de presentación de solicitudes (arts. 10 y 11 Orden 2007).

Finalmente destacar que, según establece el artículo 15 de la Orden, para la gestión y desarrollo de las modalidades del Programa, la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social podrá contar con la participación de Entidades Colaboradoras; y para su ejecución, atendiendo a razones de eficacia, podrá utilizar medios propios o contar con la participación de Empresas Públicas de la Junta de Andalucía, atendiendo a razones de eficacia.

III. LOS SERVICIOS SOCIALES COMUNITARIOS Y LOS SERVICIOS SOCIALES ESPECIALIZADOS

1. Los servicios y centros de atención a las personas mayores

A) *Un complemento y, en algunos casos, una alternativa al cuidado familiar de los ancianos*

Con la finalidad de promover el desarrollo de los individuos y grupos sociales, para la obtención de un mayor bienestar social y una mejor calidad de vida, la Ley 2/1988, de 4 de abril, *de Servicios Sociales de Andalucía*, estableció un Sistema Público de Servicios Sociales, estructurado en dos modalidades de servicios: 1. los Servicios Sociales comunitarios, dirigidos a toda la ciudadanía con la finalidad de lograr unas mejores condiciones de vida de la población; y, 2. los Servicios Especializados, orientados a determinados sectores de la población necesitados de una atención específica.

Pues bien, referido al colectivo de los mayores, el Sistema Andaluz de Servicios Sociales engloba a los servicios y centros de atención a las personas mayores de titularidad tanto pública como privada.

La Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores, en su Título III, *De los Servicios Sociales*, contiene los diferentes niveles de atención que este

Provincial de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social requerirá al solicitante para que, en el plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución dictada en los términos del artículo 42 de la mencionada Ley”.

³⁵ El Baremo figura en el Anexo de la Orden que contiene tres criterios: a) circunstancias económicas en concepto de pensión (ingresos mensuales de la persona solicitante y/o cónyuge/pareja de hecho titular de la pensión); b) edad y c) haber participado en años anteriores en el Programa.

Sistema presta a las personas mayores y obliga garantizar a éstas, en el ámbito de esos servicios y centros, la adecuada prestación de servicios, tanto comunitarios como especializados (art. 7 Ley 6/1999). Y es que aunque la Ley reconoce la importancia de la familia como pilar básico para las personas mayores, es consciente que en la sociedad andaluza actual, con la incorporación de la mujer al trabajo y los profundos cambios operados estructura tradicional de la familia, el cuidado y atención familiar de los ancianos necesariamente tiene que complementarse o sustituirse, en muchos casos, por estos servicios³⁶. Todo lo dicho, sin desmerecer el papel que juega en la sociedad andaluza la familia en el cuidado de los ancianos.

B) Medidas de apoyo familiar por parte de la Administración Pública

Frente a los cuidados prestados por los servicios formales institucionalizados, ya sean sanitarios o sociales, se encuentran los cuidadores familiares, amigos, vecinos u otras personas que afrontan la tarea de la prestación de cuidados a personas mayores dependientes sin percibir retribución económica alguna por la ayuda que ofrecen, lo que se ha venido denominando el *sistema informal de atención*.

La Ley 6/1999, reconociendo la extraordinaria importancia de estas redes de apoyo, las hace merecedoras de ayuda por parte de las Administraciones Públicas, a través de medidas y programas de información y entrenamiento en las habilidades necesarias para afrontar el cuidado de los mayores dependientes, así como medidas de soporte socio sanitarias que compensen la dedicación familiar intensiva y eviten situaciones extremas de cansancio familiar (art. 9).

La Administración de la Comunidad Autónoma Andaluza es consciente que, garantizando la calidad de vida de quienes cuidan, mejora la calidad de vida de quienes reciben sus cuidados. Una máxima que se ha puesto en práctica con el Decreto 137/2002, de 30 de abril, de *Apoyo a las Familias Andaluzas*, en el que se establecen un conjunto coherente

³⁶ En la sociedad andaluza actual, con un nuevo modelo de familia, estos servicios y centros se constituyen como una necesidad inexcusable: La estructura tradicional de la familia ha experimentado profundos cambios en los últimos tiempos se ha pasado de una familia amplia (pluripersonal), en la que convivían varias generaciones compartiendo el mismo hogar, en la que principalmente las mujeres se ocupaban de los abuelos; a una familia de dimensión reducida, la mayoría de las veces centrada solo en la pareja, que carece de medios y de estructura suficiente para atender y prestar algún servicio a los mayores. Si a esto le unimos la incorporación en los últimos años de la mujer al mercado laboral, el aumento de divorcios, de hogares unipersonales y de familias no convencionales, vemos la situación de desamparo en la que se encuentra la población anciana, cuyo cuidado y atención familiar tiene que complementarse o sustituirse, según los casos, por servicios de ayuda a domicilio o centros residenciales, etc., siendo urgente la necesidad de tomar medidas de cobertura, ya sea por parte del sector público como del sector privado (véase, E. López Díaz y S. de Paz Cobo: "El envejecimiento de la población y la Ley de Dependencia", *Diario La Ley*, Nº 7475, Sección Doctrina, La Ley, 2010.

de medidas, servicios y ayudas, en apoyo de la institución familiar desde una perspectiva global, incidiendo, entre otras cuestiones, en la protección de mayores³⁷.

El Decreto se hace eco de los numerosos cambios que la familia ha experimentado en los últimos años³⁸ y de la sobrecarga familiar, que recae aún fundamentalmente sobre las mujeres, que se pone de manifiesto en múltiples facetas de la vida familiar, y llega a la convicción de que las Instituciones Públicas deben asumir muchos de los servicios que actualmente prestan las familias, mostrando mayores cuotas de solidaridad con las mismas.

Para facilitar la vida familiar, el Decreto ha configurado un marco general que ha permitido el desarrollo de medidas concretas dirigidas a atender las necesidades específicas de los mayores de sesenta y cinco años en las familias. Se regulan medidas de carácter sanitario, medidas de carácter social en el domicilio y medidas de carácter social en centros.

Entre las medidas de carácter sanitario previstas están: 1) los cuidados a domicilio prestados por el Sistema Sanitario Público de Andalucía, de forma reglada y continuada, a todas aquellas personas mayores que lo necesiten por indicación médica; 2) el establecimiento de una red de Unidades de Fisioterapia y Rehabilitación en los Distritos de Atención Primaria de Salud, que facilita la accesibilidad de los pacientes mayores a los servicios de Fisioterapia y Rehabilitación en su propio entorno; 3) suscripción de convenios con las Corporaciones Locales de Andalucía para disponer del uso de sus instalaciones deportivas;

³⁷ Su Disposición Adicional Tercera establece que al objeto de revisar de forma continuada el presente Decreto y adaptarlo permanentemente a la realidad cambiante de las familias andaluzas, las medidas que se establecen tendrán una vigencia de cuatro años y deberán ser revisadas y adaptadas anualmente, en su caso, a las nuevas situaciones que se produzcan. Pues bien, posteriormente, los Decretos 18/2003, de 4 de febrero, 7/2004, de 20 de enero, 66/2005, de 8 de marzo y 48/2006, de 1 de marzo, han venido a dar respuesta a la revisión y adaptación, actualizando y ampliando las medidas inicialmente incluidas en la precitada Norma.

³⁸ En su Exposición de Motivos el Decreto 137/2002, de 30 de abril, de Apoyo a las Familias Andaluzas, reconoce que "En los últimos años ésta (la familia) ha experimentado numerosos cambios que han provocado fuertes modificaciones en las estructuras familiares y en las relaciones en sí mismas. De este modo, ha cambiado la relación entre padres/madres e hijos/as; ha aumentado el número de hogares, pero disminuyendo el número de personas por hogar; se ha incrementado el número de personas que viven solas y también el de las familias monoparentales. Sin embargo, las familias continúan siendo la primera expresión de solidaridad que percibe todo ser humano, constituyen el ejemplo más básico de organización social existente, y por ello merecen la máxima valoración social y el más importante y directo apoyo por parte de las Instituciones Públicas. Como resultados de la adaptación de las familias a los cambios sociales, actualmente existen diferentes modelos o estructuras familiares. Entre otras, la denominada nuclear conyugal, las unipersonales, las monoparentales y las parejas de hecho. Todas estas formas de familias tienen el mismo valor, todas se merecen el mismo respeto e idéntica protección y reconocimiento, y todas responden al derecho de las personas de constituir núcleos afectivos y de convivencia que colmen sus expectativas y deseos. La inmensa mayoría de los/las andaluces/as valora la familia por encima de cualquier otra institución. Por ello, los cambios en las estructuras familiares definidos anteriormente no son debidos a disfunciones de la sociedad, sino a una transformación de la misma. Una transformación que va unida a: nuevos modelos de familias, el envejecimiento de la población por una mayor esperanza de vida, la equiparación social de mujeres y hombres y la permanencia de los/as jóvenes en el núcleo familiar hasta edades avanzadas".

4) la implantación del Plan Andaluz de Alzheimer para hacer frente a los problemas que plantea dentro de la familia y del hogar el padecimiento de la enfermedad por alguno de sus componentes³⁹; o, 5) el derecho de las personas mayores de sesenta y cinco años al Examen de Salud anual, que incluye aquellas actuaciones sanitarias dirigidas a un diagnóstico precoz de enfermedades, así como aquellas intervenciones precisas, destinadas a la protección de la salud y a la promoción de hábitos de vida saludable⁴⁰.

Como medidas de carácter social en el domicilio, se contemplan las ayudas destinadas a mejorar la seguridad y adecuación funcional de las viviendas que constituyan residencia habitual y permanente de personas mayores⁴¹.

Y, finalmente, por lo que se refiere a las medidas de carácter social en centros se prevén: 1) la adecuación de los Centros de Día para incrementar la calidad y oferta de servicios y actividades, con la finalidad de mejorar la atención a los mayores y permitir a sus familiares compaginar sus responsabilidades laborales con el cuidado de estas personas; 2) el servicio de comedor ofrecido en los Centros de Día todos los días laborables⁴²; 3) los programas de estancia diurna y de respiro familiar; 4) el incremento del número de plazas en los Centros Residenciales para mayores en situación de dependencia; o 5) el desarrollo actividades que permitan la aplicación de las nuevas tecnologías para la atención socio sanitaria a la dependencia y para la promoción del envejecimiento activo.

³⁹ Las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en aplicación de medidas del Plan Andaluz de Alzheimer previstas en el Decreto 137/2002, de Apoyo a las Familias Andaluzas, se establecen en la Orden de 7 de abril 2008.

⁴⁰ Véase el Título IV de la Ley 6/1999, *De la Atención Sanitaria*, en el que se regulan los objetivos de dicha atención dentro del marco del Sistema Público Andaluz de Salud. Y el Título V, *De la atención sociosanitaria*, donde afronta un espacio novedoso de atención integral a las personas mayores que precisan de cuidados conjuntos de salud y servicios sociales, y que comprende, entre otras prestaciones, las siguientes: atención domiciliaria, atención en períodos de convalecencia y rehabilitación, cuidados paliativos, atención en estancias diurnas y atención de larga duración (art. 27).

⁴¹ En este sentido el artículo 30.3 de la Ley 6/1999, obliga a las Administraciones Públicas Andaluzas a impulsar el fomento, a través de ayudas y subvenciones, de programas para la adaptación de viviendas a las necesidades de las personas mayores y de programas de intercambio de viviendas, con la finalidad de lograr que el domicilio habitual de la persona mayor reúna las mejores condiciones posibles de acceso, habitabilidad y proximidad a su entorno habitual.

⁴² El servicio de comedor y la oferta de actividades continuadas en los Centros de Día para Personas Mayores de la Administración de la Junta de Andalucía se regula en la Orden de 6 de mayo 2002. La Dirección General de Personas Mayores en su Resolución de 10 de febrero 2012 ha establecido el precio máximo del servicio de comedor en los Centros de Día para Personas Mayores de la Administración de la Junta de Andalucía en 4,83 euros, por aplicación del incremento del Índice de Precios al Consumo del año 2011 correspondiente al 2,4%; y para los titulares de la Tarjeta Andalucía Junta Sesentaycinco, Modalidad Oro, en 2,42 euros.

C) *Derechos y deberes de los usuarios de los servicios y centros sociales*

Claro que las Administraciones Públicas tienen la obligación de velar por la calidad de las prestaciones a recibir por las personas mayores en los servicios y centros sociales, y por que en éstos se respeten los derechos de los usuarios⁴³. Por tal razón, el artículo 10 Ley 6/1999, prevé que la creación, construcción, modificación sustancial, puesta en funcionamiento y cierre de estos servicios y centros han de estar sometidos al régimen de autorización administrativa; y después, su funcionamiento, a control por parte de la inspección de servicios sociales.

Como contrapartida a los derechos que se les garantizan, los usuarios de los centros y servicios tienen unos deberes que cumplir. Están especialmente obligados a observar una conducta inspirada en el mutuo respeto, tolerancia y colaboración, encaminada a facilitar una mejor convivencia, entre los usuarios y el personal que presta sus servicios en los centros; respetar los derechos de los demás usuarios; cumplir las normas que rijan el funcionamiento del centro⁴⁴; y, además, habrán de abonar el importe de las liquidaciones de estancias o los precios de los servicios que se establezcan (art. 21 Ley 6/1999), participando en el coste de los servicios, en función de las capacidades económicas.

La cuota a sufragar por parte de los usuarios se calcula en función de sus capacidades económicas. Por eso, para permitir el cálculo se obliga a los usuarios a que declaren su situación patrimonial, computándose a tal efecto tanto las rentas y bienes de la persona mayor como los de aquéllos obligados a prestarle alimentos (art. 22.2 Ley 6/1999).

⁴³ El catálogo de los derechos es muy amplio. Además de los derechos que a los usuarios de estos servicios reconocen la Constitución española y el resto del ordenamiento jurídico, el artículo 20 de la Ley 6/1999, recoge los siguientes: 1. Derecho a la intimidad y no divulgación de los datos personales que figuren en sus expedientes o historiales. 2. Derecho a la integridad, física y moral, y a un trato digno tanto por parte del personal del centro o servicio como de los otros usuarios. 3. Derecho a no ser discriminados en el tratamiento por razón de edad, nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. 4. Derecho a la información y a la participación de forma que, en todos los servicios y centros de servicios sociales, funcionen los mecanismos de participación de los usuarios o de sus representantes legales que se establecerán en el desarrollo reglamentario de la presente Ley. 5. Derecho a una atención individualizada acorde con sus necesidades específicas. 6. Derecho a que se les faciliten las prestaciones sanitarias, farmacéuticas, así como a los tratamientos técnico-científicos y asistenciales que corresponda al servicio o centro según su finalidad y conforme a las necesidades del usuario. 7. Derecho a mantener relaciones interpersonales, incluido el derecho a recibir visitas, siendo obligación de la dirección de los centros promover las relaciones periódicas con sus familiares, tutores o curadores. 8. Derecho a cesar en la utilización de los servicios o en la permanencia en el centro por voluntad propia, salvo cuando ello venga excluido por lo previsto en la normativa que resulte de aplicación. 9. Derecho a ser protegidos por ley, tanto ellos como sus bienes, cuando como consecuencia de la pérdida de sus facultades mentales, pierdan su capacidad de autogobierno, tanto si están en una institución como en el ámbito familiar.

⁴⁴ Todos los recursos públicos y privados de estancia y alojamiento para personas mayores situados en la Comunidad Autónoma de Andalucía tienen que disponer de un reglamento de régimen interior regulador de su organización y funcionamiento, normas de convivencia, órganos de participación y derechos y deberes de los residentes del centro (art. 8 Ley 6/1999).

Eso sí, las personas que carezcan de recursos suficientes para abonar su importe tendrán derecho a la exención o bonificación del pago del coste de los servicios que reciban, sin perjuicio de que, en cualquier caso, la Administración haya de regular el reconocimiento de deuda contraída por las personas mayores sin renta pero con patrimonio (art. 22. 1 y 3 Ley 6/1999).

2. Los Servicios Sociales Comunitarios: especial referencia a la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco y al Servicio Andaluz de Teleasistencia

A) El primer nivel de atención a los mayores

Los Servicios Sociales Comunitarios constituyen la estructura básica del Sistema de Servicios Sociales de Andalucía y representan el primer nivel de atención al sector de mayores (art. 11 Ley 6/1999) y actúan tanto en el ámbito individual como de grupo, dando apoyo a las asociaciones de personas mayores y a sus familiares (art. 13.3 Ley 6/1999).

Esta atención específica se desarrolla desde la Red de Centros de Servicios Sociales Comunitarios, cuya gestión y coordinación corresponde a los Ayuntamientos, por delegación de la Junta de Andalucía, en los municipios de más de 20.000 habitantes (art. 19 Ley 2/1988); y, a las Diputaciones Provinciales, en los de hasta 20.000 habitantes (art. 19 Ley 2/1988)⁴⁵.

El objetivo básico de los Servicios Sociales Comunitarios para las personas mayores es el de promover su integración y participación en la sociedad, favoreciendo el mantenimiento en su medio habitual y evitando su marginación (art. 12 Ley 6/1999). Para ello, se trata de atender a las necesidades de las personas mayores mediante la información sobre los recursos existentes, la gestión de prestaciones, la ayuda a domicilio y, en general, mediante la atención especial a personas con problemas de integración social (art. 13.2 Ley 6/1999). Más aún, puesto que la Administración de la Junta de Andalucía es consciente que a las demandas sociales de las personas mayores se ha de dar respuesta no sólo con una mejora de las prestaciones existentes, sino también adaptándolas a las necesidades específicas de sus destinatarios, se opta por dispensar prestaciones y servicios mediante actuaciones personalizadas, polivalentes, integradoras, complementarias, técnicas y preventivas tendentes a mejorar su calidad de vida (art. 13.1 Ley 6/1999).

En esta línea, con la finalidad de establecer un sistema más ágil de acceso a las prestaciones y servicios a los que tienen derecho las personas mayores, poniendo fin a múltiples trámites y procedimientos administrativos a cumplimentar por éstos, se crea la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco.

⁴⁵ En cada Zona de Trabajo Social debe existir un Centro de Servicios Sociales, ubicado en el municipio de cabecera, dotado de los medios humanos y materiales precisos.

B) Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco

La Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco permite a sus titulares, mediante ese solo documento, personal e intransferible, hacer uso de las prestaciones y servicios establecidos al efecto en el ámbito de los Servicios Sociales de la Junta de Andalucía, así como de los que puedan derivarse de la suscripción de Convenios con otras Administraciones o Entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales.

La concesión y uso de esta tarjeta Andalucía se regula en el Decreto 76/2001, de 13 de marzo, que, con la idea de que quienes tengan una menor capacidad económica puedan ser objeto de un tratamiento especialmente favorable, distingue dos modalidades de tarjeta:

- 1) La Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco, destinada, con carácter general, a las personas que, habiendo cumplido sesentaycinco años, estén empadronadas en cualquier municipio de Andalucía. Y,
- 2) La Tarjeta Andalucía Junta sesenta y cinco Oro, destinada a las personas que, cumpliendo estos requisitos, tengan unos ingresos anuales y personales inferiores al 75% del Salario Mínimo Interprofesional.

Todas las tarjetas tendrán una vigencia de cinco años y serán susceptibles de renovación, siempre y cuando no se hayan alterado las circunstancias tenidas en cuenta para su concesión.

Entre las prestaciones a las que podrán acceder los titulares de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco destaca, por su transcendencia y operatividad, el Servicio Andaluz de Teleasistencia.

C) El Servicio Andaluz de Teleasistencia

El Servicio Andaluz de Teleasistencia ha sido asumido por la Fundación Andaluza de Servicios Sociales, como Entidad Colaboradora de la Consejería de Asuntos Sociales, que actúa según las normas de Derecho privado y, a la que los titulares de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco interesados en disponer del Servicio deberán solicitar el alta en el mismo, por teléfono o mediante escrito.

Se regula en la Orden de 10 de enero 2002, dictada por la Consejería de Asuntos Sociales, como un sistema de atención personalizada basado en las nuevas tecnologías de la comunicación, que permite a sus usuarios mantener el contacto verbal a través de la línea telefónica, durante veinticuatro horas todos los días del año, con un Centro receptor atendido por personal específicamente cualificado para ello (art. 2); y que está dirigido a: 1) conseguir y mantener el mayor grado de autonomía e independencia de las personas mayores en su domicilio; 2) favorecer la permanencia e integración de las personas mayores en el entorno familiar y social en el que desarrollan su vida, evitando con ello situaciones de desarraigo y el ingreso innecesario en instituciones; 3) proporcionar a las personas ma-

yores seguridad y una atención rápida en casos de emergencia, y, 4) constituir un medio de apoyo a las familias que asuman el cuidado de personas mayores (art. 3).

Para el cumplimiento de estos objetivos, el Servicio Andaluz de Teleasistencia garantiza a los usuarios las siguientes prestaciones básicas, además de las complementarias derivadas de los convenios que puedan suscribirse con cualesquiera Entidades públicas o privadas: 1) atención directa, promoviendo la movilización de los recursos necesarios ante situaciones de emergencia; 2) contacto periódico con los usuarios del Servicio, aportándoles confianza, seguridad y compañía; 3) seguimiento personal de cada usuario, que garantice una mejor prestación del Servicio; e 4) información sobre las prestaciones y servicios ofrecidos por el Sistema Andaluz de Servicios Sociales (art. 4).

A cambio, los usuarios han de contribuir a la financiación del Servicio pagando a la Fundación Andaluza de Servicios Sociales una tarifa, periódicamente revisable, que aprueba el titular de la Dirección Gerencia del Instituto Andaluz de Servicios Sociales, y que admite bonificaciones del 100% para los titulares de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco, en cualquiera de sus modalidades, mayores de ochenta años y que vivan solos; y titulares de dicha Tarjeta en su modalidad Oro que vivan solos, o que vivan exclusivamente con otro/s titular/es de esa misma modalidad; del 80% para el resto de titulares de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco Oro, y del 40% para los demás titulares de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco distintos de los anteriores⁴⁶.

3. Los Servicios Sociales Especializados. Hacia los Centros de Participación Activa para personas mayores

Los Servicios Sociales Especializados son instrumentos para la atención a las personas mayores, dirigidos a posibilitar su integración social y, como tales, deben establecerse en los ámbitos más próximos al ciudadano para evitar situaciones de desarraigo (art. 14 Ley 6/1999).

A) Instrumentos previstos en la Ley 6/1999

De acuerdo con la Ley 6/1999, los Servicios Sociales Especializados para Mayores se estructuran fundamentalmente a través de centros de día; unidades de estancias diurnas, viviendas tuteladas y centros residenciales.

⁴⁶ Además de con las aportaciones de los usuarios, el Servicio Andaluz de Teleasistencia se financia con cargo a los presupuestos de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales, así como con las aportaciones económicas provenientes de las Entidades públicas y privadas que a tal efecto suscriban con aquélla el correspondiente Convenio de colaboración. La prestación del Servicio estará limitada, en todo caso, a la existencia de disponibilidad presupuestaria a tal fin.

- 1) Los Centros de día se configuran como centros de promoción de bienestar de las personas mayores, tendentes al fomento de la convivencia, la integración, la participación, la solidaridad y la relación con el medio social, pudiendo servir, sin detrimento de su finalidad esencial, de apoyo para la prestación de servicios sociales a otros sectores de la población (art. 15 Ley 6/1999).
- 2) Las Unidades de estancias diurnas están destinadas a prestar una atención integral durante parte del día a personas mayores con un grado variable de dependencia física o psíquica. Su objetivo es mejorar o mantener el nivel de autonomía personal de los usuarios y apoyar a las familias o cuidadores que afrontan la tarea de atenderlos (art. 16 Ley 6/1999).
- 3) Las viviendas tuteladas son aquéllas destinadas a personas mayores que posean un grado suficiente de autonomía personal y se configuran como pequeñas unidades de alojamiento y convivencia ubicadas en edificios o zonas de viviendas normalizadas, sometidas al cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa sobre centros de servicios sociales, y supervisadas por una entidad de servicios sociales, tanto de carácter público como privado (art. 17 Ley 6/1999). Y,
- 4) Los Centros residenciales son centros de alojamiento y de convivencia que tienen una función sustitutoria del hogar familiar, donde se presta a la persona mayor una atención integral, ya sea de forma temporal o permanente, si bien las Administraciones Públicas deben fomentar las estancias temporales, entendiéndose éstas como la permanencia por un período de tiempo predeterminado (art. 18 Ley 6/1999).

Existe también programas dirigidos a favorecer la permanencia de la persona mayor en su entorno, tales como:

- 1) La Integración Familiar, destinado a fomentar la integración del mayor en su propia familia u otras familias, en caso de que la persona mayor se encuentre solo y existan familias que deseen atenderlos e integrarlos en su propia unidad familiar.
- 2) El Alojamiento de Jóvenes con Personas Mayores, dirigido a promover la estancia de jóvenes con personas mayores que, por sus circunstancias, se encuentren solos y deseen dar alojamiento a estas personas.
- 3) Viviendas Compartidas, destinadas a dar alojamiento a varias personas ya sean mayores o a jóvenes y mayores indistintamente, siempre que su grado de autonomía les permita esta convivencia. Y,
- 4) Otros análogos (art. 19 Ley 6/1999).

B) Los nuevos Centros de Participación Activa para personas mayores

Tratando de dar respuesta a las nuevas exigencias sociales orientadas hacia la promoción y protección integral de las personas mayores, posibilitándoles el acceso a oportunidades de salud, participación, formación y seguridad, mejorando su calidad de vida global, la red de Centros de Día para personas mayores de titularidad de la Administración de la Junta de Andalucía se han configurado, actualmente, como centros de promoción e impulso de los programas de envejecimiento activo diseñados por la Administración autonómica⁴⁷. Ante esta realidad imperante, y acorde con la superación de la concepción tradicional de los Centros de Día para personas mayores, se ha hecho imprescindible modernizarlos.

La modernización de los Centros de Día para personas mayores se ha llevado a cabo mediante el Decreto 72/2012, de 20 de marzo, que ha aprobado su nuevo Estatuto y, con el que pasan a denominarse Centros de Participación Activa para personas mayores.

a) Definición y finalidad de los Centros de Participación Activa

Los Centros de Participación Activa se definen como centros de promoción del bienestar de las personas mayores, tendentes al fomento de la convivencia, la integración, la participación, la solidaridad y la relación con el medio social, configurándose de modo primordial como un instrumento esencial para la promoción y desarrollo del envejecimiento activo, sin perjuicio de que puedan servir también de apoyo para la prestación de servicios sociales a otros sectores de la población en el ámbito del envejecimiento activo.

Y para el cumplimiento de sus finalidades, se prevé que puedan desarrollarse en los centros cuantas actividades y servicios sean necesarios para dar cumplimiento a los Planes Estratégicos de las políticas de envejecimiento activo aprobados por la persona titular de la Consejería competente en materia de servicios sociales con la participación del Consejo Andaluz de Mayores, así como cualquier otra actividad y servicio previstos en los Planes Provinciales Anuales aprobados por las personas titulares de las Delegaciones Provinciales de la Consejería competente en materia de servicios sociales que deberán incluir las diferentes áreas de actuación a desarrollar en los Centros de Participación Activa, y que se concretarán en los programas de envejecimiento activo que conformarán los diferentes Programas Anuales de Actividades de los centros.

⁴⁷ Cabe citar a título de ejemplo, el artículo 30.3 del Decreto 137/2002, de 30 de abril, de Apoyo a las Familias Andaluzas, en el que se prevé que en cada Centro de Día, en horario de mañana y tarde, de lunes a viernes, se programarán actividades continuadas de carácter recreativo, educativo, de desarrollo artístico y análogos. La realización de estas actividades se acomodará a la demanda existente.

b) *Adquisición de la condición de persona socia o usuaria de los Centros de Participación Activa para las personas mayores: sus derechos y deberes*

Como novedad importante, con el nuevo Estatuto se introduce la figura de la persona usuaria, eliminándose cualquier referencia al requisito de ser pensionista para adquirir la condición de persona socia o usuaria del Centro de Participación Activa. Y así, en su artículo 4 se dispone que tendrán derecho a obtener la condición de persona socia de los Centros de Participación Activa quienes teniendo vecindad administrativa en Andalucía, sean mayores de sesenta años (condición que se extiende tanto al cónyuge de la persona socia, como la persona unida a ésta por análoga relación de afectividad, que no la perderán aunque la pierda el socio –artículo 7.2 Estatuto–); y aquella persona solicitante que sea mayor de cincuenta y cinco años, que justifique documental y suficientemente los efectos favorables derivados de la adquisición de tal condición, ante la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales⁴⁸.

Como regla general, para adquirir la condición de persona socia o usuaria de los Centros de Participación Activa, quienes lo soliciten deberán tener su domicilio en la zona de influencia correspondiente al centro solicitado que haya sido determinada por Consejería competente en materia de servicios sociales. Excepcionalmente, sin embargo, previo informe de la Dirección del centro y valoradas las circunstancias concurrentes, se podrá reconocer la condición de persona socia o usuaria a quien no pertenezca a la zona de influencia del centro. Asimismo, durante su estancia en Andalucía y de manera temporal, podrá adquirir la condición de persona usuaria, la oriunda de Andalucía que, siendo mayor de sesenta años, resida en otros territorios de España o incluso en el extranjero, consiguiendo, de esta manera, que los andaluces mayores en el exterior participen en la vida cultural y social de Andalucía.

⁴⁸ Precisamente es ésta Delegación Provincial de la Consejería, a la que habrá de remitirse la solicitud, la que ostenta la competencia para el reconocimiento de la condición de persona socia o usuaria. Tendrá que dictar y notificar su resolución en el plazo un mes desde la entrada de la solicitud en dicho órgano. Una resolución que será susceptible de recurso de alzada, y los efectos del silencio administrativo serán estimatorios.

Se prevé que mediante Orden de la persona titular de la Consejería competente se apruebe un modelo de solicitud para la adquisición de la condición de persona socia o usuaria, que habrá de estar disponible en las correspondientes Delegaciones Provinciales de dicha Consejería y en los Centros de Participación Activa así como en la página web de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía.

Las solicitudes debidamente cumplimentadas deberán presentarse en el Centro de Participación Activa para el que se solicita el reconocimiento sin perjuicio de lo previsto en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en los artículos 82 y 83 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía. Asimismo, podrán presentarse por los interesados con firma electrónica reconocida mediante el envío por medios telemáticos de la solicitud y de los documentos que la acompañen a través del formulario incluido en la página web o través de la Oficina Virtual de la Consejería competente en materia de servicios sociales, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (art. 6 Decreto 72/2012).

La condición de persona socia o usuaria sólo se puede ostentar en un Centro de Participación Activa, lo que no va a impedir que puedan utilizarse los servicios y participar de las actividades de otros Centros de Participación Activa, previa autorización de la Dirección de éstos (art. 5 Estatuto)⁴⁹.

Adquirida la condición de persona socio o usuario, el Director del Centro le facilitará una identificación acreditativa e incluirá sus datos identificativos en el fichero de personas usuarias del Centro⁵⁰. Desde ese momento podrá participar en los programas de promoción del envejecimiento activo que se desarrollen en el centro correspondiente; utilizar de forma correcta y adecuada las instalaciones y servicios del centro; formar parte de las Comisiones que se constituyan para la organización de los programas de envejecimiento activo; elevar propuestas y quejas; asistir a la Asamblea General y tomar parte en sus debates con voz y voto, etc. Esto del lado de los derechos, del lado de los deberes están, entre otros, la obligación de observar las normas de convivencia del centro; el cumplimiento de las instrucciones de la Dirección del centro en el ejercicio regular de sus funciones y los acuerdos de la Junta de Participación y de Gobierno y de la Asamblea General; o el abono puntual, en el marco de lo previsto en el Programa Anual de Actividades, del importe de las actividades sujetas a participación económica, que va a variar dependiendo de la capacidad económica del obligado.

c) Los órganos de participación y representación

Con el nuevo Estatuto se refuerza el principio de participación mediante la atribución de nuevas funciones y facultades a los órganos que integran la estructura de los Centros de Participación Activa para personas mayores, reconociéndose a las personas socias y usuarias un derecho de participación más amplio en éstos.

Los órganos de participación y representación de los Centros de participación activa son la Asamblea General y la Junta de Participación y de Gobierno (art. 12 Estatuto). La Asamblea General es el máximo órgano de participación, integrado por todas las personas socias y usuarias del centro (art. 13), al que corresponde elegir, de entre las personas socias de mayor edad que así lo solicitaran, la Junta de Participación y de Gobierno de carácter

⁴⁹ Consecuente con ello, la condición de persona socia o usuaria de un Centro de Participación Activa se perderá por reconocimiento de la condición de persona socia o usuaria en otro Centro de Participación Activa. También se perderá a petición propia, por imposición de sanción que lleve aparejada la pérdida de tal condición, por fallecimiento de la persona socia o usuaria; o por cualquier otra causa que impida el disfrute de los derechos implícitos a la condición de persona socia o usuaria (art. 7 Estatuto).

⁵⁰ Se establece la obligatoriedad de someter el régimen de tratamiento y protección de los datos identificativos de las personas que figuren en los respectivos ficheros de personas socias y usuarias a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, con el objeto de garantizar las libertades públicas y los derechos fundamentales de éstas y especialmente su honor e intimidad personal y familiar (art. 9 Estatuto).

provisional; aprobar, en su caso, la gestión de la Junta de Participación y de Gobierno; proponer las modificaciones o innovaciones en el Programa Anual de Actividades del centro; y aprobar el Proyecto de Reglamento de Régimen Interior regulador de la organización y funcionamiento del Centro (art. 19 Estatuto).

Puede reunirse en sesión constitutiva, ordinaria y extraordinaria. La sesión constitutiva se convocará por la Dirección del Centro para elegir la Junta de Participación y de Gobierno de carácter provisional; y las sesiones ordinarias y extraordinarias serán convocadas por la Dirección del centro conjuntamente con la Presidencia de la Junta de Participación y de Gobierno. En sesión ordinaria se reunirá dentro del primer semestre de cada año natural para, entre otras cosas, recibir información del cumplimiento de los objetivos de los programas de envejecimiento activo llevados a cabo en el año anterior, y para aprobar, en su caso, el balance de gestión de la Junta de Participación y de Gobierno del ejercicio anterior. Y en sesión extraordinaria se reunirá cuantas veces sea necesario, y siempre que así lo solicite la Dirección del centro, dos tercios de los miembros de la Junta de Participación y de Gobierno, o un quince por ciento de las personas socias y usuarias.

A las sesiones de la Asamblea General podrán asistir, con voz pero sin voto, dos representantes de la Administración titular y una persona representante del Consejo Local de Personas Mayores del municipio, debiendo ser convocados al efecto, así como cualquier otra persona que a propuesta de la Dirección del centro o de la Junta de Participación y de Gobierno haya sido autorizada por la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales. Salvo excepciones, los acuerdos de la Asamblea se adoptarán por mayoría simple de los presente (arts. 15 y 18 Estatuto).

La Junta de Participación y de Gobierno, por su parte, es el órgano de representación de las personas socias y usuarias del centro, e interlocutor y colaborador con la Dirección del centro en la ejecución y consecución de los objetivos de los programas de envejecimiento activo (art. 20 Estatuto).

Está integrada por la Presidencia, la Secretaría y las correspondientes Vocalías, cuyo número variará dependiendo del número de personas socias y usuarias del centro. Habrá de renovarse cada cuatro años. Precisamente, en torno al régimen de elección de los miembros de la Junta de Participación y Gobierno, el nuevo Estatuto ha introducido algunas novedades. Una relativa al sistema de listas: modifica las listas abiertas que regulaba el anterior Decreto y establece la obligatoriedad de presentar candidaturas mediante el procedimiento de listas cerradas y paritarias, con el deber de garantizar, en todo caso, el cumplimiento del principio de representación equilibrada en la composición del órgano de representación, dando así cumplimiento a lo previsto en la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía. Igualmente, otra novedad, se incorpora la obligatoriedad de constituir, durante el procedimiento de elección de los miembros de la Junta de Participación y de Gobierno, un Comité Electoral como órgano garante de la legalidad del procedimiento (arts. 32 a 53 Estatuto).

Las sesiones de la Junta de Participación y de Gobierno por la Presidencia podrán ser ordinarias y extraordinarias. Las sesiones ordinarias se celebrarán una vez al mes y las extraordinarias cuando las circunstancias así lo requieran, pudiendo la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales instar la convocatoria de una sesión extraordinaria.

Podrán asistir a las sesiones de la Junta de Participación y de Gobierno con voz pero sin voto, una persona representante del Consejo Local de Personas Mayores del municipio, así como dos representantes de la Administración titular (art. 23 Estatuto).

Los acuerdos de la Junta de Participación y de Gobierno se adoptarán por mayoría simple, decidiendo, en caso de empate, el voto de la Presidencia (art. 24 Estatuto).

Sus facultades son muchas. Le corresponde, por citar algunas:

- 1) Elegir las personas que vayan a desempeñar la Presidencia, la Secretaría y las Vocalías de área, además de las personas socias y usuarias que integrarán las Comisiones que se constituyan dentro de las correspondientes áreas de los programas de envejecimiento activo⁵¹.
- 2) Elaborar conjuntamente con la Dirección del centro, el Reglamento de Régimen Interior.
- 3) Elevar propuestas de programación de actividades a la Dirección del centro.
- 4) Conocer las previsiones presupuestarias para el desarrollo de los programas de envejecimiento activo.
- 5) Conocer el régimen de precios de los distintos servicios que existan en el centro fijados por la correspondiente Delegación provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales y proponer a ésta mejoras sobre el funcionamiento de los mismos.
- 6) Recibir comunicación de la Dirección del centro de los procedimientos disciplinarios que se sigan por la presunta comisión de alguna de las faltas contempladas en el Título V.
- 7) Solicitar copia de las actas aprobadas en las sesiones del Pleno y de la Comisión Permanente del Consejo Andaluz de Mayores, así como del respectivo Consejo Provincial de Mayores; etc. (art. 25 Estatuto).

⁵¹ En todo caso en cada centro deberá constituirse necesariamente una Comisión de Acogida, con la finalidad de facilitar la integración de las personas socias y usuarias en el centro y una Comisión de Igualdad que permita coordinar las acciones que sean necesarias para la implantación transversal de la perspectiva de género en la planificación de programas. Estarán integradas por un mínimo de dos y un máximo de ocho personas socias y usuarias (art. 29 Estatuto).

También cabe destacar como en el nuevo Estatuto se dota a la Dirección del Centro, en tanto que responsable en la ejecución de los programas de envejecimiento activo, de nuevas y más amplias competencias. Entre otras, las siguientes:

1) Ejecutar y justificar la consignación presupuestaria destinada a los programas de envejecimiento activo del centro; 2) elevar a la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales en los meses de enero y junio, las propuestas de programas de envejecimiento activo a desarrollar en el correspondiente semestre; 3) elevar semestralmente un informe sobre el funcionamiento y gestión de las concesiones administrativas o cualquier otro servicio complementario prestado en el centro y propuesta de precios de los servicios sujetos, además de un informe sobre la participación y los resultados de cuantos convenios o programas específicos se desarrollen en el centro⁵² y, 4) informar a la Asamblea General de las conclusiones del desarrollo del Programa Anual de Actividades del centro y conocer los programas previstos para cada ejercicio (art. 31).

Finalmente, al menos hacer mención a otra de las grandes novedades del nuevo Estatuto, que ha sido la introducción de la regulación del régimen disciplinario, previa habilitación legal contenida en la Ley 6/1999, de tal manera que la persona que incurra en una falta disciplinaria (entendida como, cualquier acción u omisión que implique un incumplimiento de los deberes y obligaciones de las personas socias y usuarias, de las tipificadas en el Estatuto), podrá ser objeto de una sanción, que será distinta en función de la clasificación de la falta: desde la amonestación por escrito para las faltas leves; la suspensión de uno o varios de los derechos vinculados a la condición de persona socia o usuaria del centro por un período de tiempo no inferior a dos meses y no superior a seis meses de duración, para las faltas graves; a, incluso, la pérdida definitiva de la condición de persona socia usuaria del centro correspondiente o la inhabilitación para adquirir tal condición en cualquier otro centro de titularidad de la Administración de la Junta de Andalucía, en el caso de faltas graves (art. 60 Estatuto). Son muchas las faltas tipificadas. Por poner aquí un ejemplo: se tipifica como falta grave la vulneración del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres mediante la adopción de comportamientos o conductas que produzcan discriminación directa o indirecta, por razón de sexo, según lo previsto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, y en la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, así como las conductas, prácticas o comportamientos racistas o xenófobos.

⁵² Se considerarán convenios o programas específicos aquellos cuya financiación se realice con fondos no incluidos en el presupuesto anual previsto para el desarrollo del Programa Anual de Actividades del centro.

IV. PROTECCIÓN ECONÓMICA DE LOS MAYORES

Parece sociológicamente demostrado que cuando los signos de envejecimiento hacen su aparición, en la persona comienza a agudizarse una preocupación fundamental: la seguridad. Esa preocupación básica por su seguridad en el tiempo futuro afecta a varias áreas, pero muy particularmente a la económica. Una preocupación que puede llegar a obsesionar en tal grado a la persona que comienza a envejecer, que puede hacer total o parcialmente inviable para él un envejecimiento activo. Por eso, uno de los ejes esenciales de cualquier sistema de protección del envejecimiento es garantizar a los mayores una protección económica adecuada para que, a medida que envejezcan, afronten su futuro con la sensación de que al menos sus necesidades económicas van a estar debidamente cubiertas. Conscientes de ello, los redactores de nuestra Constitución, como vimos más arriba, elevan a rango constitucional la obligación de los poderes públicos de garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad (art. 50 CE).

La Ley 6/1999, de Atención y Protección a las Personas Mayores de Andalucía, recoge este mandato constitucional en su Título IX, *De la protección económica*.

Se comienza recordando a las Administraciones Públicas su deber de velar “por la suficiencia económica de las personas mayores, a fin de contribuir a su autonomía personal así como a mejorar su calidad de vida”; e impone, a tal efecto, a la Administración de la Junta de Andalucía la obligación de establecer los cauces de colaboración y cooperación necesarios con la Administración del Estado, así como con el resto de las Administraciones Públicas (art. 39).

Existen, y deben existir, por tanto, prestaciones públicas destinadas a garantizar la suficiencia económica de las personas mayores. Ello, sin perjuicio de que cada persona particularmente pueda, además, realizar contratos destinados a mejorar su situación económica tras la jubilación, tales como planes de pensiones, contratos de alimentos, renta vitalicia o hipoteca inversa. Y es que, como bien sostiene la totalidad de la doctrina especializada, cuando hay que vivir de una pensión durante un periodo de tiempo medio de 20 años, cuando ésta es la única fuente de ingresos, cuando la media de su importe apenas supera los 670 euros mensuales, cuando para muchos mayores la jubilación no implica entrar en un periodo de de menos gastos, sino todo lo contrario, ya que deben hacer frente a pagos derivados de nuevas necesidades de salud (de atención a los hijos que vuelven a la casa de los padres mayores tras un fracaso laboral o matrimonial) la obtención de rentas complementarias se convierte en una necesidad acuciante para un buen número de personas mayores⁵³. De ahí, la preocupación de las autoridades públicas de dar a conocer la existencia de estos mecanismos jurídico privados.

⁵³ Véase J. A. Iglesias y D. Muñoz: “La vivienda como fuente de renta vitalicia”, en *Edad & I4da*, enero 2004, p. 10.

1. Sistema de protección público

A) *El Sistema español de Seguridad Social*

El Sistema español de Seguridad Social basa su actual situación en un pacto político-social de trascendental importancia: El “Pacto de Toledo”, que supone una apuesta por la seguridad económica de los pensionistas de jubilación y pensionistas de viudedad, entre otros⁵⁴.

Aunque la realidad nos demuestre que la pensión media a nivel nacional y, más aún, la pensión media en Andalucía son objetivamente insuficientes si no se perciben otros ingresos (rentas salariales o de capital, otras pensiones), situación que es especialmente alarmante cuando de pensiones no contributivas se habla⁵⁵, al mantenerse entre las más bajas del Sistema de la Seguridad Social y muy por debajo de las pensiones contributivas de similar modalidad, lo cierto es que a lo largo de los años el Sistema de Seguridad Social ha ido ampliando su cobertura a más beneficiarios y ha ido, también, mejorando su intensidad protectora.

Con un notable esfuerzo económico para las arcas públicas, los importes de las principales pensiones contributivas con cuantías mínimas han experimentado un incremento considerable en los últimos años; tanto que la prestación económica para la jubilación ha agotado la mayor parte de los recursos económicos del sistema⁵⁶; por ello, para seguir avanzando en la consolidación de la seguridad económica que el sistema de Seguridad Social presta, ha sido preciso adaptarlo a la realidad económico-social española, sin perder de vista la mejora de las prestaciones, especialmente las destinadas a las personas mayores.

Esta tarea se acometió en agosto del pasado año 2011 cuando el Estado aprobó la Ley 27/2011, de 1 de agosto, *de Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social*, con la que se trata de afrontar las exigencias derivadas de las tendencias de evolución demográfica: el hecho de que la esperanza de vida aumente progresivamente en España enfrenta el reto de que, en el futuro, será necesario asumir el pago de más pensiones durante más tiempo a causa del envejecimiento de la población. Pero no sólo eso, además el sistema de Seguridad Social español ha asistido últimamente a una progresiva

⁵⁴ Con el compromiso firme y duradero de todos los agentes políticos y sociales de velar para que los derechos de protección social no se vean reducidos por decisiones a corto plazo y se sitúen en el ámbito del diálogo permanente y del mayor consenso posible, se institucionalizó el Pacto de Toledo, que se fundamenta en la mutua colaboración de los partidos políticos para asegurar los derechos que dimanar de la formulación social del Estado. La Comisión del Pacto de Toledo ha venido realizando sus trabajos y ha formulado sus recomendaciones con el objetivo de establecer las bases para que los poderes públicos tomen sus decisiones en materia de pensiones.

⁵⁵ Estas prestaciones están dirigidas a personas en situación de estado de necesidad: a estas prestaciones económicas de naturaleza no contributiva acceden aquellas personas que carecen de recursos suficientes para atender sus necesidades básicas, aunque no hayan cotizado nunca a la Seguridad Social o lo hayan hecho insuficientemente para tener derecho a una pensión contributiva de la Seguridad Social.

⁵⁶ La pensión de jubilación supone el 85% del gasto en prestaciones económicas contributivas.

disminución del período de actividad laboral: los años de formación y de estudio de los jóvenes se han prolongado y su acceso al mercado de trabajo, por esa razón, se ha retrasado en relación con la edad a la que era habitual su incorporación en pasadas generaciones.

En respuesta a estos datos y para garantizar la sostenibilidad financiera de la Seguridad Social, la nueva Ley, apostando por un mantenimiento de la carga contributiva que sobre la sociedad supone el sistema, introduce importantes modificaciones en el régimen jurídico de la pensión de jubilación. Entre otras destacadas, está la edad de jubilación. Se opta por una jubilación más tardía⁵⁷: se prevén los 67 años como edad de acceso a la jubilación, al tiempo que mantiene la misma en 65 años para quienes hayan cotizado 38 años y seis meses, y se establecen dos fórmulas adicionales de anticipación de la pensión de jubilación con coeficientes reductores de la cuantía: una, la que deriva del cese no voluntario del trabajador en su actividad; y otra, la que deriva del cese voluntario⁵⁸. También se incorporan importantes modificaciones a la regulación de la jubilación parcial⁵⁹.

B) Otras ayudas públicas en la Comunidad Autónoma de Andalucía

Con el objeto de sufragar las necesidades básicas de las personas mayores que carezcan de los recursos necesarios, el artículo 40 de la Ley 6/1999, establece que la Comunidad Autónoma de Andalucía podrá establecer prestaciones económicas, distintas y compatibles con las del Sistema de la Seguridad Social y con las que pueda otorgar la Administración del Estado y otras Administraciones Públicas; así como, prestaciones que consistan en aportaciones económicas que financien total o parcialmente los gastos derivados de la adaptación funcional del hogar, de la adquisición de ayudas técnicas que faciliten el desenvolvimiento de la persona mayor en su medio, de la estancia temporal o permanente

⁵⁷ Debemos, tener en cuenta que en el año 1919 (primeras pensiones de jubilación) la esperanza de vida se situaba en 39 años para los hombres y 41 para las mujeres, mientras que en la actualidad España cuenta con una de las tasas de esperanza de vida más alta del mundo.

⁵⁸ En ambas modalidades de jubilación anticipada es necesario acreditar un período mínimo de cotización de 33 años y la cuantía de la pensión se ve minorada con aplicación de unos coeficientes reductores.

⁵⁹ De una parte, se mantiene la posibilidad de acceso a la jubilación parcial sin la necesidad de celebrar simultáneamente un contrato de relevo para quienes hayan alcanzado la edad legal de jubilación. Y por otra, en los casos en que la jubilación parcial precisa de la celebración simultánea de un contrato de relevo, la Ley señala que deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial. Además, en relación con la cotización durante el período de compatibilidad de la pensión de jubilación parcial con el trabajo a tiempo parcial, y sin perjuicio de la reducción de jornada, la empresa y el trabajador, de acuerdo con el Acuerdo social y económico, habrán de cotizar por la base de cotización que, en su caso, hubiere correspondido de seguir trabajando a jornada completa. Una novedad en materia de cotización que, según se prevé, se aplicará de forma gradual elevando las bases de cotización en un cinco por ciento por cada año transcurrido desde el inicio de la vigencia de la ley, hasta su completa aplicación a partir del 1 de enero del año 2027.

en centros residenciales o unidades de estancias diurnas, y aquellas otras que favorezcan su autonomía personal.

Claro que los beneficiarios de estas ayudas habrán de reunir los requisitos que se fijen reglamentariamente. Por lo pronto, para el reconocimiento del derecho a la percepción de alguna de estas ayudas el artículo 41 de la Ley 6/1999, obliga a que se tengan en cuenta: a) el grado de autonomía para la realización de las actividades de la vida diaria; b) la situación personal, familiar y social; y, c) las rentas o ingresos de la persona mayor y las de los obligados a prestarle alimentos.

Por citar algunas de las ayudas que ha venido regulando la Comunidad Autónoma Andaluza, y a título de ejemplo, podemos referirnos a éstas:

- Ayudas sociales de carácter extraordinario a favor de pensionistas por jubilación e invalidez, en sus modalidades no contributivas, establecidas por el Gobierno de la Comunidad Autónoma Andaluza, al entender que las personas beneficiarias de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social se encuentran incursas en el supuesto del artículo 40 Ley 6/1999, en consideración a la cuantía de la prestación que perciben y su bajo nivel de rentas, como colectivo en riesgo de exclusión, y como un cauce para promover el establecimiento de mecanismos que ayuden a eliminar las causas que motivan este riesgo. A tal efecto, el Decreto 378/2011, de 30 de diciembre, establece para el año 2012 una ayuda asistencial de carácter extraordinario, consistente en un pago único de 111,40 euros, personal e intransferible, reconocida a favor de personas en las que concurran los siguientes requisitos: 1) ser perceptora de pensión de jubilación o invalidez en sus modalidades no contributivas y acreditar esta condición a 31 de diciembre de 2011; y 2) tener la vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La misma ayuda, pero con vigencia limitada al año 2007 y cuantía de 95,34 euros, se estableció mediante Decreto 291/2007, de 11 de diciembre.
- Ayudas en la línea de fomentar una acción administrativa dirigida a proporcionar a los ciudadanos y ciudadanas socialmente menos favorecidos un aumento real en sus recursos económicos, como las ayudas complementarias de carácter extraordinario dirigidas a mejorar la cuantía económica de las prestaciones de los ancianos, con vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, perceptores de una pensión asistencial reconocida en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 2620/1981, de 24 de julio, o que tengan reconocido el Subsidio de Garantía de Ingresos Mínimos previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. Son ayudas, concebidas como expresión de solidaridad social hacia personas con recursos insuficientes, fijadas mediante decretos aprobados periódicamente al efecto para cada ejercicio anual, y que tienen un carácter personal e intransferible. A tal efecto, el Decreto 377/2011, de 30 de diciembre, constituye una ayuda de 1.075,65 euros anuales, fraccionada en cuatro pagas, en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre de 2012. Estas mismas ayudas, con cuantías distintas, se

han venido estableciendo con anterioridad, cabe citar el Decreto 290/2007, de 11 de diciembre, o el Decreto 310/2002, de 23 de diciembre.

- Ayudas establecidas a favor de las familias andaluzas⁶⁰, cuyos ingresos no superen determinados límites, que contraten a una persona trabajadora, para la atención y cuidado de un familiar anciano, entre otros, hasta el segundo grado, inclusive, de consanguinidad o afinidad, entendiéndose incluido en este ámbito el supuesto de que la contratación la efectúe la propia persona afectada para su cuidado. A título de ejemplo, baste referirnos aquí a la Orden de 25 de julio 2005, que establece unos incentivos que consisten en una cuantía a tanto alzado que asciende a 2.000,00 euros al año, hasta un máximo de tres anualidades y de conformidad con la siguiente secuencia: 2.000,00 euros a la fecha de la resolución de concesión respecto del primer ejercicio de contratación; 2.000,00 euros en el segundo ejercicio de contratación y 2.000,00 euros en el tercer ejercicio de contratación, siempre que se acredite, el mantenimiento del puesto de trabajo durante el período mínimo de contratación.
- Subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva destinadas a personas con discapacidad y personas mayores para la adquisición de dispositivos y servicios TIC, que posibiliten el acceso a la Sociedad de la Información y el Conocimiento en igualdad de condiciones. La Orden de 21 de noviembre 2011 establece las bases reguladoras para el reconocimiento de estas subvenciones.
- Subvenciones destinadas a sufragar el coste de las obras y, en su caso, de las asistencias técnicas necesarias para mejorar la seguridad y la adecuación funcional básica de las viviendas que constituyan residencia habitual y permanente de personas mayores de sesenta y cinco años. La Orden de 16 de junio 2005, establece las bases reguladoras para el reconocimiento de estas subvenciones.

2. Mecanismos privados para financiar las necesidades que surgen con la prolongación de la vida

Al margen de las políticas de pensiones públicas que hemos venido examinando, ha de potenciarse la información y el uso de otros mecanismos, que se ofrecen en el ámbito

⁶⁰ El Decreto 137/2002, de 30 de abril, de Apoyo a las Familias Andaluzas, define en su artículo 3 la familia andaluza. En su apartado 3 señala que: "...tendrán la consideración de familias andaluzas aquellas unidades familiares en las que todos sus miembros estén empadronados en un Municipio de la Comunidad Autónoma de Andalucía". Y en el apartado 2 aclara que entiende por unidad familiar la formada por una o varias personas que convivan en un mismo domicilio y se encuentren relacionadas entre sí: a) por vínculo de matrimonio o parejas de hecho inscritas conforme a la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho; b) por parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad hasta el segundo grado; o c) por situación derivada de acogimiento familiar permanente o preadoptivo. Se indica, además, que la relación de parentesco se computará a partir de los representantes de la persona o personas solicitantes de las ayudas.

jurídico privado, que pueden permitir o ayudar a las personas mayores a mantener un nivel de vida similar al que tenían antes cesar en su actividad remunerada por alcanzar la edad de jubilación.

Las figuras de previsión privadas son diversas: unas de ellas exigen una previa preparación durante la vida activa del sujeto, y otras son medio para obtener prestaciones a costa de la transmisión de algún bien o el gravamen de un inmueble. Al margen de ello, está el contrato de alimentos y la obligación legal de alimentos entre parientes, que permite a un mayor necesitado reclamar alimentos de sus parientes que estén en condición de prestarlos.

A) *Diversidad de mecanismos de ahorro-previsión privados*

a) *Planes de pensiones individuales*

Son figuras de ahorro finalista y a largo plazo, en el que el constituyente es una entidad financiera, y los partícipes personas físicas que contratan el plan⁶¹.

La contingencia base cubierta es la jubilación. Igualmente queda cubierta la incapacidad, la muerte del partícipe y la dependencia severa o gran dependencia del partícipe.

Las contribuciones o aportaciones a un plan de pensiones individual se realizarán por los partícipes en los casos y forma que, con respeto a la normativa, establezca el respectivo plan de pensiones. En principio, salvo que otra cosa se pacte, existe libertad en el modo de hacer las aportaciones, sea una cantidad fija periódica, sea aportaciones únicas.

La cuantía a obtener en su momento en un plan de pensiones es indeterminada a priori, pues dependerá de la marcha y rendimientos obtenidos por la gestora del fondo en que se integra: hay planes conservadores que sólo invierten en renta fija y planes arriesgados, que casi en su totalidad sólo lo hacen en renta variable, y planes con inversiones mixtas en distintos porcentajes.

Las aportaciones que se hacen al plan reducen la base imponible en el IRPF, con unos límites de máximos, y las prestaciones que en su día se obtengan del plan tienen la consideración de rendimiento del trabajo, y tributan de esta forma, integrándose en la base imponible del IRPF del perceptor.

⁶¹ Se encuentran regulados el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones y por el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones, normas que han sufrido una serie de modificaciones posteriores, fundamentalmente en la normativa del IRPF.

b) Planes de previsión asegurados

Se trata de un seguro de vida ahorro en el que las prestaciones se reciben en el momento de la jubilación, con una rentabilidad asegurada y con las mismas ventajas fiscales que los planes de pensiones individuales.

Se ha de poner de relieve que los planes de previsión asegurados tienen carácter de seguro, lo que obliga a las entidades a garantizar un tipo de interés mínimo hasta su vencimiento, sin perjuicio de que puedan ofrecer revalorizaciones adicionales vinculadas a la propia gestión del patrimonio del seguro y a los resultados de la compañía. Esta es precisamente la diferencia fundamental entre este tipo de producto y los planes de pensiones.

c) La adscripción a mutualidades de previsión social

Las mutualidades de previsión social son entidades aseguradoras que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria, mediante aportaciones a prima fija o variable de los mutualistas, personas físicas o jurídicas, o de otras entidades o personas protectoras. Además, las mutualidades de previsión social podrán ser alternativa al régimen obligatorio de seguridad social de los autónomos, como ocurre en la actualidad con profesionales como abogados, arquitectos, aparejadores, etc.

En la previsión de riesgos sobre las personas, entre las contingencias que pueden cubrir están las de jubilación y muerte (viudedad, orfandad) y garantizarán prestaciones económicas en forma de capital o renta.

d) Los planes individuales de ahorro sistemático

Se trata de seguros individuales de vida en los que el contratante (tomador), asegurado y beneficiario es el propio contribuyente. Hay que contratarlos con entidades aseguradoras y su finalidad es ir acumulando un capital a lo largo de un mínimo de diez años, para, posteriormente, recibir una renta vitalicia, compatible con la pensión pública de jubilación, si es que ésta existe.

e) Los llamados planes de jubilación

No son sino seguros de mixtos, de supervivencia y de muerte, con un fuerte componente de ahorro, en los que el asegurador se obliga, a cambio de las primas pagadas, a asegurar un capital final garantizado, tanto en el caso de fallecimiento como en su caso por otras contingencias previstas contractualmente, tales como la jubilación, o la llegada a una edad determinada, y la invalidez. Las cuantías a satisfacer pueden variar en función de la contingencia a considerar.

Son productos que se caracterizan por su flexibilidad. Libertad en la determinación de la aportación anual que se compromete a pagar el tomador y libertad en la determinación de la duración inicial del contrato con independencia de la fecha de jubilación del sujeto, por lo que se puede pactar que el seguro se pague a una edad concreta independientemente de la jubilación del tomador. Asimismo, cabe la posibilidad de fraccionar el pago y de realizar aportaciones extraordinarias en cualquier momento.

Los planes de jubilación, a diferencia de los de los planes de pensiones, no se benefician de desgravaciones fiscales en las aportaciones. El capital percibido, una vez que concluye el periodo pactado por el seguro, está considerado como de rendimiento de capital mobiliario a efectos del IRPF.

B) Productos financieros en torno a la vivienda de las personas mayores: la hipoteca inversa y la renta-vivienda o renta vitalicia sobre la vivienda

La cultura de la propiedad que ha imperado en nuestro país ha traído consigo que un significativo número de personas mayores tengan su vivienda en régimen de propiedad totalmente pagada: el Informe de 2004 del Observatorio de personas mayores del IMSERSO, utilizando como fuente principal datos del INE, indicaba que el 87,2% de los mayores de 65 años eran propietarios de su vivienda, y sólo el 5,4% de dichas viviendas tenían cargas sobre ellas, o sea, que el 81,8% eran libremente disponibles, con lo que queda constatado que las cifras de personas mayores propietarias de vivienda son altas en España. Por otro lado, el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas de septiembre de 2005 reflejaba que el 89,9% de la población española prefiere residir en una vivienda en propiedad. Otro aspecto a considerar es la evolución positiva de los precios, esto es, la importante revalorización de la vivienda en las últimas décadas. El incremento del precio de la vivienda en nuestro país ha oscilado entre el 10 y el 18% anualmente en los últimos años según datos de enero de 2006⁶² y, aunque en la situación de crisis en la que nos mantenemos en la actualidad las previsiones se han acortado, con una desaceleración de los precios de las viviendas, todavía se mantienen en márgenes suficientemente importantes.

Todo esto, unido a que la vivienda para gran parte de la población es su único y principal activo, ha hecho que en los últimos años estén apareciendo en el mercado y se estén reactivando productos financieros con el objetivo de ayudar a las personas mayores a obtener ingresos complementarios en base a su patrimonio inmobiliario. Se trata de convertir la vivienda en propiedad en una fuente de ingresos añadida para los mayores con necesidades asistenciales y rentas insuficientes. En estos casos, se suele hablar de *licuación del patrimonio*, queriendo indicar con ello la posibilidad de obtener dinero de los bienes, en algunos supuestos sin llegar a perder la propiedad de los mismos. Dos instrumentos financieros de este tipo son la hipoteca inversa y la renta-vivienda. La diferencia fundamental

⁶² La información sobre este producto está disponible en: <http://www.mviv.es>.

entre ambas figuras radica en que en el primer caso el mayor no pierde la propiedad de la vivienda, y en el segundo sí.

a) *La hipoteca inversa*⁶³

Consiste básicamente en la posibilidad de obtener una renta mensual de carácter temporal o vitalicio, según los casos, mediante la suscripción de un crédito con garantía hipotecaria, esto es, un contrato por el cual una persona mayor que posee un inmueble recibe, de una sola vez o cada mes, sumas de dinero hasta el límite del crédito concedido. A su fallecimiento los herederos podrán hacer frente al pago del préstamo si no quieren que la entidad financiera proceda a ejecutar la garantía, lo que significaría la venta del inmueble para satisfacer la deuda y la entrega a los herederos del dinero restante de la venta, si lo hubiere⁶⁴. Es decir, la vivienda está como garantía de pago futuro, pues el deudor no paga nada, sino que la deuda, disposiciones e intereses se acumula en el saldo del crédito.

Este producto se ha regulado por primera vez en España en la Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de *Reforma del Mercado Hipotecario*.

La define como “un préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituya la vivienda habitual del solicitante”.

Para su constitución se exige que cumplan los siguientes requisitos: 1) que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia; 2) que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas; 3) que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios; y 4) que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

Como garantía para los usuarios, se establece que estas hipotecas sólo podrán ser concedidas por las entidades de crédito y por las entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, sin perjuicio de los límites, requisitos o condiciones que, a las entidades aseguradoras, imponga su normativa sectorial; y que el régimen de transparencia y comercialización de la hipoteca será el establecido por el Ministro de Economía y Hacienda. Además, en el marco del régimen de transparencia y protección de la clientela de hipotecas

⁶³ Hay otras denominaciones que se utilizan para este producto: “pensión hipotecaria”, “vivienda pensión”, “pensión vivienda”, o “complemento hipotecario”.

⁶⁴ Véase R. Herranz González: “Hipoteca inversa y figuras afines”, en *Portal mayores. Informe Portal mayores*, nº 49, 2006, p. 4.

inversas se obliga a las entidades, que concedan este tipo de producto, que suministren servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta la situación financiera del solicitante y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Un asesoramiento independiente que deberá llevarse a cabo a través de los mecanismos, condiciones, forma y requisitos que determine el Ministro de Economía y Hacienda.

El que sobre la vivienda se haya constituido una hipoteca inversa no limita la capacidad de disposición de su propietario, por lo que cabe la posibilidad de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, en cuyo caso, se dispone que el acreedor podrá declarar el vencimiento anticipado del préstamo o crédito garantizado, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente.

Llegado el momento de la liquidación y amortización de la hipoteca, al fallecimiento del deudor hipotecario o, si así se estipula en el contrato, al fallecimiento del último de los beneficiarios, sus herederos podrán cancelar el préstamo en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación. Si, por el contrario, los herederos del deudor hipotecario, extinguido el préstamo o crédito, deciden no reembolsar los débitos vencidos con sus intereses, se dispone, como garantía para los herederos, que el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia.

También se establecen una serie de incentivos fiscales:

- Estarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados las escrituras públicas que documenten las operaciones de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación.
- Para el cálculo de los honorarios notariales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes a los *Documentos sin cuantía* previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Notarios.
- Para el cálculo de los honorarios registrales de las escrituras de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación, se aplicarán los aranceles correspondientes al número 2, *Inscripciones*, del anexo I del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, tomando como base la cifra del capital pendiente de amortizar, con una reducción del 90 por 100.

Finalmente, se abre la posibilidad de que puedan instrumentarse hipotecas inversas sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante, aunque sin los beneficios fiscales vistos. Y termina por remitirse a lo dispuesto en la legislación que en cada caso resulte aplicable en lo no previsto en la disposición.

b) *La renta-vivienda o renta vitalicia sobre la vivienda*⁶⁵

Consiste básicamente en la venta o transmisión de la nuda propiedad de la vivienda a una entidad y la contratación de una renta vitalicia de las reguladas en el artículo 1802 del Código Civil⁶⁶, con reserva del usufructo vitalicio.

Es, por consiguiente, otro producto o instrumento para la conversión de un activo inmobiliario en renta, pagándose la renta mensualmente durante la vida del usufructuario o usufructuarios. Una operación, con la que, a diferencia de lo que ocurre con la hipoteca inversa, irremediablemente se pierde la titularidad: la operación no se puede deshacer, esto es, no se puede recuperar la nuda propiedad.

Admite varias modalidades, aunque las más comunes son dos:

- 1) De Renta clásica, que a su vez, si son dos los beneficiarios, puede ser: 1) Renta reversible, en la que cuando fallece uno de los beneficiarios, el otro sigue percibiendo la misma pensión y manteniendo el uso y disfrute de la vivienda; o 2) Renta individual, en la que cada uno tiene su propia pensión y seguirá cobrando de por vida únicamente su pensión. En este último caso, el montante resultante de la suma de ambas pensiones sería superior al que les correspondería en una renta reversible.
- 2) De Renta para acudir a residencia. En este caso se renuncia al usufructo, pero la renta que percibe es por regla general un 50% superior a la opción clásica.

Como principales características de este producto se pueden señalar las siguientes:

- 1) La propiedad de la vivienda se pierde; pero como contrapartida su rentabilidad es bastante interesante. El importe o renta que se perciba será igual al valor de la vivienda menos la valoración del derecho vitalicio de habitar en ella, esto es, el usufructo; y la renta resultante dependerá fundamentalmente de 3 variables: el valor de la vivienda, la edad y el sexo del beneficiario o beneficiarios. En ocasiones, el rentista incluso puede recibir cierta cantidad de dinero inicial, si así se ha estipulado. Además, la persona mayor se ahorra los gastos derivados de la propiedad de la casa, tales como IBI, derramas extraordinarias y gastos de comunidad.
- 2) El usufructo es vitalicio, se mantiene hasta el fallecimiento de los beneficiarios, a menos que se renuncie a él.

⁶⁵ La información sobre este producto ha sido fundamentalmente obtenida de las siguientes páginas: <http://www.gruporetiro.com>, <http://www.gruponudarsis.com>, <http://www.trianza.com>.

⁶⁶ Artículo 1802 "El contrato aleatorio de renta vitalicia obliga al deudor a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas determinadas por un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transfiere desde luego con la carga de la pensión".

- 3) Requisitos: La edad avanzada y ser propietario de una vivienda sin cargas. La edad mínima para acceder a este producto se suele situar en los 70 años, pues es una opción vinculada a la esperanza de vida.
- 4) Fiscalmente se incentiva esta operación en el IRPF: las rentas vitalicias se califican como rendimientos de capital mobiliario pero conforme a una escala. Así, si el percceptor tiene entre 66 y 69 años se considera rendimiento sólo el 20% de lo percibido y, a partir de los 70 años, sólo el 8%.
- 5) Gastos: Hay que saber que prácticamente todos los gastos que genera la formalización de la operación corren a cargo del comprador.

Como se puede apreciar, las ventajas que ofrece esta fórmula para mejorar la calidad de vida de los mayores y completar su exigua pensión son claras, de ahí que esté funcionando bien en EEUU, Francia y Reino Unido. En España, sin embargo, al estar fuertemente arraigada la cultura en torno a la herencia, esta figura sólo es atractiva para las personas sin hijos.

C) *El contrato de alimentos*

El contrato de alimentos es un mecanismo jurídico privado por medio del cual una persona puede procurarse todo tipo de cuidados y atenciones a cambio de la transmisión de un capital, que ha sido introducido en el Código Civil con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de Modificación del Código Civil*, tipificando el contrato ya conocido en la práctica jurídica con la denominación de contrato de vitalicio o contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos⁶⁷.

Se define en el artículo 1791 del Código Civil, como un contrato por el que una de las partes (el alimentante) se obliga voluntariamente a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona (alimentista) durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos.

El contrato de alimentos reúne así, tal como ha sido configurado legalmente, los siguientes caracteres:

- 1) Tiene un carácter consensual: se perfecciona por el acuerdo de voluntades, siguiendo la regla general establecida en los artículos 1254 y 1258 del Código Civil; lo que diferencia este contrato de la obligación legal de dar alimentos regulada en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, que impone a determinados parientes con capacidad

⁶⁷ Véase S. Chillón Peñalver: *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Edersa, Madrid, 2000, p. 19 y F. Rodríguez López: "La cesión de bienes a cambio de alimentos: el contrato vitalicio", en Libro Homenaje a J. Vallet de Goytisolo, vol. III, Madrid, 1998.

económica suficiente el deber de proporcionar sustento y la asistencia material a otro pariente que este en situación de necesidad por causa a él (alimentista) no imputable⁶⁸.

- 2) Tiene un carácter bilateral y oneroso, con lo cual, una vez perfeccionado el contrato, surgen obligaciones recíprocas para cada una de las partes: el alimentante tiene a su cargo una obligación que puede calificarse de tracto sucesivo o ejecución continuada, dado que las prestaciones comprometidas deben realizarse de forma continuada durante un período de tiempo más o menos prolongado que suele coincidir con la vida del acreedor de los alimentos, y el alimentista, por su parte, debe cumplir con la obligación asumida, que puede calificarse de tracto único o instantánea, pues se cumple normalmente mediante un acto de transmisión del bien o derecho, pudiendo realizarse éste de forma inmediata o quedar aplazado en el tiempo.
- 3) Es un contrato aleatorio: su duración y cuantía global no se puede determinar de antemano porque depende de una circunstancia que las partes no pueden conocer a priori: la duración de la vida del alimentista, una *alea* que puede favorecer a uno u otro contratante.
- 4) Es un contrato con un contenido diverso. Con carácter general, la prestación alimenticia suele tener un contenido complejo, incluyendo, por un lado, una obligación de dar para atender las necesidades básicas del alimentista, y por otro, una obligación de hacer, que suele consistir en proporcionar al alimentista la ayuda, los cuidados y la asistencia personal que precisa, es decir, lo que la Ley califica como “asistencia de todo tipo”⁶⁹. Precisamente en esto se diferencia básicamente del contrato de renta vitalicia, con el que guarda similitud, pero en éste, como vimos, el beneficiario lo que obtiene es el derecho de percibir una renta o pensión periódica.

En cualquier caso, se ha de tener en cuenta que, aunque en principio, el tenor literal de la norma (“*vivienda, manutención y asistencia de todo tipo*”) podría hacer pensar en el carácter tasado y predeterminado de la obligación alimenticia, lo cierto es que ésta tendrá el contenido y la extensión que las partes libremente establezcan, como puntualiza después el artículo 1793 del Código Civil. Han de ser los contratantes quienes decidan, en función de las circunstancias y de sus intereses, cuáles son las prestaciones concretas que conforman el deber de alimentos, estableciendo además las especificaciones o matices que consideren oportunas. El contenido de la obligación alimenticia será, por tanto, el que libremente acuerden las partes en cada caso, en función de cuáles sean las necesidades concretas que se pretendan cubrir.

⁶⁸ Véase C. Mesa Marrero: *El contrato de alimentos. Régimen jurídico y criterios jurisprudenciales*, Aranzadi, 2006, pp. 35-55, en el que se hace un análisis detallado sobre las diferencias existentes entre el contrato de alimentos y la obligación legal de alimentos entre parientes.

⁶⁹ Esta diversidad de contenido y el amplio margen concedido a los contratantes se pone de manifiesto en muchas de las sentencias. véase SSTs de 01/07/1982 (RJ 4213), 21/10/1992 (RJ 8592) y 18/01/2001 (RJ 4213).

5) *Finalmente, y dado el contenido de las prestaciones, el contrato tiene un fuerte carácter personal*

Sin lugar a dudas, la relación personal incide directamente tanto en la celebración del contrato como en el desarrollo del mismo: es evidente que el carácter, la situación familiar y económica, las aficiones o las costumbres influyen en la elección de la persona que ha de cumplir la prestación de alimentos; y que el normal desarrollo del contrato sólo se conseguirá si entre las partes existe un cierto grado de afinidad y sintonía, es decir, si consiguen congeniar, más si cabe, cuando el cumplimiento de la prestación se ha pactado en régimen de convivencia.

Téngase en cuenta que si la relación personal entre los contratantes se deteriora por desavenencias y falta de entendimiento, será muy difícil que la prestación alimenticia se realice en los términos acordados, y ello provocará, en la mayoría de los casos, el incumplimiento del contrato.

Ante este tipo de situaciones, el artículo 1795 del Código Civil reconoce al alimentista la posibilidad de exigir el cumplimiento o bien optar por resolver el contrato. En este último caso, es decir, si el alimentista opta por ejercitar la facultad resolutoria por incumplimiento y su reclamación prospera judicialmente, ello supondrá la desvinculación de las partes implicadas en el contrato. Entonces, ambos contratantes deberán restituirse las prestaciones que hubiesen recibido. Restitución que resultará más gravosa para el alimentante, que estará obligado a restituir los bienes recibidos por el contrato de forma inmediata, en todo caso; mientras que, del lado del alimentista cabe la posibilidad de aplazamiento de la restitución, siempre que el juez, en atención a las circunstancias de cada caso, así lo acuerde. Más aún: para intensificar la protección del alimentista, se exige que de las consecuencias de la resolución del contrato habrá de resultar para el alimentista, al menos, un superávit suficiente para constituir de nuevo una pensión análoga por el tiempo que le quede de vida (art. 1796 Código Civil).

En resumidas cuentas, se ha optado por una regulación que sitúa al alimentante en una posición de clara desventaja frente al eventual enriquecimiento que produce para el alimentista, lo que sin duda repercutirá negativamente en la aplicación del contrato, desincentivando su celebración en la práctica.

V. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS MAYORES

Es de sobra conocido que las personas mayores constituyen un grupo de riesgo en la medida que pueden ser víctimas de no pocas actuaciones delictivas. Tanto es así que el Ministerio del Interior cuenta con un programa específico para proteger a este colectivo, existiendo en la Fiscalía General del Estado, y en muchas Fiscalías territoriales, una Sección de Protección de Personas Mayores. Del mismo modo, ante la creciente demanda de

instituciones específicas de defensa de este colectivo, va siendo común que en las Oficinas de los Defensores del Pueblo exista un departamento, o incluso un adjunto al Defensor, con competencias en este ámbito. Y por parte de las distintas Administraciones públicas se suelen arbitrar negociados o instrumentos, como el teléfono del mayor, para recibir las demandas de cualquier persona mayor que precise atención.

Los delitos más comunes de los que pueden ser víctimas se refieren tanto al ámbito personal: malos tratos, detenciones ilegales, abandono, asaltos en el interior de sus viviendas; como al ámbito patrimonial: defraudaciones, abusos en el ámbito del consumo, expolios de patrimonio, falsedades, etc.

La Ley 6/1999, de Atención y Protección a las Personas Mayores en Andalucía, en su Título X, *De la protección jurídica*, establece importantes previsiones sobre el tema, arbitrando medidas sobre prevención de situaciones de maltrato y abandono, y de protección para aquellas personas mayores que se encuentran en situación de desvalimiento, senilidad, enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico, que les impidan gobernarse por sí mismas, y que las hagan merecedoras de especial protección por parte de las Administraciones Públicas. Unas previsiones que han sido desarrolladas por el Decreto 23/2004, de 3 de febrero, *sobre Protección Jurídica de las Personas Mayores*, regulando con mayor detalle y precisión las medidas y los procedimientos en los que ha de sustanciarse el régimen de protección y la defensa de los derechos reconocidos a los mayores por el ordenamiento vigente⁷⁰.

Los criterios de actuación que las Administraciones Públicas de Andalucía han de adoptar para la protección jurídica a las personas mayores son tres:

- 1) Prioridad en la prevención y detección de situaciones que puedan originar una vulneración de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a personas mayores.
- 2) Simplificación del procedimiento de acceso a los recursos y servicios que la normativa les reconoce.
- 3) Coordinación con las actuaciones previstas por otras Administraciones Públicas y por los órganos judiciales (art. 3 Decreto 23/2004).

También la información es clave en este régimen de protección pues, como aclara el Decreto 23/2004, en su exposición de motivos, si bien la protección que las Administraciones Públicas de Andalucía han de dispensar a las personas mayores tiene como objetivo evitar situaciones de desasistencia y desvalimiento, no intenta sustituir su libertad de decisión cuando se encuentran en condiciones de actuar por sí mismos. Por ello, lo que se

⁷⁰ Téngase en cuenta también el Título XI de la Ley 6/1999, que regula el Régimen Sancionador, orientado a evitar situaciones de riesgo social que puedan originar el maltrato y la desasistencia de las personas mayores.

pretende es proporcionar a las personas mayores la información y la disponibilidad de los medios necesarios para que sean éstos quienes puedan elegir en cada momento la forma más adecuada para la defensa de sus derechos. En este sentido, tanto la Ley 6/1999 (art. 42), como el Decreto 23/2004 (art. 4), imponen a las Administraciones Públicas la obligación de desarrollar las actuaciones de divulgación necesarias para informar a los Mayores sobre los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico y las medidas a emprender en caso de vulneración de los mismos. Una información que podrán obtener de los Servicios Sociales Comunitarios y, en su caso, de los Centros o Servicios especializados correspondientes (art. 5 Decreto 23/2004).

1. Situaciones de maltrato y abandono

En los últimos años se han producido importantes cambios sociológicos, económicos y culturales que han fomentado un cambio sustancial en la atención y cuidado de las personas mayores, que le han convertido en víctima propiciatoria de los delitos de maltrato y abandono. Hablamos, en particular, de la incorporación de la mujer al mundo laboral, lo que ha supuesto que la atención y cuidado de personas mayores no se produzca en el sentido tradicional por los miembros más cercanos de su familia, sino por terceras personas contratadas en los hogares, o se delegue dicha atención a instituciones extrañas como residencias de mayores con internado o centros de día o a otros recursos comunitarios, lo que incrementa las posibilidades de que los mayores puedan ser objeto de este tipo de delitos. También influyen las actitudes negativas que nuestra sociedad tiene hacia el proceso de envejecimiento, o las deficientes relaciones inter generacionales en la gestión del conocimiento: los últimos avances tecnológicos han llevado a que el intercambio de conocimiento de generación en generación se vea fracturado, pudiendo provocar aislamiento y discriminación de los mayores.

Por otro lado están las características de las víctimas, que dependen emocional física, social y económicamente del agresor; y las dificultades de probar la violencia que se produce en un entorno privado, unido a la ignorancia, temor y pudor de las víctimas, propicia la ocultación social de su existencia y facilita la impunidad del agresor y la existencia de una cifra negra relativa a esta actividad delictiva que, desde luego, no coadyuva a su prevención⁷¹.

Precisamente el problema de la intervención del derecho penal radica en este silencio de las víctimas que impide que el hecho no sea conocido sino cuando la conducta de abandono de la persona mayor ha provocado un resultado lesivo, lesiones o muerte, y cuando existen pruebas palpables que obligan a denunciar los hechos, generalmente por servicios médicos, asistentes sociales o vecinos.

⁷¹ Véase J. Muñoz Iranzo: "Aspectos jurídicos de los malos tratos a personas mayores", Rev. Mult. Gerontol 2001; 11.

Por eso es tan importante llevar a cabo una labor divulgativa e informativa por los medios de comunicación para sensibilizar a la población y reducir estereotipos, de forma que se pierda el miedo por los mayores a denunciar; desarrollar programas educativos orientados al respeto y reconocimiento de las personas mayores, creando redes sociales de apoyo aprovechando las nuevas tecnologías de la información y comunicación; realizar estudios e investigaciones sobre el maltrato a personas mayores vulnerables, para conocer con exactitud su dimensión y problemática; desarrollar acciones coordinadas y ágiles de prevención y detección de los casos de maltrato; y adiestrar al personal sanitario, servicios sociales y a la población en general en técnicas de detección de situaciones de maltrato y abandono de mayores.

En este sentido, la Ley 6/1999, de Atención y Protección a las Personas Mayores en Andalucía, dispone en sus artículos 43 y 44 que: “las denuncias formuladas ante las Administraciones Públicas acerca de la desasistencia en que pueda hallarse una persona mayor darán lugar a la correspondiente investigación, y, en su caso, a la adopción de las medidas adecuadas para su cese”. Al igual que en el supuesto de situaciones de maltrato sobre personas mayores detectadas por cualesquiera órganos de las Administraciones Públicas, que habrán de ser “inmediatamente puestas en conocimiento del Ministerio Fiscal”; del mismo modo que deberán actuar los profesionales, familiares, amigos, vecinos o instituciones que aprecien situaciones de maltrato o indicios de las mismas.

El primer paso será, por tanto, animar a las personas o Entidades que tengan conocimiento de la situación de desasistencia o maltrato en que se encuentre una persona mayor a que, sin perjuicio de que denuncien los hechos ante los órganos judiciales, los pongan en conocimiento de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Asuntos Sociales o de las Entidades Locales, a través de un teléfono gratuito y específico que para las denuncias de situaciones de maltrato y desasistencia a personas mayores éstas han de tener establecido (art. 7 del Decreto 23/2004).

En segundo lugar, recibida una denuncia, las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Asuntos Sociales, en colaboración con los Servicios Sociales Comunitarios y, en su caso, con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, han de llevar a cabo una investigación sobre las circunstancias individuales, familiares y socioeconómicas de la persona mayor cuya desasistencia o maltrato se hubiera denunciado. Y, cuando directamente de los hechos denunciados o como consecuencia de la investigación desarrollada a partir de éstos, los órganos administrativos intervinientes hubieran conocido una actuación presuntamente delictiva de los familiares o de los sujetos relacionados con la persona mayor, han de dar traslado inmediato de los mismos al Ministerio Fiscal, adjuntándole igualmente los datos y antecedentes que tuvieran disponibles y pudieran contribuir a su resolución (art. 8 Decreto 23/2004).

En tercer lugar, verificada la situación de desasistencia o maltrato en que se encuentre una persona mayor, las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Asuntos Sociales y las Entidades Locales han de proceder, previo consentimiento de los interesados, a determinar las prestaciones y servicios de carácter comunitario o especializado que fuera con-

veniente asignarle en función de sus circunstancias, dando prioridad a la concesión de los servicios de teleasistencia, ayuda a domicilio y asistencia domiciliaria especializada. Y sólo en el caso de que no fuera posible la permanencia de la persona mayor en su hogar, se le propondrá su ingreso en un Centro residencial (art. 9.1 Decreto 23/2004). Una decisión que resulta consecuente con las políticas de envejecimiento activo que han de favorecer la voluntad de las personas de envejecer en casa, y con los principios de la Ley 6/1999.

Eso sí, ya se adopte una medida u otra, la asignación de prestaciones y servicios se ha de realizar de forma que la cumplimentación de datos y la aportación de documentos por la persona mayor sea mínima, recabándose de oficio el previo consentimiento de ésta, y cuando la atención requerida por la persona mayor no admita demora, la concesión de los servicios de atención domiciliaria o de ingreso en un Centro residencial se efectuará en el plazo máximo de diez días (art. 9.2 y 3 Decreto 23/2004).

A) *Maltrato*

No resulta fácil dar un concepto del maltrato a los mayores. Diferentes circunstancias socioculturales, éticas, históricas y legales propician que no exista acuerdo sobre una definición de maltrato a los mayores. Nosotros nos quedaremos con la definición ofrecida en la I Conferencia de Consenso sobre el Anciano Maltratado celebrada en Almería, en 1995: “cualquier acto u omisión que produzca daño, intencionado o no, practicado sobre personas de sesenta y cinco y más años, que ocurra en el medio familiar, comunitario o institucional, que vulnere o ponga en peligro la integridad física, psíquica, así como el principio de autonomía o el resto de derechos fundamentales del individuo, constatable objetivamente o percibido subjetivamente”⁷².

En España el maltrato de personas mayores, si bien no está tipificado como delito específico, puede encuadrarse tanto en el artículo 153.2 del Código Penal, que contempla y castiga los episodios violentos; como en el artículo 173.2 del Código Penal, referido a los malos tratos habituales⁷³.

⁷² Otro concepto del maltrato tiene la Organización Acción contra el Maltrato de los Ancianos, donde se define el maltrato como la realización de un acto único o reiterado o la dejación en la toma de medidas necesarias, en el contexto de cualquier relación en la que existen expectativas de confianza, que provocan daño o angustia a una persona mayor. Por su parte, el Consejo de Europa (1992) lo define como todo acto u omisión cometido contra una persona mayor, en el cuadro de la vida familiar o institucional y que atenta contra su vida, la seguridad económica, la integridad físico-psíquica, su libertad o comprometa gravemente el desarrollo de su personalidad.

⁷³ Artículo 173.2 Código Penal: “El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar,

En realidad, en el marco de los malos tratos se pueden englobar diversos tipos⁷⁴:

- 1) Maltrato doméstico ejercido por personas con las que la persona mayor guarda una estrecha relación. Englobaría supuestos de abuso físico, lesión, fuerza física que provoca dolor, administración injustificada de fármacos o de restricciones físicas, el abuso emocional, hostigamiento verbal, amenazas, coacciones, insultos, abandono emocional o aislamiento, negligencia, rechazo o incumplimiento de los deberes asistenciales a una persona mayor, explotación financiera o uso ilegal o incorrecto de los activos o patrimonio de una persona.
- 2) Maltrato institucional: Si cualquiera de las conductas descritas anteriormente se practican por servicios públicos o privados. Y,
- 3) Autonegligencia: Conjunto de actitudes de una persona mayor que amenazan su propia salud o seguridad.

En todos ellos subyace en última instancia, la necesidad de salvaguardar la dignidad humana, que es única e inherente a la persona a lo largo de toda la vida, con independencia de la edad y que, como ha expresado el Tribunal Constitucional en innumerables ocasiones, se halla íntimamente vinculada con el buen desarrollo de la personalidad y los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen entre otros (STC 53/1985, de 11 de abril).

B) Casos de abandono y desasistencia

Particularmente importante es el abandono de los mayores. Coexisten en el ordenamiento jurídico penal diferentes tipos que describen la conducta de abandono de personas mayores. El núcleo central de estas conductas delictivas se contiene en el artículo 226 del Código Penal, encuadrado dentro de los delitos contra los derechos y deberes familiares; pero particularmente importante en este ámbito es también la falta de omisión del deber de cuidados a ancianos, tipificada en el artículo 619 del Código Penal y encuadrada dentro de las faltas contra la personas; y el delito de omisión del deber de socorro, tipificado en los artículos 195 y 196 del mismo Cuerpo legal.

así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”.

⁷⁴ Conforme a la tipología utilizada por The National Study of the Incidence of Elder Abuse in the US.

a) *Delito de abandono de los ascendientes*

Dispone el artículo 226 del Código Penal que:

“1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres meses o multa de seis a doce meses.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años”.

La conducta tipificada consiste en dejar de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de los ascendientes, que se hallen necesitados. La actividad delictiva es, así, en una conducta ejercida entre parientes, en el seno familiar, quedando por tanto desterrada para su tipificación en el presente precepto aquellos supuestos de abandono de personas mayores por terceras personas o instituciones que los tuvieren a cargo. Además, el incumplimiento ha de ser continuado y permanente y no episódico; total y absoluto, considerándose atípicas conductas intermitentes, morosas o retardatorias o que impliquen cicatería o mezquindad, suponiendo para los sujetos pasivos incomodidad o molestia, pero no carencia o penurias sumas⁷⁵.

Por lo que se refiere a los “sujetos” integrantes de la relación y la delimitación del concepto de “asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento”, el artículo 226 del Código Penal se configura como una norma penal en blanco, que habrá de completarse con los artículos 142 al 153 del Código Civil, que, como ya vimos más arriba, regulan la institución conocida como “alimentos entre parientes”. De acuerdo con el artículo 143 del Código Civil, están obligados a darse alimentos los cónyuges, los ascendientes y descendientes⁷⁶. Por lo que se refiere al concepto de asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento,

⁷⁵ Lo que no es más que una consecuencia de la doctrina Jurisprudencial reiteradamente dictada en torno al carácter restrictivo de la aplicación del precepto, de acuerdo con el principio de intervención mínima y el carácter estrictamente subsidiario del derecho penal en el ámbito de las relaciones familiares (SSTS 07/03/1988; 22/03/1988; 28/06/1988; 04/04/1990; 18/12/1990 ó 10/12/1991).

⁷⁶ El artículo 144 del Código Civil fija el orden de prelación en el supuesto de concurrencia de diferentes personas obligadas a prestar los alimentos a las que se puede solicitar la reclamación de los mismos, disponiendo que, cuando sean dos o más los obligados a prestarlos se efectuará por el siguiente orden; en primer lugar por el cónyuge; a continuación les corresponde a los descendientes de grado más próximo, en su defecto, se proporcionarán por los ascendientes, también de grado más próximo y, en último lugar, por los hermanos, pero estando obligados en último lugar los que sólo sean uterinos o consanguíneos. El propio precepto establece como colofón el orden gradual del deber de asistencia señalando que, entre los descendientes y ascendientes, se regulará la gradación por el orden en que sean llamados a la sucesión legítima de la persona que tenga derecho a los alimentos.

hay que estar al artículo 142 del Código Civil, que describe el concepto de alimentos como todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. El abandono de personas mayores comporta, pues, todas las esferas necesarias para la supervivencia de los mayores: sustento, habitación, vestido y asistencia médica⁷⁷, que puedan prestarle sus descendientes, siempre, claro está, de acuerdo con la capacidad económica de éstos. Y es que, aunque la actual regulación no contempla la previsión del artículo 487 del Código Penal derogado respecto de la capacidad económica de pago de quienes se ven obligados a prestar esa asistencia indispensable, la doctrina se muestra partidaria de entender que el actual sistema normativo lleva implícita esa capacidad porque resulta evidente que quien carece de capacidad económica no se le puede exigir su cumplimiento⁷⁸.

Por último, sobre la “situación de necesidad” de las personas afectadas que el tipo requiere, se ha de señalar que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sólo será de apreciar cuando bienes jurídicos del afectado estén en peligro como consecuencia de la omisión⁷⁹.

b) La falta de omisión de cuidados debidos a ancianos o discapacitados

Se regula en el artículo 619 del Código Penal de acuerdo con el cual:

“Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días los que dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados”.

A diferencia del delito descrito en el artículo 226 Código Penal que ciñe la conducta a los descendientes, el sujeto activo de la falta puede ser cualquier persona que ejerza la inactividad y ostente la posición de garante de la persona de edad, bien fruto de la relación familiar o legal⁸⁰.

⁷⁷ La duda está en si pueden incluirse dentro del concepto de sustento, esferas de necesidades de carácter moral o ético: falta de atención, abandono psicosocial provocado y abandono emocional. A este respecto la jurisprudencia se muestra vacilante porque frente a una línea jurisprudencial que considera delictivo el incumplimiento de forma continuada de deberes, bien fueren materiales o económicos, éticos, espirituales o morales, siempre y cuando estén declarados por Ley (SSTS 18/05/1987; 22/03/1988; 27/09/1991 ó 15/10/1991), coexiste otra que señala que la consumación se produce si se provoca una real situación de inseguridad para los afectados (STS 10/12/1991).

⁷⁸ L. F. Martín Castillos: “El delito de abandono de familia en la doctrina del Tribunal Supremo”, *www.noticias.juridicas.com*. Abril 2000. J. J. González Rus, en *Compendio de Derecho Penal*, Marcial PONS, 2000.

⁷⁹ SSTS 15/03/1988 y 10/12/1991.

⁸⁰ Coexiste jurisprudencia que condena a quienes abandonan a la madre a la puerta del domicilio de otra hija sin asegurarse de que ningún familiar aceptaría hacerse cargo de su cuidado (SAP Barcelona 940/2003, de

La conducta típica contiene un doble contenido: dejar de prestar asistencia o dejar de prestar el auxilio que las circunstancias requieran. La Jurisprudencia interpreta que “la dejación en la prestación de asistencia” contempla un elemento de continuidad y permanencia, reiterada y sostenida en el tiempo; a diferencia de “la dejación de la prestación de auxilio”, en la que basta una única situación de hecho y una única acción para considerar cometida la infracción⁸¹.

c) *El delito de omisión del deber de socorro*

Las conductas de abandono a los mayores que pudieran calificarse como graves practicadas por personas ajenas al ámbito familiar pueden incluirse en un delito de la genérica figura de omisión del deber de socorro, a través del tipo previsto en el artículo 195 del Código, o a través de la especial protección frente a las conductas practicadas por el personal sanitario que regula el artículo 196 del mismo texto legal⁸². Preceptos que otorgan mayor amparo a los supuestos de gravedad en la omisión de cuidados a ancianos por terceros, que la que proporciona la falta del artículo 619 del Código Penal.

De acuerdo con las previsiones del artículo 195 del Código Penal⁸³, y la Jurisprudencia que lo interpreta, cualquier persona que dejare de prestar la asistencia debida o el auxilio necesario sobre personas mayores, como manifestaciones del deber de socorro, podría ser castigado por el delito de omisión del deber de socorro si concurren las siguientes circunstancias:

2/12/2003) y quienes incumplen sus deberes contractuales por dejar de prestar voluntariamente la asistencia y cuidados necesarios a personas de edad avanzada o discapacitadas en una residencia de ancianos que se encontraban desvalidas y bajo sus cuidados estando especialmente obligados a ello en virtud de una relación contractual (SAP de Murcia 9/2002, de 17/04/2002).

⁸¹ En la SAP de Murcia 9/2002, de 17/04/2002, se contempla la dejación del deber de asistencia, condenando a los responsables de una residencia de ancianos sin licencia municipal, por incumplimiento de los requisitos mínimos, que alojaban a personas: “Debiendo entenderse que la falta de atención y cuidado no sólo se genera por una falta de adecuada alimentación, que no consta que se produjera, sino que nace del hecho de mantenerlas en condiciones inadecuadas a su estado de salud, así como carentes de las condiciones mínimas de bienestar exigidos”. La ausencia de auxilio ante las circunstancias concretas, en cambio, se produce en el supuesto enjuiciado por la SAP Barcelona 940/2003, de 2/12/2003, en el que se condena a la hija al dejar a una anciana en el domicilio de otra de las hijas, sin asegurarse de que ninguno de los familiares aceptaría hacerse cargo de su cuidado.

⁸² J. Muñoz Cuesta: *Omisión del deber de socorro por médico. Comentarios a la STS, Sala 2ª de 28 de enero de 2008*, Aranzadi, 2008.

⁸³ Dispone el artículo 195 del Código Penal: “1. El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses. 2. En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno. 3. Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a 18 meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años”.

- 1) Existencia de una conducta omisiva sobre el deber de socorrer a una persona desamparada, que no pueda auxiliarse a sí misma, ni que lo esté por terceras personas que hagan innecesaria la ayuda del omitente.
- 2) Que se encuentre en peligro manifiesto lo que supone una situación de necesidad patente, evidente, y fácilmente reconocible y además grave, esto es, que existan grandes probabilidades de muerte o de lesiones relevantes.
- 3) Que no exista riesgo propio o de un tercero, como puede ser la posibilidad de sufrir una lesión o un perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que necesita la persona que se halla en peligro.
- 4) Un elemento subjetivo constituido por la conciencia de las circunstancias de desamparo de la víctima, la necesidad de auxilio y el deber de actuar y a pesar de ese conocimiento voluntariamente el sujeto deja de socorrer a la persona desamparada y en peligro manifiesto y grave.

El artículo 196 del Código Penal, por su parte, establece un delito especial de la conducta de omisión del deber de socorro para los profesionales sanitarios que denegaren la asistencia sanitaria o abandonaren los servicios sanitarios, si de la denegación o abandono derivase riesgo grave para la salud de las personas⁸⁴.

2. Protección de personas mayores que presentan alguna deficiencia físico o mental que entorpece el normal desarrollo de su vida: especial referencia a los ingresos en centros residenciales

Se ha tener en cuenta que las personas mayores que forman el colectivo de “tercera edad”, sea cual sea la edad a partir de la cual se considera que ingresan en él, son sujetos de derecho con personalidad jurídica y capacidad de obrar. Y como personas con capacidad jurídica y de obrar podrán, exactamente igual que las demás, ser titulares de los mismos derechos que cualquiera, actuar por sí, poner en práctica el contenido de todos los derechos de que sean titulares y realizar todos los actos y negocios jurídicos de relación personal y patrimonial con los demás. Por tanto, corresponde a la persona mayor ejercitar sus derechos y otorgar, en su caso, las legitimaciones a otras personas (poderes) para que actuar en su nombre y por su cuenta. Nadie puede arrogarse la representación de una persona mayor de edad sólo porque tiene una edad avanzada (art. 1259 del Código Civil).

⁸⁴ Dispone el artículo 196 del Código Penal: “El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años”.

Es conocido por todos, sin embargo, que durante el curso del envejecimiento acontecen toda una serie de modificaciones fisiológicas, morfológicas y psicológicas que, aunque se suceden de manera individual (no todos los individuos envejecen en el mismo grado ni velocidad), heterogénea (no todos los órganos del cuerpo humano se deterioran a un mismo ritmo) e irreversible (conducen a una pérdida progresiva de la capacidad de adaptación y reserva del organismo), aumentan las probabilidades de que se plantee el problema de una posible pérdida en el futuro, de las facultades mentales, además de físicas, bien por causa de enfermedades específicas, bien como consecuencia de un proceso degenerativo propio de edades avanzadas.

Pues bien, las soluciones que ofrece el ordenamiento jurídico para atajar estos problemas son de tres tipos: el tutor o curador, el apoderado preventivo y el guardador de hecho.

A) *El tutor y curador*

Para los supuestos en que las personas mayores se vean afectadas por “enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”, el artículo 200 del Código Civil prevé como solución la incapacitación judicial y el nombramiento para el incapacitado de un tutor o curador, según los casos.

“Nadie puede ser declarado incapaz (para prestar su consentimiento en los actos que implican el gobierno de su propia persona y de sus bienes) sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley” (art. 199 C.C.), que será la que, al tiempo de declarar la incapacitación, determine la extensión y límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronuncie, en su caso, sobre la necesidad de internamiento... (art. 760 LEC)⁸⁵.

En efecto, la situación jurídica de la persona mayor incapacitada judicialmente es la que resulta de la sentencia que ha declarado la incapacidad. Como es conocido, la actual configuración de la incapacitación no delimita una sola situación, sino que la limitación de capacidad de la persona se gradúa en cada caso concreto, conforme a las circunstancias personales. La incapacitación puede ser total, en cuyo caso la persona se somete al régimen de guarda de la tutela; o parcial o relativa, supuesto en el que la institución que procede es la curatela.

El nombramiento de una tutela, en la incapacitación total, comporta que tanto la esfera personal (no la personalísima, salvo en los casos en que la ley lo permita) como la patrimonial de la persona quedan bajo el ámbito de actuación del tutor. De manera que, en líneas generales, la situación del incapacitado es similar a la del menor de edad: el tutor

⁸⁵ El procedimiento de incapacitación se encuentra regulado en los artículos 756 a 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

siempre es representante legal del incapacitado (art. 267 del Código Civil) y, además de los deberes comunes, se impone al tutor del incapacitado la obligación de procurar que adquiera o recupere la capacidad y hacer lo posible para que se inserte en la sociedad⁸⁶. En la incapacitación parcial o relativa, por el contrario, la restricción afecta a la aptitud para actuar en la esfera patrimonial determinada en la sentencia o, en su defecto, en la que señala la ley (arts. 290, 271, 272 Código Civil). La esfera personal no queda afectada, el curador no tiene la representación del incapacitado (art. 289 del Código Civil) y sólo complementa su capacidad, tampoco el ámbito personalísimo.

Pues bien, dejando aparte otros aspectos que se plantean en torno a la tutela y curatela de los mayores, interesa destacar aquí, como el valor emergente de la autonomía personal de los mayores ha tenido acogida en este terreno, por virtud de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, tanto en la incapacitación, como en el nombramiento de tutor y curador, permitiendo, de una parte la petición de la propia incapacitación y, de otra, la designación de quien ha de ser su tutor o curador una vez incapacitado: la llamada autotutela⁸⁷.

Por último señalar que la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas, en su artículo 47, al objeto de amparar los derechos de las personas mayores incapacitadas, establece la obligación de las Administraciones Públicas, así como profesionales, familiares, amigos, vecinos o instituciones, de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos procedentes, las actuaciones de los tutores o curadores de las personas mayores que pudieran redundar en perjuicio de los intereses de éstas.

B) El apoderado preventivo

Dando respuesta a una necesidad sentida socialmente, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, introdujo en nuestro Ordenamiento jurídico la figura del apoderamiento preventivo, ofreciendo una solución a

⁸⁶ Conviene recordar que la incapacitación no es inamovible y que es posible solicitar una modificación del alcance de la ya establecida (art. 761.1 LEC). De manera que es posible que por razón de la situación en la que se halle la persona mayor, la incapacitación que era parcial derive en total.

⁸⁷ La autotutela es una figura, cuya admisión en nuestro derecho fue largamente solicitada por la doctrina, y tuvo al fin acogida por el legislador en la Ley 41/2003, mediante una modificación del artículo 223 C.C. cuyo segundo párrafo dice así. "Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor". De esta manera se contempla el supuesto de que el ordenante prevea que puede llegar a una situación en que se haga precisa su incapacitación judicial y para ese caso, puede que nombre un apoderado preventivo, tratando con ello de no hacer precisa su incapacitación, o puede que trate de solucionar el problema aceptando, en su caso, la llegada de la declaración judicial de incapacitación y estableciendo para tal supuesto las medidas que estime pertinentes relativas a su propia persona y bienes; e incluso puede que realice las dos cosas, dado que el apoderado preventivo y el tutor pueden coexistir, incluso con instrucciones precisas del ordenante, en tanto el juez no revoque el mandato del primero.

corto plazo y menos traumática que la incapacitación para solventar los problemas que pueden plantearse en situaciones en las que es necesario el consentimiento del mayor que tiene sus facultades mermadas⁸⁸. Lo hace añadiendo al artículo 1732 del Código Civil el siguiente párrafo:

“El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiere dispuesto su continuación o el mandato se hubiere dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o, posteriormente, a instancia del tutor”.

Con el otorgamiento de ese poder preventivo se evita a las personas mayores la necesidad de tener que sufrir la incapacitación judicial ante la conveniencia de una disposición patrimonial de sus bienes cuando ya no tengan capacidad mental o volitiva para ello. Una solución plausible, que favorece la promoción de la libertad, la autonomía y la voluntad de la persona, de acuerdo con sus deseos, preferencias, creencias o valores, así como la preservación de su intimidad y confidencialidad; principio que recoge el artículo 4.b) Ley 2/2010, de 8 de abril, de *Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte de Andalucía*.

Este poder puede tener una mayor o menor extensión respecto a las facultades que se otorguen, con un contenido sólo patrimonial de administración y disposición de bienes del poderdante; o también personal, cuando el otorgante conceda al apoderado facultades que hagan referencia a los aspectos personales de aquel, como la toma de decisiones respecto a la educación, recuperación o aumento posible de su capacidad, atenciones, asistencia (incluso médica), internamientos y cuidado del apoderado, etc.

En cuanto a las personas apoderadas, este poder admite una gran variedad de posibilidades, tanto en cuanto al número de personas, que puede ser único o múltiple y, en este caso, atribuirse con carácter simultáneo o sucesivo; como en cuanto a la calidad de las personas nombradas, que pueden tener o no carácter familiar.

En cuanto a la forma, el poder preventivo, siguiendo las reglas generales del mandato, puede formalizarse bien en escritura pública o bien en documento privado. Como dato curioso hay que comentar que, en un gran número de residencias de personas mayores, tanto públicas como privadas, es práctica habitual, en el momento de ingreso de un nuevo residente, la exigencia de una autorización, en modelo impreso, a favor de la persona que tenga por conveniente, para que los responsables del Centro se entiendan con ella a fin de

⁸⁸ Piénsese, por ejemplo, en los casos en que era necesario vender un bien por parte de una persona mayor para pagar una residencia o a una persona que le atiende en su casa, el notario se encontraba con que esta persona tenía ya tan mermadas en sus facultades psíquicas que carecía de capacidad para prestar su consentimiento respecto a la venta o para otorgar un poder al efecto. No había más solución que incapacitarlo, por lo que no se podía solucionar satisfactoriamente y a corto plazo el problema familiar.

disponer cuanto se estime conveniente en orden a la atención, cuidados, objetos personales y todo cuanto pueda afectar a la estancia del residente, en el momento en que éste pierda o tenga muy debilitadas sus facultades mentales. Este documento que se extiende no solo al aspecto patrimonial sino también al personal, y que es de gran utilidad para el centro en cuestión a la hora de tratar de evitar problemas y discusiones con familiares del residente cuando llegaba el momento en que éste perdía sus facultades decisorias, en el fondo, no es más que un poder preventivo otorgado en documento privado, perfectamente válido, dada la gran libertad de forma que concede al mandato el párrafo segundo del artículo 1710 del Código Civil. Aún así, y a fin de evitar los problemas de prueba que en su momento se podrían plantear, no estaría de más que sustituyeran todos esos poderes privados por un poder preventivo otorgado en escritura pública con todas sus garantías.

En cuanto a la extinción del poder preventivo otorgado, éste tendrá lugar por el fallecimiento del poderdante; o por su revocación, por parte del propio poderdante o del juez.

C) El guardador de hecho

La tendencia de la sociedad en que vivimos, sobre todo en materia de familia, camina, claramente, hacia el reconocimiento jurídico de las situaciones fácticas. Se trata de unas realidades nacidas y mantenidas al margen del Ordenamiento jurídico que, sin embargo, responden a intereses por él asumidos para su protección. Una de esas situaciones fácticas recogidas por nuestro Derecho es la del guardador de hecho, cuyo cometido es el ejercicio, con respecto a los menores e incapaces, con carácter de generalidad y permanencia, de su custodia o protección, o de administración de su patrimonio o gestión de sus intereses, por personas que no son tutores, curadores ni defensores judiciales.

Es una figura muy frecuente en la práctica social de los mayores. Piénsese en el sin fin de casos en que las personas mayores, que ven disminuidas en un grado considerable sus facultades intelectuales y volitivas, se quedan bajo el cuidado de su cónyuge o de algún hijo, o, en ocasiones, de un vecino o incluso del director de la residencia en la que viven, sin tener ningún mandato al efecto, ni voluntario, por no haberse otorgado ningún poder preventivo, ni legal por no haber recaído sentencia judicial de incapacitación. Sin embargo, la regulación que de la figura hace nuestro Código Civil (arts. 303, 304 y 306) es tan insuficiente y equívoca, que los juristas prácticos no se han atrevido, hasta ahora, a utilizarla, ante las dudas e inseguridad jurídica que provoca.

3. Ingresos en centros residenciales

Con bastante frecuencia las personas mayores deciden ingresar en residencias. Unas veces porque sufren una pérdida de sus capacidades funcionales y precisan la ayuda de otras personas para realizar actos esenciales de la vida diaria; y otras porque necesitan tener compañía y afecto. Para ello habrán de celebrar un contrato con la residencia, en

virtud del cual aceptan, voluntaria y libremente, su ingreso en el centro y, a cambio de un precio determinado, tienen derecho a todos los servicios que aquél ofrece en función de la modalidad elegida, estancia temporal, diurna o permanente. Normalmente, el centro se obliga a proporcionar servicios de alojamiento, manutención, atención sanitaria, tratamiento de rehabilitación y, en general, la atención a las actividades de la vida diaria, y el usuario se compromete a abonar el precio fijado y, además, a cumplir las normas que rijan el funcionamiento del centro que estarán incluidas en un Reglamento de régimen interno.

Pues bien, es esencial subrayar que el ingreso en este tipo de centros residenciales ha de ser voluntario, pues de lo contrario se vulneraría el derecho a la libertad personal que reconoce el artículo 17 de la Constitución española. Naturalmente, el consentimiento del anciano será válido si la voluntad se ha formado con plena consciencia y libertad, sin influencias externas, por lo que es preciso que la persona tenga suficiente capacidad intelectual y volitiva para tomar la decisión por sí misma y que la decisión tomada por la persona mayor no haya sido inducida por influencias externas.

Ninguna otra persona puede suplir la voluntad de la persona mayor, salvo que ésta se encuentre incapacitada judicialmente por padecer alguna enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que le impida gobernarse por sí misma. En tal caso, si se ha designado un tutor que represente al incapacitado, será éste quien podrá tomar la decisión de ingresar a su tutelado en un centro geriátrico si considera que esa es la solución más conveniente. No necesitará la autorización judicial⁸⁹, puesto que ésta sólo es preceptiva si se trata de internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial (art. 271 Código Civil), y lo cierto es que los centros especializados en la atención y cuidado de personas mayores no pueden incluirse en esas categorías⁹⁰. Sí convendría, sin embargo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 269 Código Civil, que el tutor informara al Juez que le designó sobre la situación del incapaz y las razones que le han llevado a tomar la decisión del ingreso.

Ahora bien, entre la población de los mayores es bastante frecuente encontrar casos de personas que sufren alguna enfermedad o demencia propia de la edad, que afecta con-

⁸⁹ Véase el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, de 28/03/2006 (JUR 220811): “cuando ingresa en un centro de atención a personas mayores no psiquiátrico, como es el caso, persona incapacitada legalmente, por entenderlo su tutor más conveniente, lo que hace es dar cumplimiento a su obligación de alimentos prescrita en el artículo 269.1º del Código Civil en el amplio sentido de su artículo 142, bastando con informar al Juez de su situación como prescribe el apartado 4º de dicho precepto. En el caso concreto, doña A., había sido incapacitada por sentencia firme en que se le designó tutor, los mismos cuidados podría recibir en su domicilio y similares restricciones de libertad tendría en él por su estado”.

⁹⁰ Como apunta J. A. Martín Pérez: “El internamiento o ingreso de personas mayores en centros geriátricos. (Acerca de la procedencia de autorización judicial cuando el ingreso es involuntario)”, en *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004, p. 171, en relación al artículo 271 del Código Civil, se hace referencia a un internamiento de finalidad educativa, aplicable no a enfermos mentales, sino a personas con discapacidades psíquicas o trastornos intelectuales que requieren de un centro especializado.

siderablemente sus facultades intelectuales y volitivas. Sin embargo, la mayoría de esas personas no se encuentran incapacitadas judicialmente, pese a que en algunos supuestos el trastorno que padecen puede ser lo suficientemente grave como para impedirles tomar por sí mismos la decisión de ingresar en un centro especializado y recibir allí la atención que necesitan. En tales casos suelen ser los familiares más próximos quienes deciden el ingreso del mayor con demencia o trastorno cognitivo, sin que se conozca su opinión o incluso, conociendo su voluntad contraria a ser atendido en un centro^{91,92}.

Para evitar este tipo de situaciones cabe plantearse si la familia de la persona afectada por alguna enfermedad o demencia grave debería solicitar la autorización judicial para su ingreso en un centro asistencial. La cuestión que se plantea es si una persona en esas condiciones puede equipararse al supuesto previsto en el artículo 763 de la LEC, esto es, al caso del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico para el que dicho precepto exige la autorización judicial. La respuestas dada por los Tribunales al problema han sido diversas⁹³. La Ley Autonómica 6/1999, de Atención y Protección a las Personas Mayores en Andalucía, apuesta por la necesidad de autorización judicial en todo caso. Sólo permite el ingreso en esos centros mediante prestación de su consentimiento por la persona en cuestión si tiene capacidad para esa prestación y, de lo contrario, es decir en los casos de incapacidad presunta o declarada, requiere autorización judicial (art. 45.1 Ley 6/1999). Una opción que no está exenta de crítica pues contradice uno de los valores que emergen con más fuerza en el seno de las sociedades avanzadas, cual es el respeto a la autonomía de la voluntad⁹⁴, y el derecho a decidir libremente no sólo sobre el ingreso en centro

⁹¹ La Instrucción 3/1990, de 7 de mayo, de la Fiscalía General del Estado (RCL 1991, 525), relativa a los ingresos de personas en las residencias de la tercera edad, se hace eco de las graves irregularidades detectadas en los ingresos, y afirma que “viene siendo usual que los ingresos sean convenidos entre los familiares del interno y el centro, llegando incluso a pactarse el régimen del internamiento, restringiendo o excluyendo la libertad personal (...) lo que puede resultar gravemente atentatorio a derechos constitucionales básicos y a la dignidad de las personas”. Y lo que resulta más grave, esta práctica, “se viene amparando muchas veces en la imposibilidad en que se halla el anciano para prestar su consentimiento en condiciones de validez jurídica, por encontrarse afectado de enfermedad física o psíquica”. Por ello, la Instrucción recuerda la obligación de los Fiscales de visitar los centros, requerir información periódica a las autoridades administrativas en relación a las deficiencias que observen, y en definitiva, adoptar las medidas oportunas para evitar este tipo de situaciones.

⁹² Véase M. D. Casas Planes: “La protection en Espagne de la personne ÂGÉ internée dans un centre Gériatrique”, Comunicación presentada al XIV éme Congres de L'Association Internationale du Droit de la Famille, “Les solidarités eentre générations”.

⁹³ La SAP de la Rioja de 30/12/2003 (AC 464) no exige la autorización judicial. Otro criterio mantiene sin embargo la SAP de Segovia de 27/03/2000 (AC 4049).

⁹⁴ Se propugna una modificación que consiste en permitir que en los casos de “incapacidad presunta” de la persona de quien se solicite el ingreso, pueda prestar el consentimiento su apoderado en el poder preventivo en los casos en que hubiese sido expresamente facultado para ello. Y es que como señala en su Exposición de Motivos la Ley de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte de la Comunidad Andaluza, uno de los valores que emergen con más fuerza en el seno de las sociedades avanzadas es el del respeto a la autonomía de la voluntad. Es bajo ese prisma desde el que se ha solicitado la modificación reseñada del artículo 45 de la Ley 6/1999, estimando que nadie como el propio sujeto para determinar quién

residencia, sino sobre si permanecer o no en el centro. Una cuestión, esta última, a la que atiende el artículo 45 de la Ley 6/1999, en sus párrafos 3º y 4º, que establece el deber de los servicios de inspección de velar porque ninguna persona mayor sea obligada contra su voluntad a permanecer en un centro residencial, para lo cual podrán, si así lo consideran necesario, solicitar del interesado que ratifique la voluntariedad de su estancia, mediante entrevista personal mantenida sin la presencia de familiares ni de representantes del centro.

4. Protección del patrimonio de los mayores y de su derecho como consumidores

Como ha destacado el Consejo Económico y Social, “a causa del envejecimiento, cada año se incorporan nuevas y nutridas generaciones de personas mayores que van renovando el patrimonio cultural del segmento de más edad, añadiendo pautas de comportamiento ligadas ya a la sociedad de consumo generalizado, de la que sí han participado siendo jóvenes”⁹⁵. Esto explica que en la actualidad se haya producido un cambio donde un grupo demográfico hasta ahora apenas atendido haya pasado a ocupar una posición estratégica en las acciones de las empresas⁹⁶, que ven la oportunidad de negocio que supone para las mismas ofrecer productos y servicios adecuados a las necesidades de este colectivo. “Productos cosméticos, de alimentación y de ocio dirigidos sólo al público mayor han proliferado, como en su día lo hicieron los pensados para el público joven”⁹⁷.

Obviamente, no puede negarse el lado positivo que tiene esta nueva tendencia, pero, lamentablemente, también las particulares circunstancias de los mayores les hacen en ocasiones vulnerables a abusos por parte de empresas y entidades sin escrúpulos. Son muy frecuentes las estafas y defraudaciones que sufren personas mayores, especialmente en relación con productos y servicios que se ofrecen a través del teléfono que les inducen a realizar compras irrazonables. También son numerosos los productos y servicios que a través de los anuncios o de los servicios de televenta se dirigen a los mayores, los cuales han de ser exquisitos en el cumplimiento de normativa con la finalidad de no incurrir en

debe ser la persona que debe prestar por él los consentimientos necesarios en los supuestos en que, por estar en situaciones de discapacidad o incapacidad de hecho, no pueda prestarlos, si bien, dada la trascendencia de la situación que contemplamos, ésta deberá estar prevista expresamente en el poder al modo como se exige, para determinados actos de trascendencia patrimonial, en el artículo 1713 C.C. cuando dispone que “Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso” (Libro Blanco del Envejecimiento Activo, editado por la Consejería de igualdad y Bienestar social de la Junta de Andalucía, 2010, p. 127).

⁹⁵ Consejo Económico y Social (Informe 2/2008. Los nuevos modelos de consumo en España-2008, pp. 42 y 43).

⁹⁶ Véase R. Poveda; R. Barberá; J. Prat y P. Vera: *Los hábitos de compra y consumo de las personas mayores*, Barcelona, Fundación Edad y Vida, 2009.

⁹⁷ A. Mars: “No soy mayor, soy ‘senior’ Cada vez son más y con más medios. Las empresas se los disputan como clientes”. *El País*, 2007, 20 de mayo.

supuestos de publicidad ilícita, o en situaciones que contribuyan a la vulnerabilidad del colectivo, nos referimos a la letra pequeña, productos milagro, etc. Algo similar ocurre con determinada programación: concursos, programas de quiromancia, adivinación, etcétera, que puede tener consecuencias adversas para personas especialmente vulnerables, entre los que puede haber parte de la población mayor.

La Comunidad Autónoma Andaluza fue pionera en reparar en la necesidad de proteger a la persona mayor en este ámbito. Y así, en el artículo 48 de la Ley 6/1999, dispone que:

“Las Administraciones Públicas garantizarán el respeto de los derechos que corresponden a las personas mayores como consumidores y usuarios, especialmente en relación a las ofertas comerciales dirigidas específicamente a este sector de la población”.

Son muchas las iniciativas que pueden adoptarse en este terreno, como la necesidad de utilizar determinados documentos para realizar los contratos patrimoniales más relevantes, como, por ejemplo, confeccionar contratos tipo, intervenidos por la Administración competente; establecer plazos de ratificación o desistimiento, una vez la persona haya podido reflexionar sobre la bondad del producto; planificar y ejecutar acciones formativas en materia de consumo dirigidas a los mayores; o, salvaguardar sus derechos como personas consumidoras y usuarias en los medios de comunicación social.

El asunto no es una cuestión baladí. Basta caer en la cuenta que las personas mayores de 65 años son uno de los sectores que más contenidos audiovisuales consume a través de la televisión, por eso se ha de tener presente el papel de la publicidad a través de la televisión y extremar la vigilancia con la finalidad de que ésta sea respetuosa con los derechos de los mayores, no sólo en lo que concierne a éstos como consumidores, sino también en lo referido a la imagen que de los mayores se traslada en la publicidad.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía existe una nueva institución de autogobierno: el Consejo Audiovisual de Andalucía que, entre otras funciones, tiene encomendada la de “Salvaguardar los derechos de... la tercera edad... y otros colectivos necesitados de una mayor protección, en lo que se refiere a los contenidos de la programación y a las emisiones publicitarias, potenciando el respeto a los valores de tolerancia, solidaridad y voluntariado, evitando la inducción de comportamientos violentos e insolidarios, así como facilitando accesibilidad a las personas con discapacidad auditiva o visual” (art. 4.6. de la Ley 1/2004, de Creación del Consejo Audiovisual de Andalucía).

Así mismo, el Decreto 23/2004, de 3 de febrero, sobre Protección Jurídica de las Personas Mayores, establece la obligación de la Consejería de Asuntos Sociales, en coordinación con los órganos competentes en razón de la materia de velar por que la oferta de bienes y servicios dirigidos especialmente a personas mayores exprese con claridad el contenido de la misma, y las condiciones que han de cumplirse para adquirir los regalos, premios u otros incentivos que complementen, en su caso, dicha oferta; y porque no se atribuya a los productos incluidos en una oferta características o cualidades científicas o

técnicas que no hayan sido verificadas oficialmente, y, en especial, cuando su uso por una persona mayor pueda ocasionarle problemas de salud. A tal objeto habrán de procurar la celebración de Convenios con las organizaciones empresariales con los que se incentive el establecimiento de buenas prácticas en este ámbito; y, en el supuesto de que constaten la existencia de actuaciones que perjudiquen o lesionen los derechos de una pluralidad indeterminada de mayores como consumidores o usuarios, se les debe de informar de las vías procesales que tienen para la defensa de sus derechos a través de los programas de orientación jurídica (art. 15 Decreto 23/2004). Incluso, cuando una publicidad ilícita afecte a los intereses colectivos de las personas mayores, la Consejería de Asuntos Sociales podrá solicitar del anunciante su cesación o rectificación; y si a pesar de ello, el anunciante mantuviera la publicidad, la Administración de la Junta de Andalucía podrá promover el ejercicio de la acción de cesación o rectificación, prevista en la Ley General de Publicidad, ante los órganos judiciales competentes.

Pero no siempre son extraños los que atentan contra el patrimonio de las personas mayores. No son tan infrecuentes los supuestos de expoliación patrimonial por personas del entorno familiar o social. Por ello, la Junta de Andalucía ofrece a las personas mayores que presuman que los actos de disposición o de administración, propuestos o ejecutados por sus familiares o por terceros pueden constituir una forma de expoliación de su patrimonio, la posibilidad de solicitar con carácter preferente el servicio de orientación jurídica (art. 14.1 Decreto 23/2004). Así mismo, cuando a través de la información recibida mediante denuncia o por comunicación de los Centros, Servicios u otros órganos administrativos, las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Asuntos Sociales o las Entidades Locales conozcan el riesgo en que se encuentra una persona mayor, de ser objeto de expoliación patrimonial, se le va a ofrecer una orientación jurídica inmediata, en el plazo máximo de siete días, que le permita elegir la opción más adecuada para la defensa de sus derechos e intereses (art. 14.2 y 3 Decreto 23/2004). Más aún, si la defensa de los derechos e intereses de una persona mayor requiriese el ejercicio por su parte de acciones judiciales, se le indicará la posibilidad de acudir, en su caso, a la asistencia jurídica gratuita, y se le ayudará en la cumplimentación de los trámites correspondientes (art. 14.4 Decreto 23/2004), además de dar traslado de tales hechos al Ministerio Fiscal (art. 46 Ley 6/1999).

Particularmente interesante resulta también, a los efectos de ayudar a proteger el patrimonio de las personas mayores, la previsión del artículo 6 del Decreto 23/2004, relativa a la información notarial: “La Consejería de Asuntos Sociales colaborará con los Colegios Notariales de Andalucía, a fin de que las personas mayores puedan conocer en un lenguaje comprensible el valor y alcance del otorgamiento de instrumentos públicos, especialmente cuando ello implique la pérdida de la propiedad o de la posesión, el establecimiento de cargas o la atribución a un tercero de facultades de disposición o administración sobre sus bienes”.

En fin, todo un reto para la Administración de la Comunidad Autónoma Andaluza, implicada activamente en tratar de solventar todos los aspectos que gravitan la vida diaria de las personas mayores en Andalucía y en abordar las políticas de envejecimiento activo, imprescindibles para la mejorar la calidad de vida de nuestros mayores.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO ZAMORA, M. J.: “Derechos sociales, deberes y políticas públicas”, en MUÑOZ MACHADO, S. y REBOLLO PUIG, M.: *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson Civitas, 2008.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M.: “El derecho a la asistencia socio-sanitaria de los ciudadanos europeos mayores de edad en Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 70, 2008.

CASAS PLANES, M. D.: “La protection en Espagne de la personne ÂGÉ internée dans un centre Gériatrique”, Comunicación presentada al XIV éme *Congres de L’Association Internationale du Droit de la Famille*, “Les solidarités eentre générations”.

CHILLÓN PEÑALVER, S.: *El contrato de vitalicio: caracteres y contenido*, Edersa, Madrid, 2000.

ECHAZARRETA FERRER, M.: *El Lugar de Retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles*, Editorial Comares, Granada, 2005.

GIMÉNEZ GLÜCK, D.: “Estado Social y Acciones positivas: Especial consideración de las personas mayores y de las personas con discapacidad”, en DÍAZ PALAREA, M. D. (coord.): *Marco Jurídico y Social de las personas mayores y de las personas con discapacidad*, Reus, S.A., Madrid, 2008.

HERRANZ GONZÁLEZ, R.: “Hipoteca inversa y figuras afines”, en *Portal mayores. Informe Portal mayores*, nº 49, 2006.

MARTÍN PÉREZ, J. A.: “El internamiento o ingreso de personas mayores en centros geriátricos. (Acerca de la procedencia de autorización judicial cuando el ingreso es involuntario)”, en *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004.

MORETÓN SANZ, F.: “Derechos y obligaciones de los mayores en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 70, 2007.

MUÑOZ CUESTA, J.: *Omisión del deber de socorro por médico. Comentarios a la STS, Sala 2ª de 28 de enero de 2008*, Aranzadi, 2008.

MUÑOZ IRANZO: “Aspectos jurídicos de los malos tratos a personas mayores”, *Revista Mult. Gerontologica*, nº 11, 2001.

IGLESIAS, J. A. y MUÑOZ, D.: “La vivienda como fuente de renta vitalicia”, en *Edad & I4da*, enero 2004.

POVEDA, R.; BARBERÁ, R.; PRAT, J. y VERA, P.: “Los hábitos de compra y consumo de las personas mayores”, *Fundación Edad y Vida*, Barcelona, 2009.

RODRÍGUEZ, A.: “Los derechos y deberes en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 68, 2007.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: “La cesión de bienes a cambio de alimentos: el contrato vitalicio”, en *Libro Homenaje a J. Vallet de Goytisolo*, vol. III, Madrid, 1998.

SÁNCHEZ VERA: “La solidaridad intergeneracional”, en *Tendencias en Desvertebración Social y Política de la Solidaridad*, Ed. Sistema, Madrid, 2003.

SEIJAS VILLADANGOS, E.: *Los derechos de las personas mayores*, BOE, Madrid, 2004.

TORNOS MAS: “Efectividad de los derechos y exigibilidad de los servicios sociales”, en *Documentación Administrativa*, nº 271-272, 2005.

Capítulo VIII. RÉGIMEN JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DE LA DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA

M^a Asunción Torres López

I. INTRODUCCIÓN

1. El reconocimiento internacional de los derechos de las personas con discapacidad

Los derechos de las personas con discapacidad están recogidos en numerosas disposiciones que son comunes a todas las personas, desde el ámbito internacional, comunitario, estatal o autonómico.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, proclama en su artículo primero que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Y reconoce en su artículo segundo que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que las personas que no presentan una discapacidad. Los derechos humanos son universales, políticos, civiles, económicos, sociales y culturales, y pertenecen a todos los seres humanos, sean o no personas con discapacidad. De manera que, las personas con discapacidad deben disfrutar de sus derechos y libertades en condiciones de igualdad con el resto de personas que no tienen una discapacidad y es de responsabilidad pública remover los obstáculos para que esto

sea posible, sancionando las situaciones de discriminación por este motivo. Se pretende conseguir, pues, que las personas con discapacidad gocen de su derecho a la igualdad de oportunidades; a la completa igualdad y protección ante la Ley; el derecho a ser tratado con dignidad y respeto; el derecho al trabajo, de acuerdo con sus capacidades; derecho de acceso a la cultura; el deporte; el acceso a los servicios sanitarios; etc.

Este ha sido el punto de partida en una carrera de obstáculos que han ido superándose en el papel y en la práctica. Son muchos los documentos aprobados en la lucha por el respeto de los derechos humanos y el establecimiento y mantenimiento de la paz y en aplicación de todos ellos, para su plena efectividad respecto de las personas con discapacidad, destaca la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobados el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de Naciones Unidas en Nueva York, quedando abiertos a la firma el 30 de marzo de 2007. Además, otros dos instrumentos tratan específicamente de la discapacidad: las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y el Programa de Acción Mundial de las Naciones Unidas para los Impedidos¹.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad constituye el primer instrumento amplio de derechos humanos de este siglo y es la primera convención de derechos humanos que se abre a la firma de las organizaciones regionales de integración, revelando un cambio esencial en el tratamiento de las personas con discapacidad².

España ratificó esta Convención y su Protocolo Facultativo por Instrumento de Ratificación de la Jefatura del Estado, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008, en vigor desde el 3 de mayo de 2008. Y sobre la base del artículo 4 de la Convención se aprueba la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyo objetivo es adecuar la regulación reglamentaria vigente en materia de discapacidad a las directrices de la Convención, en la línea marcada por la Ley 26/2011. Como es lógico, también la normativa autonómica ha de integrar las disposiciones de esta Convención Internacional.

¹ Véase M. A. Torres López: *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, Ed. Thomson-Civitas, 2011, pp. 35 y ss.; R. de Lorenzo: *Discapacidad, sistemas de protección social y Trabajo Social*, Alianza Editorial, 2007, pp. 185 y ss.

² Véase M. A. Cabra de Luna: *Derechos humanos de las personas con discapacidad: la Convención Internacional de las Naciones Unidas*, Ed. Univ. Ramón Areces, 2007; F. Bariffi y A. Palacios Rizzo: *La discapacidad como una cuestión de derecho. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Ed. Cinca, 2007; L. Cayo Pérez Bueno: *El desmantelamiento de la discapacidad y otros escritos vacilantes*, El Cobre, Barcelona, 2004; R. de Lorenzo y A. Palacios: "Los grandes hitos de la protección jurídica de las personas con discapacidad en los albores del siglo XXI", *Revista Documentación Administrativas*, nº 271-272, 2005.

2. Breve referencia al ámbito comunitario

En el ámbito de la Unión Europea, la denominada política social europea no tiene una definición clara y precisa, aunque han sido importantes los avances al respecto desde el Primer Programa de Acción Social del año 1974. La política sobre discapacidad es sobre todo una competencia nacional, si bien, las diferentes iniciativas de la UE influyen en las políticas nacionales mediante directivas o la aplicación específica del método abierto de coordinación a las personas con discapacidad, y en este sentido, la política sobre discapacidad ha de tener en cuenta una complementariedad adecuada entre las políticas nacionales y las comunitarias, junto con las competencias cada vez más amplias de los entes regionales y locales.

La preocupación de la Unión Europea por los derechos de las personas con discapacidad es cada vez más visible. El Consejo de la Unión Europea aprobó la decisión de declarar el año 2003 como Año europeo de las personas con discapacidad, incluyendo entre sus objetivos como una prioridad el aumentar la conciencia pública sobre los derechos de las personas con discapacidad y analizar iniciativas sobre la manera de fomentar dichos derechos.

La Unión Europea trabaja por conseguir que las personas con discapacidad puedan afrontar los diversos obstáculos que dificultan su participación en la sociedad. Lo hace a través de un marco jurídico con el que pretende otorgar una protección eficaz a los ciudadanos de la Unión Europea en la lucha contra la discriminación en general: igualdad hombres y mujeres, igualdad racial, igualdad en materia de empleo; se trata de promover medidas de lucha contra la discriminación directa e indirecta basada en motivos de origen racial o étnico, de religión, de creencias, discapacidad, edad u orientación sexual³.

La Comisión Europea es la institución que realmente ha impulsado acciones para la protección de la discapacidad en la Unión Europea. Entre los métodos empleados en este proceso destaca el denominado “mainstreaming”, que se refiere a la presencia o influencia del tema discapacidad en las políticas comunitarias. Destacamos también la “Estrategia de Discapacidad de la UE 2010-2020: Un compromiso renovado para una Europa sin barreras”, adoptada por la Comisión en noviembre de 2010, cuyo fin es eliminar los obstáculos que impiden a las personas con discapacidad participar plenamente en la sociedad en igualdad de condiciones y en especial, hacer desaparecer las barreras como la accesibilidad, empleo, educación y exclusión⁴.

Además, funciona el denominado Foro Europeo de la Discapacidad, una organización internacional sin ánimo de lucro creada en 1996 por organizaciones de personas con dis-

³ Con mayor extensión y profundidad véase M. A. Torres López: *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 40 a 50.

⁴ Véase P. Tejada: “La UE lanza una nueva estrategia de discapacidad europea”, *Boletín de EURORDIS*, marzo 2011.

capacidad y sus familias y cuyo fin es defender asuntos de interés común para todos los grupos de personas con discapacidad, y constituir una voz fuerte e independiente que les represente ante la UE⁵.

II. LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE DISCAPACIDAD: ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. La distribución de competencias entre los poderes públicos

Artículo 49 CE: *Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.*

No es éste, desde luego, ningún precepto de atribución de competencias a los poderes públicos; sin embargo, como principio rector de la política social y económica, impone a todos los poderes públicos la obligación de realizar tales políticas de carácter social destinadas a la integración de las personas que padecen una discapacidad. Son poderes públicos tanto el Estado, como las Comunidades Autónomas, como también lo son las Entidades Locales. Y el principio de transversalidad es el que debe presidir el desarrollo del artículo 49 CE para ser realmente eficaz.

Ahora bien, cuáles son las competencias con base en las cuales puede cada uno de estos niveles de Administración intervenir en esta materia, toda vez que la competencia en el ámbito de la asistencia social, servicios sociales o protección social, es exclusiva de las Comunidades Autónomas. ¿Qué título habilita al Estado a intervenir?

Son dos los títulos competenciales fundamentales. De un lado, el artículo 148.1.20, que dice: “Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: Asistencia social”. Sin entrar en concreciones terminológicas, a pesar de que la Constitución acoge el término “asistencia social” para otorgar título competencial exclusivo en esta materia a las Comunidades Autónomas, éstas no han asumido el mismo término, sino otro u otros que vienen a referirse a las materias propias de los servicios sociales. En cualquier caso, las políticas públicas de la acción social para ser realmente efectivas han de derivar de la Administración más cercana al ciudadano, lo que ha permitido, por pura lógica y conveniencia, y en respeto de la autonomía local garantizada constitucionalmente, la descentralización de los servicios sociales en las Comunidades Autónomas.

⁵ Se fundamenta en dos pilares: los Consejos Nacionales de personas con discapacidad y las más de 70 ONG europeas de discapacidad que representan distintos tipos de deficiencias o sectores de actividad. Véase <http://www.edf-feph.org/>.

Es oportuno que delimitemos las materias “asistencia social” y “Seguridad Social”, toda vez que el artículo 149.1.17 CE atribuye competencia al Estado en materia de “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de los servicios por las Comunidades Autónomas”. Precisamente, las cuestiones competenciales suscitadas en este ámbito han dado lugar al pronunciamiento del Tribunal Constitucional acerca de la noción de asistencia social⁶.

Así, como ejemplo, podemos citar la STC 239/2002, de 11 de diciembre, referida a los conflictos de competencias acumulados, en relación con los Decretos de la Junta de Andalucía 284/1998 y 62/1999, que regulan la concesión y pago de ayudas económicas complementarias a las pensiones de jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas. El primero de estos Decretos se dicta al amparo del artículo 13.22 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, entonces en vigor, que atribuye competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma en materia de “asistencia social y servicios sociales”. La discusión litigiosa se centra en determinar si se han vulnerado las competencias del Estado sobre la “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social” (art. 149.1.17 CE), así como las competencias referidas a la “regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” (art. 149.1.1 CE).

El Tribunal Constitucional, en su análisis, parte del mandato del artículo 41 de la Constitución y, tras realizar la oportuna delimitación entre “asistencia social” y “seguridad social”, concluye que las ayudas económicas a que se refieren los Decretos tienen una naturaleza específica y distinta de las técnicas prestacionales de la Seguridad Social, de modo que se incardinan en la materia “asistencia social”, tal y como en su doctrina han configurado esta materia, “como una técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social con caracteres propios que la separan de otros afines o próximos a ella, dispensada por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos cualesquiera que éstos sean o también por entidades privadas”.

Explica el Tribunal Constitucional (FJ 3), que el régimen público de la Seguridad Social se configura como una función del Estado destinada a garantizar “la asistencia y prestaciones suficientes en situaciones de necesidad lo que supone apartarse de concepciones anteriores de la Seguridad Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias”.

Por otra parte, el artículo 41 CE es un precepto neutro, que obliga a todos los poderes públicos, y no prejuzga cuáles pueden ser éstos. Un precepto que establece un sistema

⁶ Véase A. de Palma del Teso: “La asistencia social”, en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Ed. Lustel, Madrid, 2009, p. 335. E. Guillén López: “Servicios sociales, voluntariado, menores y familia”, en *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Consejería de Justicia y Administración Pública, Sevilla, 2007, pp. 666 a 668.

de protección social cuyo eje fundamental, aunque no el único, es el Sistema de Seguridad Social de carácter imperativo, el cual coexiste con otros complementarios.

Además, recuerda el Tribunal Constitucional en relación a la noción material de “asistencia social”, que ésta “no está precisada en el Texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general”. Y de la legislación general vigente se deduce “la existencia de una asistencia social externa al Sistema de Seguridad Social y no integrada en él”, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el artículo 148.1.20 CE y, por tanto, competencia posible de las Comunidades Autónomas... Esta asistencia social aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social.

El Tribunal Constitucional en su interpretación del artículo 41 CE, diferencia dos tipos de asistencia social:

- Una asistencia social “interna” al Sistema de Seguridad Social.
- Una asistencia social “externa” al Sistema de Seguridad Social, de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas.

Afirma, en este sentido, que la ampliación de las contingencias protegidas por el Sistema de la Seguridad Social no excluye de antemano que diversos colectivos de sus beneficiarios precisen de apoyos complementarios para atender necesidades no cubiertas por dicho Sistema. De manera que, desde la perspectiva de la legitimidad constitucional, es posible que las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social, otorguen ayudas a colectivos de personas que, aún percibiendo prestaciones asistenciales del Sistema de Seguridad Social, se encuentren en situación de necesidad, siempre que con dicho otorgamiento no se produzca una modificación o perturbación de dicho Sistema o de su régimen económico.

En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que la realidad es cambiante y que tanto la asistencia social como la seguridad social son conceptos dinámicos integrados en el concepto más amplio de prestaciones sociales.

Si la competencia en materia de asistencia social es una competencia que corresponde a las Comunidades Autónomas ex artículo 148.1.20 CE, ello no quiere decir, sin embargo, que el Estado carezca de competencia alguna en la materia, antes al contrario. El mandato del artículo 49 CE es para todos los poderes públicos, para todas las Administraciones Públicas, dentro de las competencias que correspondan a cada una de ellas. La atención a las personas con discapacidad, el logro de la no discriminación, la reducción de las desigualdades, ha de basarse en un denominador común, que permita un trato igual en todas las partes del territorio español.

En este sentido, el título competencial del artículo 149.1.1ª CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. En uso de esta competencia el Estado legisla sobre las condiciones básicas para la integración social de los minusválidos en el año 1982, y veinte años después las desigualdades persisten, pero también se ha avanzado en el desarrollo de políticas públicas de atención social a las personas discapacitadas, y el Estado vuelve a legislar desde el prisma de la necesidad de la transversalidad en el desarrollo de los derechos de los discapacitados, y lo hace con la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

Lo cierto es que, esta inquietud por la atención al discapacitado se ve igualmente impulsada por las acciones procedentes de dos ámbitos distintos: de un lado, la Unión Europea, y sus políticas sectoriales en materia de igualdad de trato y no discriminación en el empleo y la ocupación por razón de discapacidad, que obliga a los Estados miembros a adaptar las Directivas comunitarias dictadas al respecto; y de otro lado, el movimiento promovido por algunas organizaciones de personas con discapacidad y organismos internacionales que defienden el derecho de las personas con discapacidad a vivir en sociedad, en el sentido de tener una vida independiente, una vida activa que permita ejercer los derechos que les asisten, una participación efectiva en la vida política, económica, cultural y social, tal y como reconoce la Constitución en el artículo 9.2 que obliga a los poderes públicos a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Las necesidades y los derechos de las personas con discapacidad son las necesidades y derechos de las personas sin discapacidad. La única diferencia está en las dificultades de los primeros para lograrlas, al ser personas diferentes, pero no ciudadanos con necesidades diferentes. El marco normativo que tiende a la eliminación o superación de tales dificultades se fundamenta en los conceptos de “accesibilidad universal” y de “diseño para todos”, en la “reserva del puesto de trabajo”, en “la adaptabilidad de las viviendas”, en la “adaptación del transporte público”, en la “reserva de parking”, en el “sistema de educación especial”, en “el turismo adaptado”, en las “telecomunicaciones y acceso a las nuevas tecnologías”, etc. Toda una serie de materias sobre las que actúan las distintas Administraciones Públicas y que, por lo tanto, implican distintos títulos competenciales que legitiman tales actuaciones.

En materia de accesibilidad, partiendo del título competencial del artículo 149.1.1ª CE, el Estado tiene, además, competencia exclusiva sobre otras materias que, directa o indirectamente, influyen en el caso que nos ocupa. En este sentido:

- El artículo 149.1.7ª permite al Estado adoptar medidas de integración social de las personas con discapacidad en el ámbito laboral y regular sus condiciones de trabajo.

- El artículo 149.1.8ª que reserva al Estado la potestad normativa sobre el régimen de propiedad, y ello le permite adoptar medidas normativas que, incidiendo en el régimen de propiedad de los bienes, favorezcan la accesibilidad de las personas con discapacidad.
- O bien, el artículo 149.1.14ª CE y el establecimiento de medidas fiscales incentivadoras, como por ejemplo la promoción de viviendas accesibles.

En aplicación de estos títulos competenciales ha dictado entre otras la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos; la Ley 40/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, o también la Ley 15/1995, de 30 de mayo, por la que se establecen límites al dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad.

- En todo caso, corresponde al Estado, el establecimiento de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios, debiendo garantizar a los administrados, incluyendo a las personas con discapacidad, un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; y la legislación sobre contratos (art. 149.1.18ª CE).

La competencia que en materia de supresión de barreras arquitectónicas y la promoción de la accesibilidad es una tarea que corresponde a todas las Administraciones Públicas, cada una en el ámbito de sus competencias. Las Comunidades Autónomas, alegan como títulos competenciales para regular la accesibilidad y supresión de barreras no sólo la asistencia social o servicios sociales, sino también la ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda; obras públicas que no sean de interés general del Estado o que no afecten a otra Comunidad Autónoma, los ferrocarriles, las carreteras y caminos que discurran por su ámbito territorial y los transportes en estos medios. En materia de accesibilidad y supresión de barreras, las Comunidades Autónomas han legislado fundamentalmente legitimadas con el título competencial que les otorga el artículo 148.1.3ª CE (ordenación del territorio, urbanismo y vivienda).

También las Entidades Locales actúan en este ámbito dentro de las competencias que tienen reconocidas en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), cuyo artículo 25 regula las materias objeto de la garantía institucional y en las que los legisladores estatal y/o autonómico deben necesariamente atribuir alguna competencia a los entes locales, como es el caso de la ordenación, gestión y disciplina urbanística (apartado 2.d)). Y es que al tratarse de la Administración más cercana al ciudadano, las soluciones concretas para ser realmente eficaces han de ser de carácter local. En este sentido, se les reconoce competencias sobre ordenación, gestión ejecución y disciplina urbanística, promoción y gestión de viviendas, pavimentación de las vías públicas, prestación de servicios sociales, transporte público de viajeros, etc.; en uso de estas competencias, las Entidades Locales han dictado Ordenanzas específicas sobre accesibilidad y supresión de barreras, más allá

de Ordenanzas de carácter urbanístico o de edificación, a través de las cuales también pueden exigir las condiciones impuestas sobre accesibilidad.

Por encima de este reparto constitucional, la actuación de las Administraciones Públicas que se encamina al desarrollo del contenido del artículo 49 CE, ha de estar presente en otros sectores en los que, igualmente, se imponen deberes a los poderes públicos: el disfrute de una vivienda digna y adecuada (art. 47.1 CE), el reconocimiento del derecho a la salud (art. 43.1 CE); la educación sanitaria, la educación física, el deporte y la adecuada utilización del ocio (art. 43.3 CE); el acceso a la cultura y el derecho a la cultura (art. 44 CE); protección de consumidores y usuarios (art. 51 CE).

En todos estos sectores, pueden actuar las distintas Administraciones Públicas, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y dentro de su ámbito territorial propio, mediante la acción de fomento y la promoción de determinados sectores: turismo para discapacitados; protección de consumidores con discapacidad; programas específicos de carácter cultural; fomento del deporte para discapacitados; etc.

2. Las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de servicios sociales en general y discapacidad en particular

Las competencias en materia de atención a las personas con discapacidad entran dentro de la competencia genérica referida a la asistencia social. Todas las Comunidades Autónomas han recogido en sus Estatutos de Autonomía la competencia en esta materia. Si bien, hemos de distinguir entre dos grupos de Estatutos de Autonomía. De un lado, los Estatutos de Autonomía reformados y los Estatutos de Autonomía que han sido objeto de modificación; de otro lado, los Estatutos de Autonomía que han sido objeto de una reforma integral y, como consecuencia, sustituidos entre los años 2006 y 2007. Las diferencias que se aprecian, radican en las referencias expresas en estos últimos a la necesidad de atender especialmente a determinados colectivos, dentro de la genérica competencia relativa a la asistencia social o servicios sociales, amén del concepto que utiliza cada una de ellas en la asunción de esta competencia genérica.

El primer grupo de Estatutos reconoce con carácter general los derechos y libertades fundamentales que establece la Constitución Española y la cláusula general que obliga a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social⁷.

⁷ Es el caso de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas de Galicia, el País Vasco, Navarra (cuyos Estatutos no han sido reformados), Cantabria, Canarias, Madrid, Asturias, Castilla-La Mancha, Murcia, entre otras, o también, los de las Ciudades de Ceuta y Melilla. En todos ellos, se asumen las competencias

Los nuevos Estatutos de Autonomía, esto es, aquellos que han sido objeto de una reforma integral entre los años 2006 y 2007, incluido el Estatuto de la Comunidad Autónoma de Valencia, no se limitan a asumir la competencia exclusiva en materia de asistencia social, donde reside la legitimación para realizar actuaciones en este ámbito, sino que, con acierto criterio, sí reconocen expresamente la necesidad de atender situaciones especiales, como por ejemplo las situaciones de dependencia; y lo hacen a través del reconocimiento de un verdadero derecho de acceso a los servicios sociales, inspirador y principio rector de las políticas públicas en la materia⁸.

Una de las características que tienen en común la mayoría de los nuevos Estatutos de Autonomía es la inclusión en su articulado de una tabla de derechos y, más aún, el desarrollo de muchos derechos sociales con la pretensión de convertirlos en verdaderos derechos subjetivos. Si bien, ha dejado claro el Tribunal Constitucional en la STC 247/2007, de 12 de diciembre, que tales preceptos estatutarios, tanto los que reconocen derechos como los que reconocen principios, que deberán estar conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto, aunque vinculen efectivamente a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, “necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa, de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico por el legislador autonómico, pues sólo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos”.

Las prestaciones sociales tienen como objetivo prioritario conseguir la inclusión social, procurando el respeto a los principios de no discriminación e igualdad, evitar la marginación y la exclusión social; acciones que se enmarcan en las diversas políticas sociales y que se llevan a cabo por la Administración Pública mediante los servicios sociales prioritariamente en el ámbito de las Comunidades Autónomas.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, con carácter general, el artículo 23 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 marzo, se refiere a la garantía pública del derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales.

exclusivas en materia de asistencia social y bienestar social, aunque expresamente se extiende la competencia, según los casos, a la promoción y ayuda a la tercera edad, emigrantes, minusválidos y demás grupos sociales necesitados de especial atención, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación. Como diferencia a los nuevos Estatutos, en ninguno de éstos se hace referencia expresa a las situaciones de dependencia, que también se dan en las personas con discapacidad.

⁸ Es el caso de los Estatutos de Autonomía de Andalucía, Cataluña, Aragón, Islas Baleares, Castilla y León. En todos ellos se parte del reconocimiento de todos los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Española y, expresamente se dice que los derechos y principios reconocidos en el Estatuto de que se trate no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes.

Sobre esta materia tienen la competencia las Comunidades Autónomas, quienes han regulado su propia normativa de servicios sociales⁹.

Con carácter más específico, el artículo 24 se refiere a las personas con discapacidad o dependencia, a las que se les reconoce el derecho a acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social.

Además, se reconoce el derecho de las personas mayores a recibir de los poderes públicos de Andalucía una protección y una atención integral para la promoción de su autonomía personal y del envejecimiento activo, que les permita una vida digna e independiente y su bienestar social e individual, así como a acceder a una atención gerontológica adecuada, en el ámbito sanitario, social y asistencial, y a percibir prestaciones en los términos que establezcan las leyes¹⁰.

Por otra parte, en el artículo 37 del Estatuto, se establecen los principios rectores de las políticas públicas que deben tender a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos; en concreto los que afectan más directamente a la materia que nos ocupa son los siguientes:

- La prestación de unos servicios públicos de calidad.
- El acceso de las personas mayores a unas condiciones de vida digna e independiente, asegurando su protección social e incentivando el envejecimiento activo y su participación en la vida social, educativa y cultural de la comunidad.
- La especial protección de las personas en situación de dependencia que les permita disfrutar de una digna calidad de vida.
- La autonomía y la integración social y profesional de las personas con discapacidad, de acuerdo con los principios de no discriminación, accesibilidad universal e igualdad de oportunidades, incluyendo la utilización de los lenguajes que les permitan la comunicación y la plena eliminación de las barreras.
- El uso de la lengua de signos española y las condiciones que permitan alcanzar la igualdad de las personas sordas que opten por esta lengua, que será objeto de enseñanza, protección y respeto.

Amparándose con ello una necesaria potenciación de la aplicación de las nuevas tecnologías en la mejora de la calidad de los servicios públicos prestados en general (art. 37.1º EAAnd).

Como garantía de la efectividad de los principios rectores, se establece su carácter informador de las normas legales y reglamentarias andaluzas, la práctica judicial y la

⁹ A la Comunidad Autónoma de Andalucía le corresponde la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, conforme a lo dispuesto en el artículo 61.1.a) de su Estatuto de Autonomía.

¹⁰ Artículo 19 EAA.

actuación de los poderes públicos, y podrán ser alegados ante los jueces y tribunales de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen¹¹. Y corresponde a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía adoptar las medidas necesarias para el efectivo cumplimiento de estos principios, mediante el impulso de la legislación pertinente, la garantía de una financiación suficiente y la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas.

3. La organización administrativa en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Una referencia a la estructuración del Sistema de Servicios Sociales en Andalucía¹²

La Ley de Servicios Sociales de Andalucía, Ley 2/1988, de 4 de abril, tiene por objeto la regulación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, mediante el ejercicio de una acción administrativa coordinada, de un sistema público de Servicios Sociales, con el fin de poner a disposición de las personas y grupos en que se integran, recursos, acciones y prestaciones para el logro de su pleno desarrollo, así como la prevención, tratamiento y eliminación de las causas que conducen a su marginación¹³.

El Sistema se estructura en torno a dos modalidades de Servicios:

- a) Los Servicios Sociales Comunitarios, que son los que constituyen la estructura básica del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, y cuya finalidad es lograr unas mejores condiciones de vida para el pleno desarrollo de los individuos y de los grupos en que se integran, mediante una atención integrada y polivalente.
- b) Los Servicios Sociales Especializados, que son aquellos que se dirigen hacia determinados sectores de la población que, por sus condiciones o circunstancias, necesitan de una atención específica, y se estructuran territorialmente de acuerdo con las necesidades y características propias.

La articulación de las competencias en materia de servicios sociales ha de hacerse teniendo en cuenta las competencias locales.

¹¹ Por otra parte, es la garantía que establece la Constitución en el artículo 53.3, respecto de los principios rectores de la política social y económica.

¹² Véase M. A. Torres López: *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, Ed. Aranzadi, 2011, pp. 94 y ss.

¹³ Artículo Primero de la Ley.

En cuanto a las competencias para llevar a cabo este Sistema público de servicios sociales, la Ley diferencia las correspondientes a la Administración Autonómica, a las Diputaciones Provinciales y a los Ayuntamientos¹⁴. De acuerdo con ello:

1) Corresponde a la Administración Autonómica:

- La planificación general de los Servicios Sociales.
- La coordinación de actuaciones y programas entre sus propios Departamentos, con las distintas Administraciones Públicas y con los sectores de la iniciativa social.
- El establecimiento de prioridades que haga efectiva la coordinación de la política de inversiones y servicios de las Corporaciones Locales.
- La supervisión y control del cumplimiento de la normativa respecto de los servicios prestados tanto por Instituciones públicas como privadas.
- La determinación de los criterios generales para la participación de los usuarios en los Servicios Sociales.
- La gestión, a través del Instituto Andaluz de Servicios Sociales de los Servicios Sociales propios que requieran su prestación supraprovincial.
- La promoción y realización de investigaciones y estudios y actividades formativas.
- La asistencia y asesoramiento técnico a las entidades públicas o de iniciativa social que lo soliciten.
- La creación y organización del Registro de Entidades y Centros de Servicios Sociales en Andalucía.
- La tutela y alta dirección de los entes y organismos, dependientes de la Administración Autonómica y que desarrollen tareas en el campo de los Servicios Sociales.

2) Corresponde a las Diputaciones Provinciales, al margen de las competencias que tengan atribuidas legalmente con el carácter de propias, las siguientes con el carácter de competencias delegadas por la Junta de Andalucía:

- Gestión de los Centros y establecimientos de Servicios Sociales especializados de ámbito provincial y supramunicipal.
- Coordinación y gestión de los Centros de Servicios Sociales Comunitarios, y de los de Servicios Sociales Especializados de ámbito local, en los municipios de hasta 20.000 habitantes.
- Ejecución y gestión de los programas de Servicios Sociales y prestaciones económicas que le pueda encomendar el Consejo de Gobierno.

3) En cuanto a los Ayuntamientos, junto a la competencia propia que en materia de Servicios Sociales les corresponde ejercer en su ámbito territorial, conforme a lo dispuesto

¹⁴ Es extensa la bibliografía en materia de servicios sociales y competencias de las Administraciones Públicas. Entre la más reciente y con carácter específico sobre la Comunidad Autónoma de Andalucía, véase E. González Jaime: *Competencias de las Entidades Locales de Andalucía sobre servicios sociales*, Ed. Iustel, 2009.

en la LRBRL y dentro del marco de la LSSA, también serán competencias por delegación de la Junta de Andalucía las siguientes:

- La gestión de los Centros de Servicios Sociales Comunitarios en los municipios de más de 20.000 habitantes.
- La gestión de los Centros de Servicios Sociales Especializados de ámbito local, en los municipios de más de 20.000 habitantes.
- La ejecución de los programas de Servicios Sociales y prestaciones económicas que pudiera encomendarles el Consejo de Gobierno.

4. La organización específica en la Comunidad Autónoma de Andalucía

Las competencias de la Junta de Andalucía en materia de Servicios Sociales se residen en la Consejería de Salud y Bienestar Social¹⁵. A esta Consejería le corresponde tanto las competencias que venía ejerciendo la Consejería de Salud, a excepción de las competencias en materia de consumo, que se atribuyen a la Consejería de Administración Local y Relaciones Institucionales¹⁶, como las competencias que venía ejerciendo la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social¹⁷, a la que se adscriben, además, las entidades actualmente adscritas a la Consejería de Salud y la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía.

En el plano que interesa a este estudio, las competencias concretas de esta Consejería se centran, de un lado, en la planificación, coordinación, seguimiento y evaluación de los Servicios Sociales de Andalucía y el desarrollo de la red de Servicios Sociales Comunitarios; y, de otro lado, con carácter específico en el desarrollo, coordinación y proposición de iniciativas en relación a las competencias de la Comunidad Autónoma en materias concretas:

- 1) Infancia y familias.
- 2) Personas mayores.
- 3) Integración social de personas con discapacidad.
- 4) Autonomía personal y atención a personas en situación de dependencia.
- 5) Prevención, asistencia y reinserción social de las personas en situación de drogodependencias y adicciones.

¹⁵ Decreto 152/2012, de 5 de junio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y Bienestar Social y del Servicio Andaluz de Salud.

¹⁶ Artículo 11 del Decreto del Presidente 3/2012, de 5 de mayo, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías.

¹⁷ Excepto las competencias relativas al impulso y coordinación de las políticas de igualdad entre hombres y mujeres, y el desarrollo, coordinación y programación de políticas de juventud, atribuidas a la Consejería de la Presidencia e Igualdad y las competencias en materia de violencia de género, atribuidas a la Consejería de Justicia e Interior.

- 6) La ordenación de las Entidades, Servicios y Centros de Servicios Sociales en la Comunidad Autónoma de Andalucía y la promoción y coordinación del voluntariado social en Andalucía.

Sin perjuicio de la superior dirección de la persona titular de la Consejería, el órgano concreto que asume la materia referida a la atención a las personas con discapacidad es la Dirección General de Personas con Discapacidad, que depende de la Secretaría General de Salud Pública, Inclusión Social y Calidad de Vida.

Esta Secretaría General asume todas las funciones relacionadas con la salud pública en general, con las personas mayores, infancia y familias, y con las relacionadas con las personas con discapacidad¹⁸. Más en concreto, en lo que respecta a estas últimas, ejerce las siguientes competencias:

- 1) La planificación y evaluación de las políticas de salud pública en los organismos y entidades dependientes de la Consejería de Salud y Bienestar Social, así como en los centros asistenciales concertados con la misma, en los centros y servicios de atención a personas mayores y en los centros de atención a personas con discapacidad.
- 2) La definición y seguimiento de los instrumentos que desarrollen las citadas políticas de salud pública, así como la definición de las políticas de envejecimiento activo y de atención a las personas con discapacidad.

La Dirección General de las Personas con Discapacidad, asume las actuaciones referidas a la atención e integración social de las personas con discapacidad y en especial las siguientes funciones¹⁹:

- a) La gestión y control de las ayudas económicas.
- b) El diseño, realización y evaluación de los servicios y programas específicos dirigidos a las personas con discapacidad.
- c) El desarrollo de las actuaciones para la valoración, orientación e integración de las personas con discapacidad.

¹⁸ Si bien, mencionar también que con carácter general, la Secretaría General de Calidad e Innovación asume la coordinación general de los recursos destinados al ejercicio de las competencias que tiene atribuida la Junta de Andalucía en materia de Personas Mayores, Infancia y Familias, así como la coordinación general de los recursos destinados al desarrollo de funciones en materia de atención a personas con discapacidad.

¹⁹ A la persona titular de la Dirección General le corresponde, con carácter general, ex artículo 30 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía: 1. Elaborar los planes, programas, estudios y propuestas relativos al ámbito de competencia de la Dirección General, con arreglo a los objetivos fijados para la misma, así como dirigir su ejecución y controlar su cumplimiento. 2. Ejercer las competencias atribuidas a la Dirección General y las que le sean desconcentradas o delegadas. 3. Impulsar, coordinar y supervisar el buen funcionamiento de los órganos y unidades administrativas de la Dirección General, así como del personal integrado en ellas. Y 4. Cualesquiera otras competencias que les atribuya la legislación vigente.

- d) El impulso y seguimiento de la accesibilidad urbanística, arquitectónica, en el transporte y en la comunicación.
- e) Las funciones que atribuya la normativa en materia de autorizaciones y acreditaciones de Centros de atención a personas con discapacidad.
- f) El ejercicio de la potestad sancionadora por incumplimiento de la normativa vigente en la materia que corresponda a esta Dirección General en el ámbito de sus competencias.
- g) El impulso a la transversalidad de las políticas sectoriales dirigidas a las personas con discapacidad y su coordinación intersectorial, así como el apoyo al movimiento asociativo que representa a las personas con discapacidad y sus familias.

En cuanto a la organización provincial, la Consejería seguirá gestionando sus competencias a través de los servicios periféricos correspondientes, con la estructura territorial que se determine. En este sentido, la Disposición Transitoria Tercera del Decreto 152/2012, por el que se establece la estructura de la Consejería de Salud y Bienestar Social, determina que continuarán subsistentes las Delegaciones Provinciales, en cuanto ejerzan las funciones atribuidas a la Consejería por el artículo 11 del Decreto del Presidente 3/2012 citado, hasta tanto se proceda a la reestructuración periférica de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Además, nos encontramos con unos órganos de participación específicos:

- a) El Consejo Andaluz y los Consejos Provinciales de Atención a las Personas con Discapacidad.

El Consejo Andaluz de Atención a las Personas con Discapacidad se crea por la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, y su regulación la establece el Decreto 301/2000, de 13 de junio, de la entonces Consejería de Asuntos Sociales. Se configura como un órgano asesor, con el objeto de promover el impulso y coordinación de las actuaciones que prevé la Ley, velar por su cumplimiento y hacer un seguimiento de las acciones públicas en esta Comunidad Autónoma. En él se integran representantes de la Administración de la Junta de Andalucía y de las Entidades Locales, del movimiento asociativo de personas con discapacidad o familiares o representantes legales²⁰, y de los agentes económicos y sociales²¹.

²⁰ Las Federaciones y Confederaciones de asociaciones de personas con discapacidad, y en su caso, de sus familiares o representantes legales, de ámbito autonómico, representados en el Comité de Entidades Representantes de Minusválidos de Andalucía.

²¹ Las organizaciones sindicales y empresariales de Andalucía, en calidad de vocales (un representante del Sindicato Comisiones Obreras, CC.OO.; un representante del Sindicato Unión General de Trabajadores, UGT; dos representantes de la Confederación de Empresarios de Andalucía).

Junto a este órgano regional, se prevé en cada provincia andaluza un órgano de participación denominado Consejo Provincial de Atención a las Personas con Discapacidad, que será el referente en el ámbito provincial del órgano regional.

La regulación concreta de estos órganos se establece en el Decreto 301/2000, de 13 de junio. Son órganos que se adscriben, tras la reestructuración de las Consejerías, en la Consejería de Salud y Bienestar Social.

b) La Comisión Andaluza de Valoración de Discapacidades y Minusvalías.

Se pretende una armonización de criterios, en los distintos ámbitos territoriales de la Comunidad Autónoma, para la valoración y calificación de minusvalía, con el fin de garantizar un trato igual para todos los ciudadanos en el acceso a los derechos económicos y los servicios dispensados por los poderes públicos.

La regulación de su composición y funcionamiento se establece en la Orden de 15 de enero de 2002, de la entonces Consejería para la Igualdad y Bienestar Social. Por otra parte, la Ley 1/1999, de 31 de marzo, atribuye a los Centros de Valoración y Orientación, en el ámbito de la Comunidad Autónoma, la valoración y calificación de la minusvalía, determinando su tipo y grado.

Esta Comisión funciona en pleno y en Comisiones Técnicas. Se constituyen tres Comisiones Técnicas: Una de profesionales de la Medicina; otra de profesionales de la Psicología y otra de profesionales de Trabajo Social.

c) Además, hemos de destacar también la Comisión Técnica de accesibilidad en las infraestructuras, el urbanismo, la edificación y el transporte en Andalucía, como órgano colegiado de asesoramiento técnico de la Administración de la Junta de Andalucía, creado por el Decreto 293/2009, de 7 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula las normas para la accesibilidad en las infraestructuras, el urbanismo, la edificación y el transporte en Andalucía.

5. La Administración instrumental

La Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA)²², establece un nuevo modelo organizativo de los entes instrumentales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, basado en el concepto de Agencia Administrativa al que ya se refiriera la legislación estatal en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la Mejora de los Servicios Públicos, y a las que le atribuye un régimen jurídico común

²² En adelante LAJA.

y aplicándoles, como técnicas de mayor eficacia y transparencia de la gestión pública, mecanismos de control y responsabilidad por resultados de la gestión del sector público²³.

Esta Ley determina el régimen jurídico de las Entidades Instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía. La clasificación de estas Entidades Instrumentales diferencia entre las Agencias, de un lado²⁴, y las Entidades Instrumentales privadas, esto es, las sociedades mercantiles del sector público andaluz y las fundaciones del sector público andaluz, que en modo alguno podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta la Disposición Adicional Segunda de la LAJA, que se refiere como Administración institucional a las entidades públicas vinculadas con personalidad jurídica propia a las que se les reconozca expresamente por ley independencia funcional o un especial régimen de autonomía respecto de la Administración de la Junta de Andalucía. Y hasta tanto no se efectúe su adecuación a las previsiones de la LAJA, se incluyen los Organismos Autónomos y Entidades de Derecho Público que por ley someten su actividad al Derecho Privado, así como los consorcios autonómicos previstos en el artículo 12 LAJA²⁵.

La LAJA convierte el concepto de Agencia en un modelo organizativo genérico, que integra los distintos regímenes jurídicos de Entidades Públicas que conforman la Administración Instrumental de la Junta de Andalucía. Se define como entidad de Derecho Público, de carácter institucional, con personalidad jurídica dependiente de la Administración de la Junta de Andalucía para la realización de actividades de la competencia de la Comunidad Autónoma en régimen de descentralización funcional²⁶.

En el Título III LAJA, se establece la regulación específica de las Agencias, distinguiendo tres modalidades: las Agencias Administrativas, las Agencias Públicas Empresariales y las Agencias de Régimen Especial. Básicamente, las Agencias Administrativas y las Agencias Públicas Empresariales vienen a sustituir a los Organismos Autónomos y a las Entidades

²³ Véase M. A. Torres López: "La gestión de la política de dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía. La Agencia Andaluza de Atención a la Dependencia", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 77, 2010, pp. 229 y ss.

²⁴ Artículo 52 LAJA, que determina, a su vez, el carácter de Administración institucional de las Agencias, dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía.

²⁵ La Disposición Transitoria Única de la LAJA, prevé la adaptación de los organismos autónomos y otras entidades a las previsiones de la Ley, así como a los consorcios referidos en el artículo 12; y establece para ello un período transitorio de tres años a partir de su entrada en vigor, en el que el proceso de adecuación debe haber concluido. Adecuación de los organismos autónomos al régimen de las agencias administrativas; adecuación de las entidades de Derecho público previstas en el artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, al régimen de las agencias públicas empresariales; o bien, en determinadas circunstancias se podrá plantear la adecuación de al régimen de las agencias especiales.

²⁶ Artículo 54 LAJA.

Públicas Empresariales, respectivamente²⁷. La auténtica novedad en este modelo organizativo la representa el nuevo tipo de Agencia denominada Agencia de Régimen Especial.

La Sección 1ª del Capítulo 2 del Título III LAJA, establece las disposiciones comunes del régimen jurídico de las Agencias, con carácter general. Una muy breve referencia a ello nos lleva a destacar los siguientes aspectos:

- 1) En la esfera de sus competencias le corresponden las potestades administrativas que sean precisas para el cumplimiento de sus fines, y determinadas en sus estatutos.
- 2) Su creación ha de ser por ley en el caso de las Agencias Administrativas y las Agencias Públicas Empresariales; mientras que la creación de una Agencia de Régimen Especial sólo requiere la autorización previa por ley y se producirá con la aprobación de su estatuto por Decreto.
- 3) Los Estatutos de la Agencia determinan su efectivo régimen de funcionamiento: órganos de dirección y competencias; funciones y competencias (potestades administrativas); patrimonio y recursos económicos; régimen presupuestario, económico-financiero, de intervención, control financiero, de contabilidad; recursos humanos, patrimonio y contratación).
- 4) Plan inicial de actuación de las Agencias con un ámbito temporal de cuatro años, en el que se indiquen los objetivos a alcanzar y los recursos humanos, financieros y materiales precisos para su funcionamiento.

Las Secciones 2ª y 3ª del mismo Capítulo 2, se refieren a las Agencias Administrativas y a las Agencias Públicas Empresariales, respectivamente. Las Agencias Administrativas son aquellas entidades públicas que se rigen por el Derecho Administrativo y a las que se les atribuye, en ejecución de programas específicos de la actividad de una Consejería, la realización de actividades de promoción, prestacionales, de gestión de servicios públicos y otras actividades administrativas²⁸.

Las Agencias Públicas Empresariales son entidades públicas a las que se atribuye la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de

²⁷ A los que se refieren los artículos 4 y 6 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

²⁸ Artículos 65 a 67 LAJA. De modo que, para la creación de una Agencia de este tipo debe darse alguno de los siguientes requisitos: a) Necesidad de dotar al servicio o actividad de que se trate de una especial autonomía de gestión respecto de los órganos de la Consejería a los que se encuentre adscrito; b) Existencia de un patrimonio que por su especial volumen o entidad requiera su gestión a través de una entidad con personalidad jurídica; c) Existencia de un servicio susceptible de financiarse en más de un cincuenta por ciento mediante los ingresos que genere su propia actividad (art. 66).

En materia de personal a su servicio, éste puede ser funcionario, laboral, o en su caso, estatutario, en los mismos términos que los establecidos para la Administración de la Junta de Andalucía. Si bien, se pueden establecer excepcionalmente peculiaridades del régimen de personal de la Agencia en las materias de oferta de empleo, sistemas de acceso, adscripción y provisión de puestos y régimen de movilidad de su personal.

interés público susceptibles de contraprestación. Éstas se rigen por el Derecho Privado, excepto en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en la LAJA, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación²⁹.

En ambos casos, las Agencias asumen potestades administrativas necesarias para el cumplimiento de sus fines, si bien, en ningún caso pueden implicar el ejercicio de autoridad. Esta es una de las diferencias con las Agencias de Régimen Especial, a las que se refiere la Sección 4ª del Capítulo 2, y que define como las entidades públicas a las que se atribuye cualesquiera de las actividades que pueden asumir las anteriores Agencias, siempre que se les asignen funciones que impliquen ejercicio de autoridad y requieran especialidades en su régimen jurídico, sometiéndose al Derecho privado, excepto en las cuestiones relacionadas con la formación de la voluntad de sus órganos y con el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados en esta Ley, en sus estatutos, en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía y demás disposiciones de general aplicación³⁰.

Además, el régimen jurídico de actuación y, sobre todo en materia de personal es bien distinto.

En el ámbito de los servicios sociales la novedad surge tras la modificación de la LAJA por el Decreto-Ley 5/2010, de 27 de julio, y posterior Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía: Sección 6ª: Medidas de Organización de los Servicios Sociales.

En principio, la LAJA preveía, en su Disposición Adicional Sexta, la creación de la Agencia Andaluza para la Atención a la Dependencia, como Agencia de Régimen Especial. Si bien, la modificación ha supuesto un cambio de régimen jurídico, al pasar de Agencia de Régimen Especial a una Agencia Empresarial; y, además, la extensión de su objeto o de sus

²⁹ Artículos 68 a 70 LAJA. El personal de las Agencias Públicas Empresariales se rige en todo caso por el Derecho Laboral y será seleccionado mediante convocatoria pública, basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad. En cualquier caso, es de aplicación el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril), cuyo artículo 9.2 determina que “en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”. Además, expresamente la LAJA se refiere al personal directivo de este tipo de Agencias, como el personal que ocupa puestos de trabajo determinados como tales en los estatutos, en atención a la especial responsabilidad, competencia técnica y relevancia de las tareas asignadas siendo su régimen jurídico el previsto en el artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y en la normativa de desarrollo dictada por la Comunidad Autónoma de Andalucía.

³⁰ Artículos 71 a 74 LAJA.

finés, que no se limitan únicamente a la atención a la dependencia, sino a los servicios sociales junto a la dependencia, que también es un servicio social³¹.

De acuerdo con lo expuesto y a efectos de lo que nos interesa, se crea la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía (ASSDA), como agencia pública empresarial³², que se adscribe, tras la reestructuración de las Consejerías, a la Consejería de Salud y Bienestar Social.

La aprobación de los Estatutos de la Agencia es simultánea a la extinción de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y de la Fundación Andaluza para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social. Subrogándose aquélla en las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que son titulares las citadas Fundaciones.

Son objetivos de la Agencia, los propios del Sistema de Atención a la Dependencia, así como la promoción, desarrollo y gestión de recursos de atención social a las personas, a las familias y a los grupos en que éstas se integran para favorecer su bienestar, así como la gestión de recursos y el desarrollo de actuaciones en materia de protección de la infancia; la atención a las drogodependencias ya dicciones; y la incorporación social para la atención a colectivos excluidos o en riesgo de exclusión social. Además, le corresponde, entre otras funciones, la promoción y el fomento de la investigación e innovación, el impulso de la formación de las personas que prestan servicios en los sectores de su competencia; colaboración con las AA.PP., corporaciones, entidades públicas o privadas y particulares.

Como Agencia Pública Empresarial, a diferencia de las Agencias Administrativas, no pueden tener atribuidas actividades de promoción y sí por el contrario actividades de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación y generación de ingresos. Si bien, existe un ámbito objetivo de actividades que resulta común a las Agencias Administrativas y a las Agencias Públicas Empresariales, como son las actividades prestacionales y de gestión de servicios de interés público; aquí la actividad no es un criterio determinante para la creación de una u otra modalidad de Administración instrumental.

Los órganos de las APE no son asimilables en cuanto a su rango administrativo al de los órganos de la Administración de la Junta de Andalucía, salvo excepciones determinadas en los estatutos.

En los casos de que se trate de funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales que deba corresponder exclusivamente a personal funcionario de acuerdo con la legislación aplicable en materia de función pública, podrá llevarse a cabo, bajo la dirección funcional

³¹ Véase M. A. Torres López: *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 104 y ss.

³² Artículo 18 del Decreto-Ley 5/2010.

de la APE, el personal funcionario perteneciente a la Consejería o la agencia administrativa a la que esté adscrita. A tal fin, se configurarán en la RPT correspondiente las unidades administrativas precisas, que dependerán funcionalmente de la APE.

La dependencia de este personal supondrá su integración funcional en la estructura de la Agencia, con sujeción a las instrucciones u órdenes de servicio de los órganos directivos de la agencia, quienes ejercerán las potestades que a tal efecto se establecen en la normativa general. El Decreto por el que se aprueben los estatutos de la agencia contendrá las prescripciones necesarias para concretar el régimen de dependencia funcional, el horario de trabajo y las retribuciones en concepto de evaluación por desempeño y las relativas al sistema de recursos administrativos que procedan contra actos que se dicten en ejercicio de las potestades administrativas atribuidas a la Agencia.

En cuanto al Régimen de Personal, se rige en todo caso por el Derecho Laboral. Será seleccionado mediante convocatoria pública, basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 70). En todo caso se ha de tener presente la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que siendo de aplicación a la Administración de la Junta de Andalucía y a sus Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de la misma (art. 2.1), determina en su artículo 9.2 que “en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”.

La Ley 9/2007, presta atención al régimen del Personal Directivo de las Agencias Públicas Empresariales, entendido como el que ocupa puestos de trabajo determinados como tales en los estatutos, en atención a la especial responsabilidad, competencia técnica y relevancia de las tareas asignadas. Su régimen jurídico será el previsto en el artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, y en la normativa de desarrollo dictada por la Comunidad Autónoma de Andalucía. Conviene recordar al efecto que el régimen jurídico básico del personal directivo público profesional, se llevó a cabo por la Ley 7/2007 (art. 13). Dicho precepto habilita al Gobierno y a los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas para desarrollar el régimen jurídico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición, en torno a los siguientes principios:

- a) Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.
- b) Su designación atenderá a los principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.
- c) El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.

d) La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección (regulada hoy por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto; BOE nº 192, de 12 de agosto).

Los Estatutos de la ASSDA son aprobados por el Decreto 101/2011, de 19 de abril, donde se determina sus contenidos y fines, su composición, estructura y funcionamiento.

Más de seis años han pasado desde que se aprobara la Ley de Dependencia y los problemas que entonces se apreciaban en cuanto a su efectividad y cumplimiento real no sólo continúan, sino que con la actual situación de crisis que tenemos se han acentuado, hasta el punto de provocar una modificación de la norma. La aplicación de la Ley de Dependencia exige la disponibilidad de recursos económicos y sobre todo de medios personales cualificados para atender las diversas situaciones de dependencia. De modo que, la reforma es necesaria, so pena de incurrir en responsabilidad pública y generar las correspondientes reclamaciones por el reconocimiento de un derecho subjetivo de configuración legal.

Existe una responsabilidad pública para la atención de las personas dependientes, como también existe una responsabilidad pública para la atención sanitaria de todos los ciudadanos. Si bien, si estas responsabilidades forman parte del Estado del Bienestar, en tanto que entran dentro del concepto de servicio público, la cuestión está en determinar también, qué estamos dispuestos a pagar los ciudadanos por el Estado del Bienestar, cómo queremos que se configure nuestro Estado del Bienestar. Y ello implica una colaboración más intensa entre Estado y sociedad, más aún cuando el Estado no puede por sí solo dispensar una máxima protección.

La Ley de Dependencia, supuso un importante reto y un “logro” del Estado Social, sobre el papel, sin el riguroso análisis que exige su puesta en práctica, que sólo se ha puesto en evidencia con su aplicación conforme al calendario que en la misma se determina.

6. Las Asociaciones privadas y el voluntariado

Hemos de reseñar que este es un ámbito en el que, aún siendo de responsabilidad pública, el movimiento asociativo de carácter privado es esencial para la configuración de una adecuada protección. Precisamente, las variadas asociaciones privadas que aúnan esfuerzos para procurar las mejores ayudas y soluciones al colectivo específico que representan, dan a conocer la realidad de los problemas y de las necesidades concretas que deben dispensarse a las personas con discapacidad. En este sentido, en el ámbito estatal, la plataforma de representación, defensa y acción de los ciudadanos españoles con discapacidad, más sus familias, la constituye el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI). Es una asociación de ámbito estatal, creada el 9 de enero de 1997, en la que se agrupan las principales organizaciones estatales de personas con dis-

capacidad, además de varias entidades adheridas de acción sectorial y un nutrido grupo de plataformas autonómicas de representantes de discapacitados, con el fin de avanzar en el reconocimiento de sus derechos y alcanzar la plena ciudadanía en igualdad de derechos y oportunidades con el resto de ciudadanos que integran la sociedad.

La función primordial de esta asociación es generar una acción política representativa en defensa de los derechos e intereses de las personas con discapacidad, tanto colectiva como individualmente. Ello lo hace transmitiendo a los poderes públicos, a los distintos agentes y operadores, y a la sociedad, diversas propuestas constructivas, articuladas y contrastadas técnicamente, en la que se evidencian cuáles son las necesidades y demandas del grupo de población de la discapacidad, asumiendo y encauzando su representación. De este modo, el CERMI se convierte en el interlocutor y referente del sector, para promover la no discriminación, la igualdad de oportunidades, la emancipación social y, en general, la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos españoles con discapacidad y sus familias.

Junto al CERMI estatal se han ido creando los CERMI autonómicos, y cada uno de ellos ejerce su función en el ámbito territorial correspondiente en coordinación con el estatal. No podría ser de otra manera, en tanto en cuanto, el territorio no debe ser criterio de distinción a la hora de la atención a las personas con discapacidad, quienes han de tener los mismos derechos y las mismas posibilidades de desarrollo, integración y participación sociales. En este sentido, los CERMI autonómicos han de integrarse como socios en el CERMI estatal³³. La actuación de cada uno de ellos es independiente y autónoma, no existiendo ningún tipo de jerarquía entre el CERMI estatal y los autonómicos.

En Andalucía, se crea el Comité de Entidades Representantes de Personas con Discapacidad (Cermi-Andalucía), en 1998, en el que se agrupan las organizaciones andaluzas más representativas de personas con discapacidad³⁴. De modo que se convierte, en el ámbito de esta Comunidad Autónoma, en el interlocutor entre poder público y sociedad, definiendo y procurando la generación de políticas públicas que tiendan a la atención de las necesidades de las personas con discapacidad.

³³ En la actualidad, hay constituidos y en funcionamiento 17 de los 19 CERMIS Autonómicos posibles, 16 de los cuales forman parte del CERMI Estatal.

³⁴ Son entidades miembro del Cermi-Andalucía: La Confederación Andaluza de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual (FEAPS-Andalucía); La Confederación Andaluza de Personas con Discapacidad Física y Orgánica (CANF-COCEMFE-Andalucía); Federación Andaluza de Asociaciones de Atención a Personas con Parálisis Cerebral (ASPACE-Andalucía); La Federación Andaluza de Asociaciones de Daño Cerebral Adquirido; La Federación Andaluza de Asociaciones de Padres con Hijos con Trastornos del Espectro Autista (AUTISMO Andalucía); La Federación Andaluza de Asociaciones de Personas Sordas (FAAS); La Federación Andaluza de Asociaciones de Síndrome de Down (DOWN-Andalucía); La Federación Andaluza de Familiares de Personas con Enfermedad Mental (FEAFES-Andalucía); Federación Andaluza de Familias de Personas Sordas (FAPAS); La Federación Española de Enfermedades Raras; La Fundación Pública Andaluza para la Integración Social de Personas con Enfermedad Mental (FAISEM); La Organización Nacional de Ciegos Españoles de Andalucía (ONCE).

El Cermi-Andalucía se organiza a través de:

- 1) Una Asamblea de Representantes, como órgano que ostenta la máxima representatividad de las entidades que integra el Cermi-Andalucía, a la que corresponde la aprobación del balance de gestión, las cuentas del ejercicio anterior y el presupuesto de gastos y actuaciones del ejercicio en curso.
- 2) Un Comité Ejecutivo, como órgano responsable de la ejecución de los acuerdos que se adopten en la Asamblea y su representante ante los organismos e instancias decisorias tanto públicas como privadas. Integran este Comité tantos representantes como entidades estén integradas en la Asamblea de Representantes, por un período de cuatro años.
- 3) Una Comisión Permanente, como órgano responsable de la gestión ordinaria de los asuntos de la Entidad, y formada por la Presidencia, la Vicepresidencia Primera, la Vicepresidencia Segunda, la Secretaría General y la Secretaría de Finanzas.

Una de las prioridades en la actuación de los Cermi autonómicos ha de ser la plena coordinación de su actuación con el Cermi estatal, pues al ser entidades autónomas sin dependencia orgánica de ningún tipo podría generarse diferencias en los respectivos ámbitos territoriales, lo que en definitiva se traduciría en un perjuicio para el colectivo de las personas con discapacidad. Consenso en las decisiones y apoyo en las iniciativas junto a la coordinación de las diversas acciones.

Respecto del voluntariado social en el ámbito de la discapacidad, precisar que efectivamente la satisfacción de los intereses generales no sólo es función exclusiva del Estado, sino que es una función que ha de compartirse entre el Estado y la sociedad. Ello supone una libre concurrencia entre agentes proveedores de servicios y, además, permite un “pluralismo político igualitario”. En este sentido es como debemos entender la idea de participación, esto es, como una forma de integrar a los ciudadanos en aquellos puntos concretos de la actuación administrativa en los que sus intereses personales o colectivos puedan verse afectados de modo que se facilite a la Administración un instrumento de trabajo que le sea útil para el cumplimiento de las funciones que tenga legalmente asignadas.

Precisamente, las asociaciones privadas altruistas representan un modo interesante de participación ciudadana en la esfera política, pudiendo ofrecer una buena política social por medios distintos a los partidistas. Por ello una regulación de las actuaciones de los ciudadanos que se agrupen para satisfacer intereses concretos de la comunidad (sociales, culturales, deportivos) constituye una elocuente expresión del Estado Social, y Democrático de Derecho.

Puede afirmarse que la regulación del voluntariado permite: de un lado, que los poderes públicos cumplan con el mandato del artículo 9.2 CE, al ser el voluntariado una forma de participación ciudadana en las actividades de interés general; de otro lado, que el desarrollo de las actividades de interés general, función de los poderes públicos, pueda verse

mejorado a través de las acciones voluntarias llevadas a cabo en el seno de las organizaciones legalmente reconocidas.

El Estado regula el voluntariado en la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado. Y las Comunidades Autónomas también han dictado sus respectivas legislaciones reguladoras del movimiento voluntario en el ámbito territorial propio.

En Andalucía, se regula en la Ley 7/2001, de 12 de julio, del Voluntariado. Esta Ley tiene por objeto promover la libertad de los ciudadanos a expresar su compromiso voluntario a través de los cauces y organizaciones que mejor satisfagan sus intereses y motivaciones. Y obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos que impidan la participación a través de la acción voluntaria organizada y a disponer los medios y recursos para posibilitar el ejercicio efectivo de la acción voluntaria y su promoción en la sociedad civil, evitando establecer trabas que coarten el desarrollo de su autonomía y capacidad de iniciativa.

De acuerdo con esta normativa, estatal y autonómica, el voluntariado hace referencia al conjunto de actividades de interés general desarrolladas por personas físicas, siempre que las mismas no se realicen en virtud de una relación laboral, funcionarial, mercantil o cualquier otra retribuida y reúna los siguientes requisitos³⁵:

- a) Que tengan carácter altruista y solidario.
- b) Que su realización sea libre, sin que tengan su causa en una obligación personal o deber jurídico.
- c) Que se lleven a cabo sin contraprestación económica, sin perjuicio del derecho al reembolso de los gastos que el desempeño de la actividad voluntaria ocasione.
- d) Que se desarrollen a través de organizaciones privadas o públicas y con arreglo a programas o proyectos concretos.

De modo que, expresamente, quedan excluidas las actuaciones voluntarias aisladas, esporádicas o prestadas al margen de organizaciones públicas o privadas sin ánimo de lucro, ejecutadas por razones familiares, de amistad o buena vecindad. Es decir, no debe confundirse el voluntariado con el “voluntarismo individual”.

Tienen la consideración de voluntarios las personas físicas que se comprometan libremente a realizar las actividades de interés general. El concepto de interés general es bastante amplio, por eso la Ley incluye en este tipo de actividades, junto a las asistenciales o de servicios sociales, origen de las acciones voluntarias, las cívicas, educativas, culturales, científicas, deportivas, sanitarias, de cooperación al desarrollo, de defensa del medio ambiente, de defensa de la economía o de la investigación, de desarrollo de la vida asociativa

³⁵ Véase M. A. Torres López: “Régimen jurídico del voluntariado en España: del voluntariado social al voluntariado para la sociedad”, *Actualidad Administrativa*, nº 19, 2000; “El voluntariado como forma de participación en la gestión pública local en materia de deporte”, *Revista Jurídica del Deporte*, nº 2, 1999.

de promoción del voluntariado; ampliándolas a cualesquiera otras que tengan una naturaleza análoga a las anteriores. En el caso que nos ocupa, se trata de un movimiento típico de acción voluntario al incluirse la atención a personas discapacitadas en las actividades asistenciales o de servicios sociales.

Por el desempeño de esta acción voluntaria, el voluntario no ha de recibir contraprestación alguna, pero, además, en ningún caso puede el voluntario sustituir al trabajo retribuido, por ello es necesario delimitar la función del voluntario de la del trabajador, a fin de evitar posibles conflictos. Este es uno de los principales problemas jurídicos que pueden suscitarse. Y si ello es claro en la Ley, ya que uno de los elementos fundamentales para comprobar que estamos ante una relación laboral es que se trate de un trabajo remunerado, no lo es tanto en la realidad práctica. Por otra parte, el hecho de que el voluntario no reciba remuneración por su trabajo, nota de la gratuidad, no quiere decir que no pueda percibir algún tipo de compensación, que, en ningún caso, podrá equivaler al salario habitual. Pero, además, la existencia de esa compensación no ha de ser la causa por la que el trabajo se realice.

Las acciones voluntarias de atención a personas con discapacidad, como cualquier otra, han de desarrollarse a través de organizaciones privadas o públicas y con arreglo a programas o proyectos concretos. Las organizaciones de voluntarios han de estar legalmente constituidas, dotadas de personalidad jurídica propia, sin ánimo de lucro y deben desarrollar programas en el marco de actividades de interés general. La incorporación de los voluntarios ha de formalizarse por escrito, mediante un compromiso en el que se haga constar el conjunto de derechos y deberes de ambas partes, el contenido de las actividades a realizar, la duración del compromiso y las formas de desvinculación por ambas partes.

El régimen de responsabilidad extracontractual frente a terceros por daños causados por los voluntarios es distinto según se trate de organizaciones privadas, a las que se aplica el Código Civil, o de Administraciones Públicas y entidades de Derecho público, a las que se aplica la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En la legislación andaluza, la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad, expresamente se refiere a la participación de la iniciativa social en el artículo 3. Y determina la obligación de las Administraciones Públicas de amparar la iniciativa privada sin ánimo de lucro con la colaboración en el desarrollo de estas actividades, a través del asesoramiento técnico, coordinación, planificación y apoyo económico.

Además, reconoce la especial atención que deben recibir las instituciones, asociaciones y fundaciones sin ánimo de lucro promovidas por las personas con discapacidad, sus familiares o sus representantes legales.

Habrá que ver cómo se materializa en la práctica esta obligación pública. En cualquier caso, y conforme a lo dispuesto en la norma, las Administraciones Públicas han de establecer, en primer lugar, una planificación sectorial, imaginamos que de las líneas o

sectores a proteger a través de la financiación pública, y como requisito indispensable para que las asociaciones privadas de este tipo reciban financiación de los poderes públicos se exige que las actuaciones que realicen se adecuen a las líneas y exigencias de la planificación sectorial.

De modo que, es fundamental que las asociaciones privadas muestren a las Administraciones Públicas cuáles son las necesidades, sus demandas, los problemas reales del colectivo que representan, con el fin de que éstas puedan diseñar una adecuada planificación.

Por otra parte, en materia de atención a las personas con discapacidad son muchos los ámbitos en los que se pueden desarrollar programas específicos que lleven a cabo los voluntarios. Ámbitos que se corresponden con las necesidades y demandas de las personas con discapacidad en aquellos campos en los que es más urgente y necesario desplegar una actividad intensa para hacer realidad la equiparación de derechos y la igualdad de oportunidades de estas personas con el resto de ciudadanos. Allí donde se generan más factores de exclusión para estos ciudadanos, determinando un menor grado de desarrollo personal y social y unas menores posibilidades de acceso a los derechos, bienes y servicios de la comunidad.

Como ejemplo, un caso específico lo constituye el deporte, y son muchos los programas del voluntariado deportivo para personas con discapacidad. En general, el voluntariado deportivo no responde a la idea tradicional del concepto del voluntariado social, ligado a situaciones de necesidad y marginación, sino a la idea de la participación solidaria de los ciudadanos en el desarrollo de los eventos deportivos, por razones igualmente de altruismo y solidaridad, sin embargo, cuando el deporte y discapacidad se unen, el voluntariado deportivo se erige en voluntariado social tradicional. Se trata de: adaptación de instalaciones deportivas, teniendo en cuenta cada modalidad deportiva y cada tipo de discapacidad; colaboración en el desarrollo de eventos oficiales deportivos de desempeñados por personas con discapacidad; del fomento desde el ámbito público de este tipo de voluntariado específico, el voluntariado deportivo, y, dentro de él, el establecimiento de áreas o sectores en los que es necesaria la colaboración voluntaria, como es el ámbito de la discapacidad. Son las Comunidades Autónomas las que, en uso de sus competencias en materia de deporte y asistencia social, han de procurar establecer tales regulaciones. O también, mencionar el ámbito del voluntariado educativo al que hace expresa referencia la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía, en cuyo artículo 177 describe las finalidades a las que éste debe orientarse, siendo una de ellas la de coadyuvar positivamente a la educación y a la integración social de las personas con discapacidad o riesgo de exclusión.

Por otra parte, junto al movimiento voluntario, la realidad muestra un crecimiento asombroso de organizaciones sociales, sin ánimo de lucro, cuyo ámbito de acción principal se centra en el desarrollo de funciones al servicio de la sociedad y que pueden complementar o, en algunos casos, sustituir, los objetivos públicos de carácter social o asistencial que corresponde atender a las Administraciones Públicas, siempre dentro del marco de la co-

laboración con el fin de lograr un sistema de prestaciones adecuado y su mantenimiento, la mejora de la eficiencia de los servicios sociales, y su mayor eficacia³⁶.

III. LA ATENCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA: MARCO NORMATIVO. SECTORES ESPECÍFICOS DE REGULACIÓN Y ACTUACIÓN PÚBLICA³⁷

1. Normativa. Reconocimiento de derechos y deberes de las personas con discapacidad

La primera norma con la que se da cumplimiento al mandato contenido en el artículo 49 CE, fue la Ley estatal de Integración Social de los Minusválidos, Ley 13/1982, de 7 de abril (LISMI). Esta norma, que supuso un importante avance, si bien basada en el desarrollo de medidas de acción positiva y compensatorias destinadas a la protección de la persona, más que a su participación activa en la sociedad, devino insuficiente y fue completada en el ámbito estatal por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (LIONDAU).

Entre ambas normas la Comunidad Autónoma de Andalucía, dicta su Ley de cabecera en este ámbito, la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad. Una norma posteriormente completada con otras de desarrollo y específicas en relación a aspectos más concretos como son la accesibilidad, la lengua de signos, perros guía, etc. Es, pues, una ley transversal, que regula aspectos en materia de educación, salud, servicios sociales, ocio, cultura, deporte, accesibilidad urbanística, etc.; y su finalidad es (en consonancia con la posterior Ley estatal de Igualdad de Oportunidades de 2003) hacer efectiva la igualdad de oportunidades y posibilitar la rehabilitación e integración social de las personas con discapacidad, así como la prevención de las causas que generan deficiencias y discapacidades. Lo hace a través de la regulación de actuaciones que se dirigen a la atención y promoción del bienestar de las personas con discapacidad física, psíquica y sensorial.

³⁶ Véase S. Muñoz Machado: "Tercer sector: entre el Estado y el mercado", en AA.VV.: *La enseñanza del Derecho Administrativo. Tercer sector y fundaciones. Rutas temáticas e itinerarios culturales*, XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Salamanca, 9-11 de octubre de 2000.

Algunos autores hablan de la iniciativa social como conjunto de entidades que, sin ánimo de lucro, prestan servicios sociales en un sentido muy amplio y colaboran con las Administraciones Públicas en la realización de actividades en materia de acción social. En este sentido, M. A. Caba de Luna: "La situación de la iniciativa social en España", *Revista Cuadernos de Acción Social*, nº 24, 1990.

Véase también J. Loza Aguirre: "Definición del Sector Social y Actividades que realiza", en R. de Lorenzo García; M. A. Caba de Luna y E. Jiménez-Reyna Rodríguez (dirs.) y otros: *Las Entidades no lucrativas de carácter social y humanitario*, Ed. La Ley, Colección Solidaridad, 1991.

³⁷ Véase M. A. Torres López: *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 117 y ss.

La inquietud y responsabilidad de la Comunidad Autónoma de Andalucía sobre el colectivo de las personas con discapacidad, con el fin de hacer efectiva esta legislación, se ha reflejado en la necesidad de elaborar los diversos Planes Integrales en relación a las personas con discapacidad y en los que se concretan las líneas a seguir en las distintas políticas públicas. En estos momentos, está vigente el II Plan Integral de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía para el período 2011-2013, aprobado por Acuerdo de 10 de mayo de 2011 de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social. Este Plan se complementa con el Plan de empleabilidad para las personas con discapacidad 2007-2013 y con el Plan de Acción Integral para las Mujeres con Discapacidad en Andalucía 2008-2013.

De modo que, la evolución normativa ha supuesto la configuración de un marco jurídico que parte del concepto de igualdad de oportunidades y su aplicación a aquellas situaciones en las que se produce o puede producir discriminación por motivo de discapacidad. La igualdad de oportunidades, teniendo en cuenta la adaptación a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad³⁸, es definida como “la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o sobre la base de la discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social”³⁹.

Pues bien, teniendo en cuenta que los derechos y deberes de las personas con discapacidad son los mismos que los que corresponden a las personas sin discapacidad, para hacer efectiva la igualdad de oportunidades, veamos cuáles son los derechos, cuáles son los deberes de las personas que legalmente tenga reconocida una discapacidad. Pues, es claro que la declaración legal de discapacidad es el medio para obtener los derechos, beneficios y servicios que correspondan a la persona con discapacidad y a sus cuidadores.

Conforme a lo dispuesto en la LIONDAU, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de

³⁸ Adaptación de la normativa estatal por Ley 26/2011, de 1 de agosto.

³⁹ Artículo 1.Uno de la Ley 26/2011, que modifica el apartado 1 del artículo 1 de la Ley de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal.

jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. La acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional⁴⁰. Y el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, fija unos criterios homogéneos de actuaciones para todo el Estado, previo informe del Consejo Nacional de la Discapacidad y de la Comisión Estatal de Coordinación Y Seguimiento de la Valoración del Grado de Discapacidad. De acuerdo con esta norma, la acreditación del grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, se podrá realizar a través de resolución o certificado del IMSERSO u órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma.

En cuanto a los derechos reconocidos a las personas con discapacidad, la Ley de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía regula los derechos y deberes de los usuarios en Andalucía. Incluye la perspectiva de la adopción de medidas de acción positiva y de no discriminación a la que se refiere en el ámbito estatal la LIONDAU. En concreto:

- 1) La garantía de las prestaciones sanitarias, farmacéuticas y, en su caso, los tratamientos dietoterápicos complejos, para la correcta atención a las personas con discapacidad cuando sea imprescindible para su desarrollo físico y psíquico.
- 2) Derecho a beneficiarse de la rehabilitación médico-funcional necesaria para compensar o mantener su estado físico, psíquico o sensorial para su integración educativa, laboral y social.
- 3) Derecho a recibir la atención educativa específica que por sus necesidades educativas especiales requieran, tan pronto como se adviertan circunstancias que aconsejen tal atención o se detecte riesgo de aparición de la discapacidad, con el fin de garantizar su derecho a la educación y al desarrollo de un proceso educativo adecuado y asistido con los complementos y apoyos necesarios.
- 4) Derecho a la formación profesional ocupacional y a la inserción laboral prioritariamente en el sistema ordinario de trabajo.
- 5) Acceso a la función pública en condiciones de igualdad con el resto de aspirantes.

Expresamente se refiere en el Título V a los servicios sociales, con los diversos niveles de atención que el sistema presta a las personas con discapacidad, los servicios sociales comunitarios y los servicios sociales especializados, Así:

- 1) El primer nivel de atención lo constituyen los Servicios Sociales Comunitarios, a través de los cuales se responde a las necesidades de las personas con discapacidad mediante información sobre los recursos existentes, gestión de prestaciones, ayuda a domicilio y, en general, mediante la atención especial a las personas con problemas de integración social.

⁴⁰ Artículo 1.2 LIONDAU.

2) Los Servicios Sociales Especializados son el instrumento de atención específica a las personas con discapacidad y se dirigen a lograr su integración social, a través de una estructura que integra: Centros de valoración y orientación, Centros residenciales y Centros de día.

Junto a ello, la Comunidad Autónoma de Andalucía también puede establecer prestaciones económicas de carácter periódico o no, con destino a las personas con discapacidad que no puedan atender sus necesidades básicas de subsistencia, en el primer caso, o bien, en el segundo caso, con destino a cubrir total o parcialmente los gastos derivados de la adquisición de ayudas técnicas, asistencia en centros, adaptación funcional del hogar, ayudas a la movilidad y a la comunicación u otras que favorezcan la integración social.

El sistema otorga derechos, pero también impone obligaciones, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la suspensión temporal o a la pérdida del derecho reconocido. Con carácter general, es una obligación la aplicación de las prestaciones económicas a la finalidad para la cual han sido otorgadas; observar las prescripciones de los facultativos sanitarios y equipos multiprofesionales que les asistan, las medidas rehabilitadoras establecidas, cooperar activamente a su mayor eficacia; no rechazar una oferta de empleo adecuado; comunicar las modificaciones sobrevenidas en su situación que pudieran tener repercusiones en relación con el derecho o las prestaciones o con su contenido; etc.

Por otra parte, mencionar dos normas importantes en el ámbito de la protección de las personas con discapacidad. De un lado, la Ley 5/1998, de 23 de noviembre, de Perros Guía de Andalucía; que tiene por objeto garantizar el ejercicio del derecho al libre acceso, deambulación y permanencia en lugares públicos o de uso público de las personas con discapacidad visual que vayan acompañadas de perros guía. Este derecho se entiende integrado por la constante permanencia del perro guía junto a su dueño.

De otro lado, la Ley 11/2011, de 5 de diciembre, Ley de Lengua de Signos de Andalucía. La Ley estatal 27/2007, de 23 de octubre, reconoce las lenguas de signos españolas y regula los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y con sordoceguera y en ella se dispone que sus normas surtirán efecto en todo el territorio español, sin perjuicio de la regulación que corresponda en el ámbito de las Comunidades Autónomas.

La Ley andaluza ha dictado su propia normativa en el marco de lo dispuesto en la legislación estatal, recogiendo las importantes iniciativas e impulsos que al respecto se ha desarrollado como consecuencia de las demandas del movimiento asociativo andaluz que representa a las personas con discapacidad auditiva. Así, en 2003 se aprueba la proposición no de ley de reconocimiento legal de la lengua de signos española, por la que el Parlamento andaluz instaba al Consejo de Gobierno a que solicitara del Gobierno central el reconocimiento de la lengua de signos española y la implantación en todo el territorio español del sistema educativo bilingüe (lengua oral/lengua de signos).

El objeto de esta Ley es la regulación de las medidas necesarias para garantizar y hacer efectivo en Andalucía el respeto, protección, enseñanza y uso en condiciones de igualdad de la lengua de signos española como lengua de aquellas personas que decidan libremente utilizarla, así como de la lengua oral a través de los medios de apoyo a la comunicación oral, en el marco de la legislación estatal. Asimismo, se establecen las medidas y garantías necesarias para que las personas sordas, con discapacidad auditiva y con sordoceguera puedan libremente hacer uso de la lengua de signos española y de la lengua oral a través de los medios de apoyo a la comunicación oral en todas las áreas públicas y privadas, con el fin de hacer efectivo el ejercicio de sus derechos.

2. Algunos sectores concretos de actuación pública

A) La accesibilidad universal y el principio de transversalidad en Andalucía. Urbanismo, vivienda, transporte y comunicaciones

El término accesibilidad universal indica la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Por otra parte, el principio de transversalidad implica que las actuaciones que desarrollan las Administraciones Públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para las personas con discapacidad, sino que comprenden las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de actuación pública, en donde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad. Ello hace que las exigencias a los poderes públicos se proyecten en diversas áreas de acción que abarcan: los espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; los transportes; los bienes y servicios a disposición del público; las relaciones con las Administraciones Públicas. En todos estos ámbitos, las medidas que han de establecer los poderes públicos giran en torno a dos categorías: las medidas contra la discriminación, a través de la prevención y corrección de las situaciones de trato desigual entre las personas con discapacidad y las que no padecen ninguna discapacidad; y las medidas de acción positiva, destinadas a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo los tipos y grados de discapacidad. Junto a estas medidas, destacar también las medidas de fomento (información, sensibilización, calidad, innovación y desarrollo de normas técnicas, etc.) y las medidas de defensa en aras de la consecución de los derechos contenidos en el artículo 24 de la Constitución.

En materia de accesibilidad, son varias las normas que en el ámbito estatal tienden a su aplicación desde la LISMI hasta la LIONDAU, el Plan Nacional de Accesibilidad 2004-2012, y los diversos Reales Decretos que con carácter específico atienden sectores concretos (oficinas públicas, dispositivos y servicios de atención al ciudadano; bienes y servicios a

disposición del público; tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social; medios de transporte; espacios públicos urbanizados y edificaciones)⁴¹.

En Andalucía hemos de citar la siguiente normativa:

- La Ley de Atención a las Personas con Discapacidad de 1999.
- El Decreto 293/2009, de 7 de julio, por el que se aprueba el reglamento que regula las normas para la accesibilidad en las infraestructuras, el urbanismo, la edificación y el transporte en Andalucía. Desarrolla el Título VII de la Ley de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía.

Esta norma se ve impulsada por la aprobación de las normas estatales por Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación de 1999, que considera la accesibilidad un requisito básico que han de reunir las edificaciones y el Código Técnico de la Edificación⁴²; la propia LIONDAU y las normas de desarrollo aprobadas por el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones; y el Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para las personas con discapacidad, que tiene el objeto de armonizar y unificar términos y parámetros en estas materias en todas las Comunidades Autónomas⁴³.

Esta regulación exige que las distintas Consejerías de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales aprueben un plan de actuaciones para la adaptación a esta norma de los edificios, establecimientos, instalaciones, infraestructuras y espacios libres, que sean propios o estén bajo su uso. Y exige también, que el resto de Administraciones Públicas andaluzas elaboren planes de accesibilidad para adaptar las infraestructuras, espacios libres, viales, edificios, establecimientos e instalaciones de uso público y los medios de transporte públicos, existentes a la entrada en vigor de este Decreto, sean de su propiedad o estén bajo su uso. En ambos casos, siempre que sean susceptibles de ajustes razonables. Lo cual indica que, en otro caso, no tendrían esta obligación, si bien, en caso de tratarse de un edificio que por sus características de construcción no es susceptible de tales ajustes razonables, la Administración correspondiente tendría que desarrollar sus funciones en otro lugar que cumpliera con las condiciones de accesibilidad.

⁴¹ Véase un análisis completo en M. A. Torres López: *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 137 y ss. El Plan Nacional de Accesibilidad.

⁴² Aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo.

⁴³ Véase M. A. Torres López: *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 139 y ss.

Ya la Ley de Atención a las Personas con Discapacidad exige que se garantice la accesibilidad y utilización de los bienes y servicios de la sociedad de las personas con discapacidad en todos los planes urbanísticos y en las actuaciones realizadas por cualquier entidad sea pública o privada, de modo que se supriman las barreras y obstáculos físicos que la dificulten. Así también, las vías y espacios libres de uso público ya existentes, los elementos de urbanización, infraestructura y mobiliario del entorno urbano consolidado, se han de ir adaptando progresivamente para permitir la accesibilidad. A tal fin, se exige que las Entidades Locales elaboren planes especiales de actuación. Para la financiación de la accesibilidad en las Entidades Locales, los presupuestos de cada una de éstas deben incluir en cada ejercicio las consignaciones necesarias para financiar dichas adaptaciones, y la Junta de Andalucía, dentro de su disponibilidad presupuestaria, podrá establecer ayudas económicas a tal fin. Por otra parte, las Entidades Locales han de adaptar las Ordenanzas correspondientes cuando su contenido afecte a la materia de accesibilidad y eliminación de barreras.

Las condiciones de accesibilidad exigidas en la normativa, a partir del Decreto de 2009, serán obligatorias a partir del día 1 de enero de 2019, para todas aquellas infraestructuras y espacios libres y viales, edificios, establecimientos o instalaciones existentes, públicas o privadas, que sean susceptibles de ajustes razonables⁴⁴.

De acuerdo con las normas estatales y andaluzas, la accesibilidad debe alcanzar:

- 1) Los edificios, establecimientos e instalaciones de concurrencia pública: En todo caso, a las áreas y dependencia de utilización colectiva; la comunicación entre el exterior y el interior del edificio; la comunicación entre los accesos del mismo; las dependencias de utilización colectiva, que requiera condiciones de intimidad y se exige una reserva de espacios accesibles a las personas con discapacidad⁴⁵. Además, expresamente se exige que también cumplan con las mismas condiciones de accesibilidad las instalaciones, construcciones y dotaciones que se implanten con carácter fijo, eventual o provisional en los espacios libres exteriores, en las vías públicas e infraestructuras, cuando se desarrollen en las mismas actividades temporales, ocasionales o extraordinarias⁴⁶.
- 2) Edificaciones de viviendas: Y en todo caso, serán accesibles en las zonas de uso comunitario espacios e itinerarios tales como: las áreas y dependencias comunitarias; la comunicación entre el interior y el exterior del edificio; recorrido hasta el ascensor;

⁴⁴ Disposición Final Primera del Decreto 293/2009, que establece el calendario de aplicación a las infraestructuras, los espacios libres y viales, los edificios, establecimientos e instalaciones existentes.

⁴⁵ Son considerados espacios y elementos de utilización colectiva: a) Itinerarios peatonales accesibles. b) Aseos de uso público. c) Obras e instalaciones. d) Zonas de estacionamiento de vehículos. e) Pavimentos. f) Jardinería. g) Parques, jardines, plazas y espacios públicos urbanos. h) Playas accesibles al público en general. i) Espacios naturales accesibles al público en general. j) Cualquier otro de naturaleza análoga a los anteriores.

⁴⁶ Ferias comerciales, mítines, actos conmemorativos, mercadillos, Semana Santa u otros actos religiosos, actividades comerciales o administrativas, etc.

recorridos de conexión en cada planta entre las viviendas y las zonas comunitarias. En cuanto al acceso a la vivienda de las personas con discapacidad, la Ley prevé una reserva mínima del 3% de viviendas de las promociones públicas. En el caso de los promotores privados, se les permite sustituir la adecuación de las viviendas objeto de reserva, por un aval de entidad financiera que garantice la realización de las obras necesarias para las adaptaciones que corresponda realizar.

- 3) Transporte: En los transportes públicos de viajeros que presten servicios de transporte regular de uso general, de titularidad pública o privada, sean urbanos o interurbanos, que circulen por tierra, en superficie o subterráneos, mar, y cauces fluviales y cuya competencia corresponda a la Junta de Andalucía o Entidades Locales andaluzas, se ha de garantizar que el acceso y utilización por las personas con discapacidad se realice de modo autónomo y seguro. En todo caso, el material móvil de nueva adquisición tras la entrada en vigor del Reglamento de 2009, ha de ser accesible conforme a lo dispuesto en la normativa y se exige la adaptación progresiva de los medios de transportes públicos existentes.

En cualquier caso, los medios de transporte han de cumplir las condiciones de accesibilidad establecidas en el Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre. Norma que se ha visto afectada por el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad, que, entre otros aspectos, afecta a los planes de accesibilidad, y establece la obligación para los Organismos Públicos o las Administraciones Públicas titulares del servicio de transporte, en las instalaciones con un tráfico mayor a 750 viajeros/día, en promedio anual, de elaborar un Plan de Accesibilidad que incluya: medidas de acceso a los edificios; elementos básicos de información, con descripción de los medios relativos a señalización visual y acústica; servicio de atención al viajero con el fin de disponer de accesibilidad universal autónoma en sus instalaciones; desplazamientos por el interior de los edificios, con enumeración de las medidas que se van a adoptar para conseguir que el tránsito al modo de transporte sea practicable, incluyendo el material auxiliar; condiciones de accesibilidad a los elementos de los edificios de uso general, como aseos, rampas, mostradores, escaleras, ascensores u otros de uso general al público que conduzcan a los servicios del transporte; medios de acceso a los distintos transportes. La aprobación de estos planes de accesibilidad corresponde a la Administración Pública titular del servicio de transporte.

- 4) Comunicaciones y acceso a las tecnologías y sociedad de la información:

Las Administraciones Públicas ya venían obligadas por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, a adoptar las medidas necesarias para que la información disponible en sus respectivas páginas de Internet pueda ser accesible a las personas mayores y con discapacidad de acuerdo con los criterios de accesibilidad al contenido generalmente reconocidos y deben pro-

mover la adopción de normas de accesibilidad por parte de los prestadores de servicios y fabricantes de equipos y programas de ordenador.

La LIONDAU en este aspecto ha sido desarrollada por el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, referido a las condiciones básicas de acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social. Además, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, establece también el principio de accesibilidad a la información y a los servicios por medios electrónicos. Están obligados por la norma las Administraciones Públicas, los operadores de telecomunicaciones, los prestadores de servicios de la sociedad de la información y los titulares de medios de comunicación social que presten sus servicios bajo jurisdicción española.

Por otra parte, la Ley General de Comunicación Audiovisual 7/2010, de 31 de marzo, que transpone la Directiva 2007/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, de Servicios de Comunicación Audiovisual, alude a la importancia que en la regulación de este sector tiene el reconocimiento de derechos, el derecho del ciudadano a recibir comunicación audiovisual en condiciones de pluralismo cultural y lingüístico y con un tratamiento individualizado de las obligaciones de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en relación a los menores y personas con discapacidad, quienes requieren una protección especial⁴⁷.

En Andalucía, la Ley 18/2007, de 17 de diciembre, de Radio y Televisión de titularidad autonómica, gestionada por la Agencia Pública Empresarial de la Radio y Televisión de Andalucía (RTVA), pretende satisfacer la plena integración de las personas con discapacidad sensorial, con especial atención a la infancia, la juventud y personas mayores, a las formas nuevas de radio y televisión digital y a sus contenidos conexos e interactivos.

Se prevé, en la propia composición del Consejo Asesor de la RTVA, como órgano de participación de la sociedad en la radio y televisión pública de Andalucía, que de los seis vocales designados por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, uno lo será a propuesta del Consejo Andaluz de Atención a las Personas con Discapacidad.

Con carácter específico el artículo 29 de esta norma determina que la RTVA y sus sociedades filiales activen medidas y utilidades que faciliten su acceso a las producciones audiovisuales de las distintas programaciones y a los contenidos y servicios conexos e interactivos, difundiendo programas acompañados de sistemas de subtítulo y lengua de signos española para personas sordas y de audiodescripción para personas ciegas.

⁴⁷ Véase M. A. Torres López: *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 150 a 154.

También han de producir programas audiovisuales específicos que sean accesibles para colectivos de personas con discapacidad sensorial⁴⁸.

B) Infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad

La Ley de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, establece en su Título IX el régimen sancionador en materia de accesibilidad. Posteriormente, tras la LIONDAU, en el ámbito estatal, se dicta la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Además, los Ayuntamientos, en el marco de su competencia urbanística y de transporte, pueden incoar, instruir y resolver los procedimientos sancionadores en materia de accesibilidad y supresión de barreras arquitectónicas.

El Decreto andaluz 923/2009, sobre la base de la normativa citada, en relación con el régimen sancionador, determina en su Disposición Adicional Undécima que la competencia para resolver el procedimiento sancionador e imponer las sanciones corresponde a los órganos respectivos dentro de la Consejería competente por razón de la materia que corresponda. Si bien, el artículo 10.2 de la Ley 49/2007, establece que si una Administración Pública, en el transcurso de la fase de instrucción, considere que la potestad sancionadora en relación con la presunta conducta infractora corresponde a otra Administración Pública, lo pondrá en conocimiento de ésta en unión del correspondiente expediente.

El órgano competente para resolver, podrá en cualquier momento, mediante acuerdo motivado, adoptar las medidas provisionales necesarias para garantizar la eficacia de la resolución, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y atender las exigencias de los intereses generales⁴⁹.

El régimen común de las infracciones refleja la clásica distinción entre infracciones leves, graves y muy graves. Se consideran infracciones administrativas las acciones y omisiones que ocasionen vulneraciones del derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad, cuando se produzcan discriminaciones directas o indirectas, acosos o incumplimientos de las exigencias de accesibilidad y de realizar ajustes razonables, así

⁴⁸ La Disposición Adicional Segunda, teniendo en cuenta lo dispuesto en este artículo 29, dispone que la totalidad de las programaciones generalistas de televisión digital terrestre prestadas por la sociedad filial de televisión de la RTVA tenderán a la inclusión de sistemas de subtítulo: el diez por ciento incorporarán servicios de emisión en lengua de signos española, y el diez por ciento de las programaciones incluirán servicios de audiodescripción. Estos porcentajes se alcanzarán progresivamente conforme a un calendario que finaliza en 2015 con el 100 por 100.

⁴⁹ El artículo 73 de la Ley 1/1999, regula las medidas cautelares.

como el incumplimiento de las acciones de acción positiva legalmente establecidas, especialmente cuando se deriven beneficios económicos para la persona infractora.

En cuanto al régimen común de las sanciones, se prevé la multa como la sanción por excelencia, a la que debe aplicarse el principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta criterios tales como la intencionalidad del infractor o su negligencia, el fraude, la connivencia, el número de personas afectadas, la reincidencia, etc. Junto a multa, se prevén otras sanciones como el cierre temporal o total del centro o la suspensión o cese del servicio en el caso de infracciones muy graves.

Finalmente, respecto de los plazos de prescripción de infracciones y sanciones, la Ley determina que tanto las infracciones como las sanciones leves prescriben a los seis meses, las graves a los dos años, y las muy graves a los tres años.

C) Educación y discapacidad en Andalucía

La educación es un derecho universal y un servicio público, y como tal es un derecho que corresponde a todos los ciudadanos, de modo que los poderes públicos tienen la obligación de actuar en el sentido de corregir las desigualdades y hacer accesible a las personas con discapacidad o necesidades educativas especiales el entorno que permita el desarrollo de este derecho⁵⁰.

Las personas con discapacidad pueden necesitar en un período de su escolarización o durante toda ella determinados apoyos y atenciones educativas, como consecuencia de su discapacidad, que podrá ser física, psíquica o sensorial, o padecer trastorno grave de la personalidad o conducta. Y tales atenciones especiales corresponde dispensarlas a los poderes públicos, bajo los principios de no discriminación y normalización educativa, en Centros que reúnan los recursos necesarios, Centros Especiales u Ordinarios.

La regulación ha de girar en torno a la idea de que el niño crezca siendo consciente de una realidad modelada por la diversidad, una realidad en la que debe convivir y que esa realidad sea la normalidad en el discurrir de su vida. Con esa clara percepción de las diferencias y la normalidad de la integración se podrá hacer efectivos los derechos de todos, con o sin discapacidad. En este sentido, la integración ha de alcanzar a todos los niveles educativos. Así la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), se refiere a los alumnos con necesidades educativas especiales derivadas de discapacidades o trastornos graves de conducta. Y en el ámbito de la educación universitaria, la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, emplaza a las Universidades a garantizar la igualdad de oportunidades de los estudiantes y demás miembros de la comunidad

⁵⁰ Con mayor amplitud puede consultarse el estudio realizado en M. A. Torres López: *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 217 y ss.

universitaria con discapacidad, proscribiendo cualquier forma de discriminación y estableciendo medidas de acción positiva tendentes a asegurar su participación plena y efectiva en el ámbito universitario, y contempla medidas para hacer efectiva esta integración.

En lo que respecta a la regulación básica establecida en la LOE, corresponde a las Administraciones Educativas⁵¹:

- 1) Dotar a los centros (públicos y concertados) de los recursos necesarios para atender adecuadamente al alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo.
- 2) Promover la formación del profesorado y de otros profesionales relacionada con el tratamiento de este alumnado.
- 3) Garantizar la escolarización de estos alumnos, en centros de educación especial, o en centros ordinarios. La escolarización en los primeros solo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad en los centros ordinarios.
- 4) Promover la escolarización en la educación infantil de este tipo de alumnado.
- 5) Favorecer que este alumnado pueda continuar su escolarización de modo adecuado en las enseñanzas postobligatorias.
- 6) Realizar ofertas formativas adaptadas a sus necesidades específicas, cuando no puedan obtener los objetivos de la educación obligatoria. Establecer una reserva de plazas en las enseñanzas de la formación profesional.

En Andalucía, hemos de mencionar la Ley 9/1999, de 18 de noviembre, de Solidaridad en la Educación en Andalucía, parte del reconocimiento de que la educación es un importante instrumento para impulsar la lucha contra las desigualdades y corresponde al sistema educativo establecer los mecanismos que contribuyan a prevenir las y compensarlas.

En el marco de esta Ley, para la enseñanza no universitaria, la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía, que establece el sistema educativo andaluz y básicamente reproduce los principios y previsiones establecidos en la Ley estatal de Educación. El punto de partida lo constituye la garantía pública del derecho de acceso y la permanencia en el sistema educativo del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo y exigiendo el respeto a los principios de normalización, inclusión escolar y social, flexibilización, personalización de la enseñanza y coordinación interadministrativa a efectos de escolarización. Esta Ley exige que la Administración educativa adopte medidas de acceso al currículum, así como las necesarias adaptaciones y exenciones del mismo dirigidas a los alumnos con discapacidad en función del tipo y grado de ésta⁵². Con ca-

⁵¹ Véase el estudio más amplio realizado en M. A. Torres López: *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 221 y ss.

⁵² En el artículo 64 referido a la capacidad de aprendizaje autónomo y especialización. Y el artículo 69, referido al diseño curricular, que establece las mismas exigencias de adaptación y exención en relación con las personas con discapacidad, en la regulación que establece determinando que además de los módulos asociados a

rácter más específico, el artículo 105 se refiere a los principios generales de la educación permanente de personas adultas, cuya finalidad es ofrecer a este colectivo, de mayores de 18 años, la posibilidad de adquirir, actualizar, completar o ampliar sus conocimientos y aptitudes para su desarrollo personal y profesional. Y prevé expresamente que con carácter excepcional puedan cursar estas enseñanzas personas mayores de dieciséis años que acrediten, entre otras circunstancias, encontrarse en situación de discapacidad que le impida cursar las enseñanzas en régimen ordinario.

La Ley es desarrollada para la educación primaria y secundaria por los Decretos 230/2007, de 31 de julio, de Educación Primaria y 231/2007, de 31 de julio, de Educación Secundaria. En ambos se prevé expresamente que el currículo se oriente, además a atender las necesidades educativas especiales y se diseñen las adaptaciones curriculares específicas para el alumnado. Corresponde a la Consejería competente en materia de educación establecer los procedimientos oportunos cuando sea necesario realizar las adaptaciones curriculares.

Por otra parte, la Administración educativa ha de realizar una distribución equilibrada de este alumnado entre los centros docentes sostenidos con fondos públicos, en condiciones que faciliten su adecuada atención educativa y su inclusión social. Esto exige una suficiente dotación de medios materiales y personales en los centros educativos para atender a tal fin; sin estos recursos no es posible el cumplimiento de la norma y, por tanto, la atención que debe dispensarse a las personas con discapacidad.

El Decreto 40/2011, de 22 de febrero, regula los criterios y el procedimiento de admisión del alumnado en los centros docentes públicos y privados concertados para cursar las enseñanzas de segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación especial, educación secundaria obligatoria y bachillerato. En concreto, la Consejería competente en materia de educación. El número de plazas que como máximo puede reservarse hasta el final del período de matrícula, es de tres plazas por unidad en los centros públicos y privados concertados para el alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo. Esta reserva se realiza atendiendo a la mayor puntuación obtenida por aplicación de los criterios de admisión o, en su caso, de desempate. En todo caso, debe acompañarse a la solicitud de admisión dictamen técnico que refleje la situación personal que le lleva a requerir apoyo a la educación.

En lo que respecta a la educación universitaria, y sin ánimo de extenderme mucho⁵³, señalar únicamente que el derecho de acceso a la educación para personas con discapacidad

competencias profesionales, todos los ciclos formativos de formación profesional inicial han de incluir en su currículo formación relativa a prevención de riesgos laborales, tecnologías de la información y la comunicación, fomento de la cultura emprendedora, creación y gestión de empresas y autoempleo y conocimiento del mercado de trabajo y de las relaciones laborales. Además de incluir un módulo de formación en centros de trabajo.

⁵³ Puede verse un amplio estudio de este tema en M. A. Torres López: *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 230 y ss.

también ha de ser posible en este ámbito de la educación universitaria, erigiéndose en responsabilidad pública la garantía del derecho a la educación superior, así como también la obligación de realizar los ajustes que sean razonables. Con carácter general, la normativa estatal contempla referencias expresas a este tipo de alumnado y consistentes en: diseño de un sistema de becas y ayudas con especial atención a las personas con discapacidad; el derecho de igualdad de oportunidades y no discriminación por razón de discapacidad en el acceso a la Universidad, su permanencia y ejercicio de sus derechos académicos; disposición de medios, apoyos o recursos que aseguren la real igualdad de oportunidades entre los miembros de la comunidad universitaria; accesibilidad en los edificios, instalaciones, dependencias universitarias; derecho a la exención de tasas y precios públicos; etc.

El desarrollo reglamentario de estas previsiones se hace a través del Real Decreto 1892/2008, de 14 de noviembre, por el que se regula las condiciones para el acceso a las enseñanzas universitarias oficiales de grado y los procedimientos de admisión a las universidades públicas españolas.

La garantía de los derechos de los estudiantes con discapacidad y la efectividad de su derecho a la educación en el ámbito universitario se aborda en dos fases. Una primera, la fase de acceso a la Universidad, en cuanto a la superación de las pruebas correspondientes. Una segunda, la fase de admisión a la Universidad, se prevé la reserva de un 5 por 100 de las plazas disponibles para estudiantes que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100, así como para aquellos estudiantes con necesidades educativas especiales permanentes asociadas a circunstancias personales de discapacidad, que durante su escolarización anterior hayan precisado recursos y apoyos para su plena normalización educativa.

En Andalucía, la Ley 15/2003, de 22 de diciembre, Andaluza de Universidades, regula el sistema universitario andaluz, en el marco del sistema universitario español y del espacio europeo de enseñanza superior. Expresamente reconoce el derecho a una educación superior pública y de calidad, asequible a todos los ciudadanos; la igualdad de oportunidades en el acceso y la libre elección de los estudios, limitado solo por la capacidad del sistema universitario; y a disponer de los recursos, instalaciones y metodologías que permitan a los estudiantes el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Además, como obligación concreta, corresponde tanto a las Universidades como a la Consejería competente en materia de educación, promover programas de actuación conjunta que favorezcan la eliminación de los obstáculos por los que se puedan ver afectados los estudiantes, atendiendo a situaciones especiales de discapacidad, marginación, exclusión o inmigración.

Por otra parte, la Ley de Solidaridad en la Educación es desarrollada por el Decreto 147/2002, de 14 de mayo, de ordenación de la atención del alumnado con necesidades educativas especiales asociadas a sus capacidades personales. En concreto, respecto de los estudios universitarios prevé la posibilidad de adaptar las pruebas de acceso, cuando, debido a la discapacidad, los medios ordinarios no puedan hacerlo en condiciones favorables; previsión aplicable en el acceso para mayores de 25 años a las Universidades de

Andalucía. Y respecto de la reserva de plazas en las Universidades, se establece hasta un 3 por 100 de las plazas disponibles para estudiantes que tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100, o padezcan menoscabo total del habla o pérdida total de la audición, así como para aquellos estudiantes con necesidades educativas especiales asociadas a condiciones personales de discapacidad que precisen recursos extraordinarios. La aplicación en la práctica de estas previsiones se manifiesta a la hora del procedimiento para el ingreso en la Universidad.

A partir de ahí, cada Universidad ha puesto empeño en la elaboración, diseño y aplicación de medidas necesarias para dotar de recursos y medios materiales y personales para los miembros de la comunidad universitaria que presenten algún tipo de discapacidad, a través de la puesta en marcha de equipos de trabajo especializados, de programas específicos, de talleres de formación o similares.

D) Breve referencia a otros sectores: función pública, mujer y discapacidad, ocio, cultura y deporte

La regulación en todos estos ámbitos incluye necesariamente normas referidas a las personas con discapacidad con el fin de cumplir con los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación. Tan sólo vamos a destacar un breve apunte en cada uno de ellos respecto de la regulación específica en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

a) El acceso a la función pública de las personas con discapacidad

El artículo 23 CE reconoce a todos los ciudadanos el derecho de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. En el caso de ciudadanos con discapacidad los poderes públicos han de actuar en aras a conseguir su integración en el mundo laboral, conforme a lo dispuesto en los artículos 49, 9.2, 10 y 14 CE.

El vigente Estatuto del Empleado Público (EBEP), aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, dispone en su artículo 59 que en las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública. Corresponde a cada Administración Pública realizar las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad. La Ley 26/2011, modifica este artículo 59 en el sentido de elevar el cupo de reserva de plazas en las ofertas de empleo público, que de exigir un cupo no inferior al cinco por ciento, pasa a exigir un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad. Esta reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que,

al menos el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad.

Si bien, en la Comunidad Autónoma de Andalucía, en la oferta de empleo público de 2010, en su exposición de motivos, indica que en cumplimiento del artículo 59 del EBEP y conforme a lo establecido en el Decreto 93/2006, de 9 de mayo, por el que se regula el ingreso, la promoción interna y la provisión de puestos de trabajo de personas con discapacidad en la Función Pública de la Administración General de la Junta de Andalucía, se reserva un 7 por 100 de las plazas para las personas que acrediten una discapacidad igual o superior al 33 por 100, desglosándose por cuerpos, especialidades u opciones de acceso, destinado tanto a las personas con discapacidad física, sensorial o psíquica como a las personas con discapacidad intelectual. Dicho porcentaje significa un incremento de dos puntos con respecto a ofertas de empleo público de cinco años anteriores.

b) Mujer y discapacidad

La discapacidad es motivo de discriminación, pero además si la persona discapacitada es mujer, se sufre una doble discriminación, de ahí la necesidad e importancia del tratamiento de este tema en la lucha contra la discriminación desde las instancias públicas y desde la sociedad. La realidad y estudios técnicos revelan que este colectivo de mujeres con discapacidad se encuentra en una clara desventaja social, económica, educativa y profesional. Los ámbitos en los que debe insistirse en el lucha contra la discriminación son la igualdad de oportunidades, el empleo, el derecho a la salud y el acceso a los servicios sanitarios, la violencia de género y la educación.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía, tras la puesta en marcha del I Plan de Acción Integral para Personas con Discapacidad en Andalucía (2003-2006), los problemas de integración de las mujeres con discapacidad aún presentan niveles de preocupación elevados y uno de los caminos a seguir es el de su enfoque en las distintas políticas y acciones públicas. A tal fin se adopta el I Plan de Acción Integral para Mujeres con Discapacidad de Andalucía (2008-2013), en el que la intervención pública para las personas con discapacidad asume un nuevo enfoque al integrar la perspectiva de género, como garantía del cumplimiento de los principios democráticos de igualdad y respeto a la diversidad.

La finalidad del Plan es articular una estrategia integral de intervención orientada a generar los cambios estructurales necesarios para que las mujeres con discapacidad puedan acceder en igualdad de oportunidades a los derechos y bienes y recursos sociales, y hagan posible el avance progresivo de la consecución de una mayor autonomía en todos los ámbitos de su vida.

Las distintas medidas que se adopten se dirigen a distinto grupo de población y los responsables también son distintos, según el tipo de medida, reflejando la aplicación del principio

de transversalidad, fruto del cual la implicación en su puesta en marcha lo es de las diferentes Consejerías, diferenciando entre destinatarios (grupos de población sobre los que se aplica la medida), responsables públicos y responsables privados en la ejecución de las acciones, esto es, las organizaciones públicas o privadas que en cada caso se encarguen de impulsar, coordinar y garantizar el cumplimiento de las medidas⁵⁴.

c) *Ocio, cultura y deporte*

La Ley de Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, expresamente se refiere a la integración de las personas con discapacidad en materia de ocio, cultura y deporte, haciendo la distinción entre la necesaria integración de este colectivo en las actuaciones destinadas a toda la población y, en su caso, la atención a las características individuales de estas personas.

Para ello, la Administración adopta las necesarias medidas normativas y de fomento con el fin de facilitar el acceso de las personas con discapacidad a las actividades de ocio, culturales y deportivas, tanto las desarrolladas por iniciativa pública como privada. Además, las entidades responsables de oferta de ocio, cultura y actividades físico-deportivas han de incorporar a los profesionales adecuados en las actuaciones que desarrollen destinadas a las personas con discapacidad. Por otra parte, la Administración Pública debe incorporar también las nuevas tecnologías a las ofertas de ocio, cultura y deporte que permitan y mejoren el uso y disfrute de estos recursos a las personas con discapacidad.

En lo que respecta al deporte, éste puede dar respuesta a diversas necesidades, desde fines terapéuticos, educativos hasta necesidades competitivas, con la práctica de entrenamiento, disciplina, superación, etc., permitiendo el desarrollo social y personal de la persona que lo practica, con grandes beneficios desde el punto de vista psicológico. La práctica deportiva es un importante factor de integración social, que ayuda en la rehabilitación, que promueve la independencia y logar seguridad⁵⁵.

⁵⁴ Como ejemplo, el tratamiento de la violencia contra las mujeres con discapacidad. Se trata de un área temática específica en la que se analizan los elementos relacionados con las situaciones de abuso y violencia a las que las mujeres con discapacidad se pueden enfrentar en su vida cotidiana. Entre otras medidas, destacar la investigación sobre violencia específica ejercida sobre las mujeres con discapacidad, que permita conocer sus causas y efectos en ámbitos institucionales y domésticos; realización de campañas de prevención, orientación, sensibilización e información sobre sus derechos y acceso efectivo a los recursos existentes en materia de violencia de género y discapacidad, etc.

⁵⁵ Véase J. Prieto Lucena: "Deporte y Discapacidad: aspectos médicos", en AA.VV.: *Educación física y deporte adaptado*, Ed. Diputación de Córdoba, 1999; C. Cano Remesal: "Derecho deportivo y discapacidad", en E. Arana García e I. Jiménez Soto: *El Derecho Deportivo en España 1975-2005*, Ed. Junta de Andalucía, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, 2005, pp. 413 y ss. Y de esta misma obra, P. Lazúen Alcón y R. López Muñoz: "Derecho deportivo y Derecho social: el voluntariado deportivo, la integración social de los marginados, la mujer y los discapacitados en el ámbito del deporte", pp. 260 y ss.

Los poderes públicos asumen la función del desarrollo del deporte adaptado y el fomento del deporte y de la actividad física para las personas con discapacidad, en la lucha contra la discriminación por este motivo. Y lo debe procurar en distintos ámbitos: la integración de los deportistas con discapacidad en las estructuras del deporte normalizado; la promoción del deporte de base, con el fin de que la mayoría de las personas con discapacidad, especialmente jóvenes, puedan acceder a la práctica deportiva; la incorporación de las actividades físicas y deportes adaptados a todos los procesos de rehabilitación médica en personas con discapacidad; también en el ámbito de la educación, a través de la realización de programas de actividad física adaptada que favorezcan la inclusión de los estudiantes con discapacidad; potenciar la accesibilidad universal en todos los centros e instalaciones deportivas.

En Andalucía, la empresa pública para la gestión del turismo y del deporte en Andalucía, tiene como funciones, entre otras, la gestión de programas deportivos de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, orientados al fomento del deporte en todos sus ámbitos: deporte base, deporte escolar, deporte de competición, deporte de rendimiento, deporte y salud, deporte y mujer, y deporte social para fomentar la integración de colectivos desfavorecidos, dentro de éstos las personas con discapacidad⁵⁶.

Tanto el legislador estatal como los legisladores autonómicos han optado por la organización del desarrollo del deporte adaptado a través de Federaciones polideportivas, en las que se integran los deportistas que presentan similares discapacidades, independientemente del deporte que desarrollen.

En Andalucía, nos encontramos con la Federación Andaluza de Deportes de Discapacitados Físicos. Sus objetivos principales son la promoción, prácticas y el desarrollo del deporte para discapacitados físicos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Ello a través de la puesta en marcha de unos programas deportivos y de formación que pretenden dar respuesta a las demandas de este colectivo hacia la práctica deportiva. Al igual que en el ámbito estatal, se trata de una Federación polideportiva responsable del fomento y desarrollo de la práctica deportiva dirigida a las personas con discapacidad, colectivo que demanda una actividad competitiva de carácter oficial en sus diversas modalidades Paralímpicas, pero además, tiene que dar respuesta a la demanda de la práctica no competitiva, a la terapéutica e integradora u ocupacional. En este sentido, la Federación ofrece tres áreas de actividad: el deporte de competición, el deporte utilitario y la formación. Y desarrolla un programa específico de concienciación y prevención en centros escolares, en el que se pretende tanto sensibilizar a los jóvenes de la importancia de la integración de las personas con discapacidad, como proporcionar a los docentes de la Educación Física nuevas iniciativas e ideas de trabajo para los alumnos con discapacidad, evitando la discriminación y el aislamiento.

⁵⁶ El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, acordó el 27 de julio de 2010, autorizar la creación de la Sociedad Mercantil del Sector Público Andaluz "Empresa Pública para la Gestión del Turismo y del Deporte de Andalucía, S.A." mediante la fusión de las entidades Turismo Andaluz, S.A. y Empresa Pública de Deporte Andaluz, S.A.

BIBLIOGRAFÍA

ARANA GARCÍA, E. y JIMÉNEZ SOTO, I.: *El Derecho Deportivo en España 1975-2005*, Ed. Junta de Andalucía, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, 2005.

BARIFFI, F. y PALACIOS RIZZO, A.: *La discapacidad es una cuestión de derecho. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Ed. Cinca, 2007.

CABRA DE LUNA, M. A.: *Derechos humanos de las personas con discapacidad: la Convención Internacional de las Naciones Unidas*, Ed. Univ. Ramón Areces, 2007.

CABRA DE LUNA, M. A.: “La situación de la iniciativa social en España”, *Revista Cuadernos de Acción Social*, nº 24, 1990.

CAYO PÉREZ BUENO, L.: *El desmantelamiento de la discapacidad*.

DE LORENZO, R.: *Discapacidad, Sistemas de protección social y Trabajo Social*, Alianza Editorial, 2007.

DE LORENZO, R. y PALACIOS, A.: “Los grandes hitos de la protección jurídica de las personas con discapacidad en los albores del siglo XXI”, *Revista de Documentación Administrativa*, nº 271-272, 2005.

DE PALMA DEL TESO, A.: “La asistencia social”, en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Ed. Iustel, Madrid, 2009.

GONZÁLEZ JAIME, E.: *Competencias de las Entidades Locales de Andalucía sobre servicios sociales*, Ed. Iustel, 2009.

GUILLÉN LÓPEZ, E.: “Servicios sociales, voluntariado, menores y familia”, en *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, Consejería de Justicia y Administración Pública, Sevilla, 2007.

LAZÚEN ALCÓN, P. y LÓPEZ MUÑOZ, R.: “Derecho deportivo y Derecho social: el voluntariado deportivo, la integración social de los marginados, la mujer y los discapacitados en el ámbito del deporte”, en *El Derecho Deportivo en España 1975-2005*, Ed. Junta de Andalucía, Consejería de Turismo, Comercio y Deporte, 2005.

LOZA AGUIRRE, J.: “Definición del Sector Social y Actividades que realiza”, en DE LORENZO, R.; CABRA DE LUNA, M. A. y GIMÉNEZ-REYNA RODRÍGUEZ, E. (dirs.) y otros: *Las Entidades no lucrativas de carácter social y humanitario*, Ed. La Ley, Colección Solidaridad, 1991.

MUÑOZ MACHADO, S.: “Tercer sector: entre el Estado y el mercado”, en AA.VV.: *La enseñanza del Derecho Administrativo. Tercer sector y fundaciones. Rutas temáticas e itinerarios culturales*, XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Salamanca, 9-11 de octubre de 2000.

PRIETO LUCENA, J.: “Deporte y Discapacidad: aspectos médicos”, en AA.VV.: *Educación física y deporte adaptado*, Ed. Diputación de Córdoba, 1999.

TEJADA, P.: “La UE lanza una nueva estrategia de discapacidad europea”, *Boletín de Eurordis*, marzo 2011.

TORRES LÓPEZ, M. A.: *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, Ed. Thomson-Aranzadi, 2011.

TORRES LÓPEZ, M. A.: “La gestión de la política de dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía. La Agencia Andaluza de Atención a la Dependencia”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 77, 2010.

TORRES LÓPEZ, M. A.: “Régimen jurídico del voluntariado en España: del voluntariado social al voluntariado para la sociedad”, *Actualidad Administrativa*, nº 19, 2000.

TORRES LÓPEZ, M. A.: “El voluntariado como forma de participación en la gestión pública local en materia de deporte”, *Revista Jurídica del Deporte*, nº 2, 1999.

Capítulo IX. EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

Luis Fernando Anguas Ortiz

I. PRINCIPIOS INSPIRADORES DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

Antes de exponer la aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (publicada en el BOE núm. 299, de 15 de diciembre), en la Comunidad Autónoma de Andalucía me parece interesante exponer de forma somera aquellos principios que, recogidos en la Ley citada, han inspirado el desarrollo del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía.

1. La universalidad en el acceso a las prestaciones

El gran avance que ha supuesto la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, respecto a la situación anterior es el reconocimiento de derechos a una serie de personas que cumplan determinados requisitos, se establecen derechos subjetivos que los ciudadanos y ciudadanas pueden exigir ante los Tribunales de Justicia, siendo éste un paso considerable

en el ámbito de los Servicios Sociales que hasta la aprobación de esta Ley no tenían este reconocimiento subjetivo que sí tienen la Educación, la Salud o las pensiones. El objeto de la Ley citada (art. 1) es *“regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes”*, es decir, la Ley no garantiza el derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, sino el ejercicio efectivo del mismo en condiciones de igualdad y en los términos de la legislación vigente.

Por otro lado, el Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, publicada en el BOE núm. 68, de 20 de marzo) señala en su artículo 24 que las personas que estén en situación de dependencia tienen derecho a acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social.

Un principio inspirador de la normativa autonómica en esta materia ha sido el de universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación (art. 3 letra “b” de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre), si bien es cierto que la Ley señala también entre sus principios inspiradores (art. 3 letra “e”) que la valoración de las necesidades de las personas se debe realizar atendiendo a criterios de equidad para garantizar la igualdad real. Estando de acuerdo con este otro principio, sí quiero subrayar que la aplicación de la equidad no debe suponer en ningún caso soslayar el principio de universalidad, auténtica novedad de esta Ley, ya que en caso contrario no se estaría construyendo un sistema de reconocimiento de derechos subjetivos.

La equidad supone tratar de forma diferente al desigual al objeto de poder garantizar la igualdad real, pero, en mi opinión, en un marco de reconocimiento de derechos subjetivos esa corrección se debe realizar en el establecimiento de la participación de la persona beneficiaria en la financiación de los servicios, es decir, debe pagar más la persona que más recursos tenga. En ningún caso se debe limitar el acceso, por lo que hay que interpretar muy restrictivamente lo estipulado en el artículo 14.6 de la Ley cuando señala que la prioridad en el acceso a los servicios vendrá determinada por el grado y nivel de dependencia y, a igual grado y nivel, por la capacidad económica del solicitante. La modificación de este apartado que, por otros motivos, hace el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para Garantizar la Estabilidad Presupuestaria y de Fomento de la Competitividad (publicado en el BOE núm. 168, de 14 de julio) no suprime la prioridad en el acceso en función de la capacidad económica.

2. El carácter público de las prestaciones

Otro de los principios inspiradores de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, es el carácter público del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (art. 3 letra

“a”), aunque con la participación tanto de la iniciativa privada como del tercer sector en la gestión de los servicios y prestaciones del Sistema (art. 3 letras “m” y “n” respectivamente). Al integrar estos servicios y prestaciones, como comentaré en el apartado siguiente, en el Sistema de Servicios Sociales de Andalucía, los mismos pasan a ser de responsabilidad pública en los términos previstos en la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía (publicada en el BOJA núm. 44, de 7 de junio). El artículo 14.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, manifiesta que los servicios del Catálogo del artículo 15 de la Ley se prestarán por las respectivas Comunidades Autónomas a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales mediante centros y servicios públicos o privados debidamente acreditados, incidiendo con ello en el carácter público de la Red.

Este cuarto pilar del Estado del Bienestar que configura el Sistema de Servicios Sociales debe reforzarse y consolidarse de forma definitiva con la aprobación y desarrollo de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

El citado artículo 24 de nuestro Texto Estatutario establece una garantía pública para las prestaciones que reciban las personas en situación de dependencia, mientras que el artículo 23 del mismo garantiza el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a un Sistema Público de Servicios Sociales. La propia estructura del Sistema de Servicios Sociales y su configuración en Servicios Sociales Comunitarios y Servicios Sociales Especializados debe servir de soporte al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, aunque teniendo claro que el objetivo debe ser garantizar que la persona en situación de dependencia reciba el servicio o prestación económica más adecuada a sus necesidades.

Asimismo el Estatuto de Autonomía para Andalucía establece como uno de los objetivos básicos de nuestra Comunidad Autónoma la especial atención a las personas en situación de dependencia (art. 10.3.15º), figurando entre los principios rectores de las políticas públicas la especial protección a las personas en situación de dependencia que les permita disfrutar de una digna calidad de vida (art. 37.1.4º).

Hay que tener en cuenta que en virtud del artículo 10.4 del Estatuto de Autonomía para Andalucía los poderes públicos de la Comunidad Autónoma adoptarán las medidas adecuadas para alcanzar los objetivos señalados en el artículo 10.3, especialmente mediante, entre otras actuaciones, el impulso de la legislación pertinente.

Por otro lado, el artículo 28.6 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, incide asimismo en este carácter público al señalar que los servicios de valoración de la situación de dependencia, la prescripción de servicios y prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas previstas en la presente Ley, se efectuarán directamente por las Administraciones Públicas no pudiendo ser objeto de delegación, contratación o concierto con entidades privadas.

3. La integración de las prestaciones en las redes de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas

Uno de los aspectos que se mejoraron en el trámite parlamentario previo a la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, es la adscripción al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia de los recursos del Sistema de Servicios Sociales, ya que la mayoría de los previstos en el Catálogo de Servicios establecido en el artículo 15 de la Ley citada (Servicio de Teleasistencia, Servicio de Ayuda a Domicilio, Servicio de Centro de Día y Servicio de Atención Residencial) existen y están desarrollados en el Sistema de Servicios Sociales de Andalucía.

Entre los principios inspiradores de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, figura (art. 3 letra "o") *"la integración de las prestaciones establecidas en esta Ley en las redes de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de las competencias que tienen asumidas, y el reconocimiento y garantía de su oferta mediante centros y servicios públicos o privados concertados"*, insistiendo en esta idea el artículo 16.1, cuando señala que las prestaciones y servicios establecidos en la Ley se integran en la Red de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas en el ámbito de las competencias que las mismas tiene asumidas.

Ahora bien, si analizamos las referencias que la propia Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, hace a la Constitución Española son explícitamente las de los artículos 49 (*"Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales"*) y 50 (*"Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio"*), es decir, hay en el Estado Español una serie de personas (personas con discapacidad y personas mayores) que requieren de una atención y protección especial por parte de las distintas Administraciones Públicas, en coherencia con el modelo de Estado social definido en la propia Constitución.

Con la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia se atiende a un colectivo muy concreto que constituyen una parte de las personas mayores y de las personas con discapacidad, pero hay una serie de personas de estos dos sectores de población que, en virtud de los preceptos de la Ley, no se considerarían en situación de dependencia, pero que necesitan una serie de recursos. Las mismas no podrán integrarse en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, pero en virtud de otras normas, empezando por la propia Constitución, seguirán accediendo a centros, prestaciones o servicios que deben ser garantizados por las distintas Administraciones Públicas.

Por tanto, se puede dar la circunstancia de que recursos similares puedan ser gestionados por sistemas distintos en función del receptor del mismo, por lo que para implantar el

Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia de una manera eficaz es fundamental la articulación del mismo con los recursos existentes en las distintas Comunidades Autónomas.

Es preciso articular un modelo que no deje de prestar servicios en condiciones de igualdad ni a las personas titulares de derechos por el nuevo Sistema ni a las beneficiarias de recursos por el Sistema anterior. Sí tiene que ser distinto el acceso de estas personas a los recursos, ya que en el caso de las personas en situación de dependencia el acceso es directo. Asimismo puede ser distinta la intensidad del servicio y la participación de la persona beneficiaria en la financiación del mismo, ya que en el caso del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia hay normativa estatal o Acuerdos del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que obligan a todas las Comunidades Autónomas. En Andalucía se ha regulado en función de este modelo el Servicio de Ayuda a Domicilio al que me referiré en el epígrafe VIII.

4. La atención a las personas en situación de dependencia de forma normalizada e integral

La Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia define la dependencia (art. 2) y establece que las personas que se encuentren en este estado (precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, otros apoyos para su autonomía personal) y hayan sido valoradas como tales tienen derecho a una serie de prestaciones, añadiendo que esta dependencia puede estar producida por la edad, la enfermedad o la discapacidad y ligada a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial. Hay, por tanto, que establecer una atención normalizada e integral para estas personas. La integración de las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en el Sistema de Servicios Sociales es un buen paso para esta atención normalizada e integral, pero en ocasiones la propia estructura administrativa, entre otros factores, no facilita este modelo de atención.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía no se ha optado por crear una Consejería específica para la atención a la dependencia, sino que en la estructura de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, aprobada por el Decreto 174/2009, de 19 de mayo (publicada en el BOJA núm. 55, de 20 de mayo), figuraba la Secretaría General para la Atención a la Dependencia, con nivel orgánico de Viceconsejería, a la que le correspondía la coordinación de las políticas para el desarrollo en Andalucía de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Así, coordinaba las actuaciones en materia de dependencia de la Dirección General de Servicios Sociales y Atención a las Drogodependencias como Centro Directivo responsable de los Servicios Sociales Comunitarios, de la Secretaría General Técnica como responsable de la gestión de las prestaciones económicas o de las Direcciones Generales de Personas Mayores o

Personas con Discapacidad como responsables de la gestión (directa o indirecta) de Centros de Día o Residencias, además de las ocho Delegaciones Provinciales de la Consejería.

Con posterioridad, la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía (publicada en el BOJA núm. 36, de 21 de febrero), crea con la denominación de “Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía” una agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (publicada en el BOJA núm. 215, de 31 de octubre). Por Decreto 101/2011, de 19 de abril (publicado en el BOJA núm. 83, de 29 de abril), se aprueban los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, estableciendo entre los fines de la misma (art. 7) el desarrollo de las actividades de organización y prestación de los servicios necesarios para la gestión del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía.

Por Decreto 102/2011, de 19 de abril (publicado en el BOJA núm. 83, de 29 de abril), se modifica parcialmente el Decreto 174/2009, de 19 de mayo, estableciendo como competencia de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social la planificación, coordinación y control de las políticas en materia de dependencia, suprimiendo asimismo la Secretaría General para la Atención a la Dependencia como órgano directivo de la citada Consejería.

Más recientemente la estructura orgánica de la Consejería de Salud y Bienestar Social, aprobada por el Decreto 152/2012, de 5 de junio (publicado en el BOJA núm. 115, de 13 de junio), establece entre las competencias de la Consejería, a la que se adscribe la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, “*el establecimiento de las directrices, impulso, control y coordinación para el desarrollo de las políticas para la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*”. Asimismo asigna funciones en materia de dependencia a varios centros directivos de la misma.

Así, entre las funciones de la Secretaría General de Calidad e Innovación figura el análisis de las necesidades y planificación estratégica de las políticas de formación, desarrollo profesional y acreditación de profesionales del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía. De este centro directivo depende la Dirección General de Servicios Sociales y Atención a las Drogodependencias, entre cuyas funciones figura el desarrollo y seguimiento de los Servicios Sociales Comunitarios, siendo el Servicio de Ayuda a Domicilio una de las Prestaciones Básicas de los mismos.

A la Secretaría General de Planificación y Evaluación Económica le corresponde la definición de los criterios de evaluación económica y financiera del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía, así como la planificación de los parámetros de eficiencia integral del mismo. A la Secretaría General Técnica se le asigna la evaluación y control de la gestión económica y financiera del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía, además del seguimiento y control de los parámetros de eficiencia integral del mismo.

La Secretaría General de Salud Pública, Inclusión Social y Calidad de Vida tiene entre sus funciones la planificación, programación, dirección y coordinación de las competencias que corresponden a la Consejería de Salud y Bienestar Social en materia de atención socio-sanitaria, que es una de las competencias que la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia atribuye a las Comunidades Autónomas. De este centro directivo depende la Dirección General de Personas Mayores, Infancia y Familias, correspondiéndole, entre otras funciones, las relativas a la ordenación, gestión y coordinación de los Centros y Servicios de atención y protección a personas mayores, en la mayoría de los cuales se atiende a personas en situación de dependencia. Asimismo de esta Secretaría General depende la Dirección General de Personas con Discapacidad, a la que se le asigna, entre otras funciones, el diseño, la realización y la evaluación de los servicios y programas específicos dirigidos a las personas con discapacidad, muchas de las mismas están en situación de dependencia.

Por otro lado, la Dirección General de Calidad, Investigación, Desarrollo e Innovación asume el diseño y coordinación de una estrategia de excelencia en las áreas de conocimiento relacionadas con el bienestar social y la dependencia, además de la elaboración y fomento de políticas de innovación organizativa, asistencial y tecnológica en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía. Le corresponde también el impulso y coordinación de las actuaciones dirigidas al desarrollo profesional continuo de los profesionales del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía, que permitan alcanzar niveles de excelencia en la práctica profesional individual y colectiva y el máximo desarrollo personal y especialmente el impulso de las estrategias de formación integral, así como la definición y coordinación de instrumentos de transparencia ante la ciudadanía y el análisis y la evaluación de las aportaciones recogidas a través de los diferentes canales de participación social y fuentes de información de la ciudadanía en el Sistema citado.

En resumen, la mayoría de los centros directivos de la recién creada Consejería de Salud y Bienestar Social tiene alguna función que atañe a la atención a las personas en situación de dependencia. Espero, aún es pronto para hacer un balance, que este enfoque transversal suponga una mejora en la atención y calidad de vida de estas personas.

5. La permanencia de la persona en su medio habitual

Otro de los principios inspiradores de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre (art. 3 letra "i"), es la permanencia de las personas en situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en el que desarrollan su vida, estableciéndose como uno de los objetivos de la atención a estas personas, artículo 13, el de facilitar la existencia autónoma de la persona, todo el tiempo que desee y sea posible, en su medio habitual. En la Ley, por tanto, prima la atención de la persona en su propio hogar o, en su caso, en un recurso de su propio entorno, pero se establecen dos limitaciones: por un lado, la voluntad de la persona que tiene derecho al recurso, atendiendo, en su caso, la voluntad de ingresar en

un centro residencial. Por otro lado, hay que tener en cuenta la posibilidad de la persona de permanecer en su medio habitual, ya que, en ocasiones, el alto nivel de dependencia unido a la imposibilidad de adecuar convenientemente la vivienda y el nulo apoyo familiar provoca el necesario ingreso en un centro.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía se comparte totalmente este principio, por lo que se ha dado prioridad, tanto en el ámbito normativo como en el presupuestario, a los servicios de proximidad: Servicio de Centro de Día y Servicio de Ayuda a Domicilio, además de prescribir en ambos casos el Servicio de Teleasistencia.

6. La cooperación interadministrativa. El rol fundamental de las Comunidades Autónomas en la configuración del Sistema

En el Estado Español se crea un sistema en un ámbito (social y sanitario) cuya competencia es, de manera exclusiva o compartida, de las Comunidades Autónomas, en virtud de lo dispuesto en los artículos 148.1.20 (competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de "*Asistencia Social*"), 148.1.21 (competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en materia de "*Sanidad e Higiene*") y 149.1.17 (competencia exclusiva del Estado en materia de "*legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social*", pudiendo corresponder el desarrollo de la legislación básica, la ejecución y la gestión del régimen económico a las Comunidades Autónomas) de la Constitución Española.

El artículo 149.1.1 de la Constitución habilita al Estado a dictar esta Ley, como recoge la Disposición Final Octava de la misma. En virtud de este precepto el Estado tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales.

Uno de los principios inspiradores de esta Ley (art. 3 letra "ñ") es el de cooperación interadministrativa, creándose el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas, si bien la Administración General del Estado garantiza un contenido mínimo común de derechos para todas las personas, existiendo una acción coordinada y cooperativa entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, así como, en su caso, las Entidades Locales. En mi opinión, en el vigente marco constitucional y estatutario sin una participación activa de las Comunidades Autónomas sería prácticamente inviable la implantación del Sistema.

El artículo 11.1 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, señala las competencias que corresponde a las Comunidades Autónomas, destacando entre ellas las de planificación, ordenación, coordinación y dirección de los servicios del Sistema, así como la inspección y evaluación periódica de los mismos. Asimismo corresponde a la Administración Autónoma gestionar los recursos y servicios necesarios para la valoración y atención de la dependencia y asegurar la elaboración del Programa Individual de Atención. Por último, las

Comunidades Autónomas deberán crear y actualizar el Registro de Centros y Servicios y establecer los procedimientos de coordinación sociosanitaria que procedan.

Por tanto, para la aplicación de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia se requiere un amplio desarrollo normativo por parte de las distintas Comunidades Autónomas, además de la modificación de muchas normas vigentes y en esta línea se está trabajando desde 2007 en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

7. La descentralización

En la mayor parte de las Comunidades Autónomas una parte de los recursos destinados a personas mayores o personas con discapacidad, además de los Servicios Sociales Comunitarios, son gestionados por las Corporaciones Locales, por lo que las mismas también deben formar parte del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. La referencia de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, a la participación de las Corporaciones Locales (art. 12) se circunscribe a la gestión de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia de acuerdo con la normativa de las distintas Comunidades Autónomas y dentro de las competencias que les atribuye la legislación vigente. Asimismo las Entidades Locales podrán participar en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la forma y condiciones que el propio Consejo disponga. No hay, por tanto, referencia alguna a la participación de las Entidades Locales en el reconocimiento de la situación de dependencia, en el proceso de valoración o en la elaboración del Programa Individual de Atención.

En Andalucía la distribución de competencias en materia de Servicios Sociales está regulada en el Título III de la Ley 2/1988, de 4 de abril, que establece (art. 19) como competencia de los Ayuntamientos en los municipios de más de 20.000 habitantes –por delegación de la Junta de Andalucía– la gestión de los Centros de Servicios Sociales Comunitarios y de los Centros de Servicios Sociales Especializados de ámbito local. El artículo 18 de la misma norma establece como competencias de las Diputaciones Provinciales –por delegación de la Junta de Andalucía– la coordinación y gestión de los Centros de Servicios Sociales Comunitarios de los municipios de hasta 20.000 habitantes, así como la gestión de los Centros de Servicios Sociales Especializados de ámbito provincial y supramunicipal. Tanto los Ayuntamientos como las Diputaciones Provinciales pueden asumir también la ejecución y gestión de programas de Servicios Sociales y prestaciones económicas que pudiera encomendarles el Consejo de Gobierno.

La Junta de Andalucía, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley citada, asume, entre otras materias, la planificación general de los Servicios Sociales, al objeto de eliminar desequilibrios territoriales, la coordinación de actuaciones y programas entre sus propios Departamentos y las distintas Administraciones Públicas, el establecimiento de prioridades que hagan efectiva la coordinación de la política de inversiones y servicios de

las Corporaciones Locales, la asistencia y asesoramiento técnico a las entidades públicas que lo soliciten y la promoción y realización de investigaciones y estudios sobre la problemática de los Servicios Sociales en Andalucía, así como la realización de las actividades formativas. Nos encontramos, por tanto, ante un sistema con competencias compartidas entre la Junta de Andalucía y las Corporaciones Locales de su territorio.

Por otro lado, como desarrollo del artículo 92 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (publicada en el BOJA núm. 122, de 23 de junio), establece como competencia propia de los municipios la gestión de los Servicios Sociales Comunitarios, conforme al Plan y Mapa Regional de Servicios Sociales de Andalucía, que incluye la gestión de las prestaciones técnicas y económicas de los Servicios Sociales Comunitarios, así como la gestión del equipamiento básico de los mismos y la promoción de actividades de voluntariado social para la atención a los distintos colectivos.

En este marco normativo se ha asignado, como luego comentaré, muchas funciones en materia de dependencia a las Corporaciones Locales, ya que es la Administración más cercana a la ciudadanía y, por tanto, la que mejor conoce sus necesidades. Ahora bien, estamos en un contexto totalmente distinto al marco de colaboración interadministrativa establecido en otros mecanismos como puede ser el Plan Concertado de Prestaciones Básicas en materia de Servicios Sociales, ya que en este caso la pretensión es garantizar unas prestaciones mínimas, con la financiación correspondiente, en el territorio, mientras que con la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, hay que garantizar los servicios y su correspondiente financiación a la persona. Por ese motivo es fundamental dejar claro el rol que cada Administración Pública va a tener en este proceso, que es lo que abordaré en los epígrafes IV y siguientes.

8. La suficiencia presupuestaria

Como antes he comentado el artículo 10.4 del Estatuto de Autonomía para Andalucía establece que los poderes públicos de la Comunidad Autónoma adoptarán las medidas adecuadas para alcanzar los objetivos señalados en el artículo 10.3, entre los que figura la especial atención a las personas en situación de dependencia (art. 10.3.15º). A tal fin una de las actuaciones esenciales es la garantía de una financiación.

Para ello en el ejercicio 2007 se optó por crear un Programa Presupuestario específico para dependencia (31R), sin que el mismo supusiera merma en los créditos de los restantes Programas gestionados por la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social. En 2008 el citado Programa tuvo una dotación inicial de 270.000.000 euros, que fue creciendo año tras año hasta llegar en 2011 a 1.120.579.110 euros. Durante todos estos años el presupuesto ejecutado por la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social en materia de dependencia ha superado con creces el presupuesto inicial y ello ha sido posible porque los créditos han tenido la consideración, en las respectivas Leyes anuales de Presupuestos, de ampliables.

El artículo 8 de la Ley 18/2011, de 23 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2012 (publicada en el BOJA núm. 130, de 31 de diciembre) establece como créditos ampliables “*los gastos para atención a la dependencia derivados del concierto de plazas residenciales, de Unidades de Estancia Diurna, del servicio de ayuda a domicilio y de las prestaciones económicas*”. Para el ejercicio 2012 el presupuesto de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía asciende a 1.182.831.773 euros.

Esta suficiencia presupuestaria adquiere especial relevancia en el contexto del modelo de financiación de la dependencia en el Estado Español, al que le dedicaré un epígrafe específico.

9. La participación de la persona beneficiaria en el coste de los servicios

Las personas beneficiarias de las prestaciones de dependencia participarán en la financiación de las mismas según el tipo y coste del servicio y su capacidad económica personal (art. 33 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre). La capacidad económica de la persona beneficiaria se tendrá también en cuenta para la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas. Para fijar la participación de la persona beneficiaria se tendrá en cuenta la distinción entre servicios asistenciales y de manutención y hoteleros. Ninguna persona quedará fuera de la cobertura del Sistema por no disponer de recursos económicos.

El artículo 14.7 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, señala que la capacidad económica se determinará, en la forma que reglamentariamente se establezca, a propuesta del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en atención a la renta y el patrimonio de la persona solicitante. En la consideración del patrimonio se tendrán en cuenta la edad de la persona beneficiaria y el tipo de servicio que se presta. Por Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad, se publicó un Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia sobre esta materia, pero no hay ninguna norma con rango de Decreto sobre la misma.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía es necesario unificar esta materia, tanto el concepto de capacidad económica como los criterios para aplicar la determinación de la participación de la persona en el coste del servicio. Hasta la fecha esta materia está regulada por normas distintas tanto para el Servicio de Ayuda a Domicilio como para los Centros Residenciales o de Día o las prestaciones económicas.

10. La progresividad en la aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre

La Disposición Final Primera de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, establece en su apartado primero la efectividad del derecho a las prestaciones recogidas en la Ley de for-

ma gradual y progresiva desde 2007 hasta 2015, siendo efectivo los derechos en 2007 para las personas que se encuentran en situación de Gran Dependencia (Grado III), tanto en el nivel 1 como en el nivel 2. En 2008 el derecho se hace extensivo a las personas con Grado II nivel 2 y en 2009 y 2010 se han incorporando las personas con Grado II nivel 1.

Durante los años 2011 y 2012 se incorporarían las personas reconocidas en el Grado I nivel 2 y, por último, durante 2013 y 2014 empezarían a tener derecho a alguna prestación las personas reconocidas en el Grado I nivel 1. Pero por el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Tributaria y Financiera, para la corrección del déficit público (publicado en el BOE núm. 315, de 31 de diciembre), se modifica la citada Disposición Final.

El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, modifica el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, estableciendo que en el quinto año, que finaliza el 31 de diciembre de 2011, será efectivo el derecho a las prestaciones para aquellas personas valoradas en el Grado I de Dependencia Moderada nivel 2 y se les haya reconocido la concreta prestación. A partir del 1 de julio de 2015 tienen derecho a recibir alguna prestación el resto de personas valoradas en el Grado I nivel 2. A partir del 1 de julio de 2015 se incorporarán quienes hayan sido valorados en el Grado I nivel 1 o sean valorados en el Grado I de Dependencia Moderada.

Por tanto, durante los años 2012, 2013 y 2014 no se va a incorporar ninguna nueva persona del Grado I nivel 2 al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, debiendo esperar estas personas al 1 de julio de 2015.

Hay que tener en cuenta que la Disposición Final citada sólo establece la progresividad en la efectividad del derecho a las prestaciones pero no en el reconocimiento de su situación de dependencia, por lo que se puede producir la circunstancia de que muchas personas valoradas en 2007 o 2008 en los Grados I de dependencia no tengan derechos hasta muchos años después, con los problemas que estas situaciones transitorias están suponiendo, entre otras la gran cantidad de solicitudes de revisión del grado y nivel de dependencia.

Pero además de las citadas, la Disposición Final Primera de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, ha tenido otras modificaciones importantes en sus apartados segundo y tercero. Así, el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (publicado en el BOE núm. 126, de 24 de mayo), establece que el plazo máximo, entre la fecha de entrada de la solicitud y la de resolución de reconocimiento de la prestación de dependencia será de seis meses, independientemente de que la Administración competente haya establecido un procedimiento diferenciado para el reconocimiento de la situación de dependencia y el de prestaciones.

Asimismo señala que el reconocimiento del derecho contenido en las resoluciones de las Administraciones Públicas competentes generará el derecho de acceso a las prestaciones

correspondientes a partir de la fecha de la resolución en la que se reconozca la concreta prestación o prestaciones. Si una vez transcurrido el plazo máximo de seis meses desde la solicitud, no se hubiera notificado resolución expresa de reconocimiento de prestación, el derecho de acceso a la prestación económica que, en su caso, fuera reconocida, se generará desde el día siguiente al del cumplimiento del plazo máximo indicado. En definitiva se retrotrae la efectividad de la prestación económica a 6 meses después de que la persona presente solicitud, siempre que antes no se hubiese dictado resolución.

El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, mantiene la regulación citada en los párrafos anteriores, pero cuando se trate de las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar, las mismas quedarán sujetas a un plazo suspensivo máximo de dos años a contar, según proceda, desde las fechas indicadas anteriormente.

II. FINANCIACIÓN DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

Antes de abordar el desarrollo del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía y una vez enumerados en el epígrafe anterior los principios básicos que han servido para la configuración del mismo, me parece pertinente plantear en este epígrafe la financiación en el ámbito estatal del mencionado Sistema. Por otro lado, en el epígrafe III se analiza someramente el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

El artículo 7 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, establece tres niveles de protección: el nivel de protección mínimo garantizado por la Administración General del Estado, el acordado entre el Estado y las Comunidades Autónomas y el adicional de protección que pudiera establecer la Comunidad Autónoma.

1. Nivel mínimo de protección

Al nivel mínimo de protección del Estado hace referencia el artículo 9 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, que señala que el mismo se establecerá por el Gobierno, oído el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para cada grado y nivel. En este caso la financiación corresponde íntegramente a la Administración General del Estado (art. 32.2) y se establecerá anualmente en los Presupuestos Generales del Estado (Disposición Adicional Primera).

El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, añade un inciso al apartado 1 del citado artículo 9: *“La asignación del nivel mínimo a las Comunidades Autónomas se realizará considerando el número de beneficiarios, el grado de dependencia y la prestación reconocida”*. Esta modificación supone un avance importante respecto a la situación actual en

la que, como ahora expondré, la asignación de este nivel de protección se ha realizado exclusivamente en función del grado y nivel de dependencia, sin tener en cuenta el servicio o prestación económica prescrito a la persona. Considero que es innecesaria, por obvia, la referencia al número de personas beneficiarias.

En esta materia se aprobó el Real Decreto 614/2007, de 11 de mayo, sobre nivel mínimo de protección del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia garantizado por la Administración General del Estado (publicado en el BOE núm. 114, de 12 de mayo). Se optó por establecer una cantidad económica por cada una de las personas que hayan sido reconocidas en situación de dependencia en cada grado y nivel, cuantía que se actualiza anualmente en función del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM).

El Real Decreto 99/2009, de 6 de febrero (publicado en el BOE núm. 43, de 19 de febrero), modifica el Real Decreto 614/2007, de 11 de mayo, respecto a la forma del libramiento del nivel mínimo de protección.

Por Real Decreto 569/2011, de 20 de abril, sobre determinación del nivel mínimo de protección garantizado a los beneficiarios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en el ejercicio 2011 (publicado en el BOE núm. 112, de 11 de mayo), se establece la aportación de la Administración General del Estado para la financiación del nivel mínimo de protección de cada persona beneficiaria, fijándose una cuantía de 266,57 euros para una persona de Grado III nivel 2, de 181,26 euros para el Grado III nivel 1, de 103,02 euros para el Grado II nivel 2, de 70,70 euros para el Grado II nivel 1 y de 60 euros para el Grado I nivel 2.

La Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 (publicada en el BOE núm. 156, de 30 de junio) mantiene la cuantía del Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples en la misma cantidad que en 2011 (532,51 euros mensuales). Por tanto, durante los primeros meses de 2012 se han mantenido los mismos importes para la financiación del nivel mínimo de protección.

La Disposición Transitoria Undécima del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, establece las cuantías de la asignación a las Comunidades Autónomas del nivel mínimo de protección previsto en el artículo 9 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, que tendrán efectividad a partir del día primero del mes siguiente a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley. Las mismas son:

- Grado III nivel 2: 231,28 euros.
- Grado III nivel 1: 157,26 euros.
- Grado II nivel 2: 89,38 euros.
- Grado II nivel 1: 61,34 euros.
- Grado I nivel 2: 52,06 euros.

No se aplica ningún criterio de asignar el nivel mínimo en función de la prestación reconocida, como se reconoce en el texto del propio Real Decreto-Ley, sino que se mantiene el sistema de financiación por grados y niveles. Cuantitativamente se produce una reducción en la financiación del 13,24% que va a incidir directamente en la continuidad del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, al no poder asumir las Comunidades Autónomas más cargas adicionales.

Por otro lado, esta Disposición Transitoria establece las cuantías de la asignación a las Comunidades Autónomas del nivel mínimo para aquellas personas que no tengan reconocimiento de la situación de dependencia a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley, ya que, como comentaré en el epígrafe IV, por esta norma se modifica también los grados y niveles de dependencia. Estas cuantías serían de 177,86 euros para el Grado III, de 82,84 euros para el Grado II y de 44,33 euros para el Grado I.

2. Nivel acordado entre las Administraciones Estatal y Autonómica

Este nivel está desarrollado en el artículo 10 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, que señala que en el seno del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas acordarán un marco de cooperación interadministrativa que se desarrollará mediante convenios bilaterales entre la Administración Estatal y Autonómica, donde se recogerán los objetivos, medios y recursos para la aplicación de los servicios y prestaciones derivadas de la citada Ley.

En los convenios figurará la financiación que corresponda a cada Administración, debiendo aportar la Comunidad Autónoma en cada anualidad una cantidad que al menos sea igual a la de la Administración General del Estado (art. 32.3), incluyendo también en la aportación estatal la que realiza al nivel mínimo de protección. Se establece, además de la posibilidad de que los convenios sean plurianuales, una serie de criterios de reparto de la financiación entre las Comunidades Autónomas (población dependiente, dispersión geográfica, insularidad, emigrantes retornados y otros factores). En el convenio se recogerá también la aportación del Estado al nivel mínimo garantizado.

Según la Disposición Transitoria Primera de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2015, y para favorecer la implantación progresiva del Sistema, la Administración General del Estado establecerá anualmente en sus Presupuestos créditos para la celebración de los convenios con las administraciones de las Comunidades Autónomas de acuerdo con el artículo 10 de esta Ley, es decir, para la financiación del nivel acordado.

El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en sesión celebrada el 1 de junio de 2010 acordó el marco de cooperación interadministrativa y criterios de reparto de créditos de la Administración General del Estado para la financiación durante 2010-2013 del nivel acordado. Posteriormente, el Consejo de Ministros aprobó,

en su reunión de 9 de julio de 2010, el Acuerdo por el que se formalizan los compromisos financieros resultantes del acuerdo del Consejo Territorial citado. Este Acuerdo del Consejo de Ministros fue publicado por Resolución del Instituto de Mayores y Servicios Sociales de 15 de julio de 2010 (publicado en el BOE núm. 176, de 21 de julio).

El Consejo de Ministros de 10 de junio de 2011 aprueba el Acuerdo por el que se actualizan las variables previstas en el Marco de Cooperación Interadministrativa y criterios de reparto de créditos de la Administración General del Estado para la financiación durante 2010-2013 del nivel acordado, así como el reparto de créditos de la Administración General del Estado para la financiación durante el ejercicio 2011 del nivel acordado. Esta aprobación fue publicada por Resolución del Instituto de Mayores y Servicios Sociales de 15 de junio de 2011 (publicada en el BOE núm. 148, de 22 de junio).

Las variables que se tuvieron en cuenta para la distribución del nivel acordado en el período 2010-2013 y su ponderación en el ejercicio 2011 son las siguientes:

A) Fondo General

El mismo, dotado con el 80% del total disponible, está destinado, al igual que los otros dos Fondos, a contribuir a la financiación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

Las variables que modulan el contenido de este fondo y sus respectivas ponderaciones son:

- Población potencialmente dependiente: 20,00%.
- Superficie: 1,80%.
- Dispersión: 0,60%.
- Insularidad: 0,60%.
- Dictámenes de grado y nivel de dependencia (valoraciones): 6,30%.
- Programas Individuales de Atención: 53,90%.
- Prestaciones de servicios reconocidas: 16,80%.

Una de las variables que requiere una explicación sobre cómo se determina es la población potencialmente dependiente. La misma se ha calculado a partir de la distribución de la población española por Comunidades Autónomas, ponderando la población menor de 65 años al 20,57%, la población de entre 65 y 79 años al 26,48% y la población de 80 años y más al 52,95%. Estas ponderaciones corresponden a la distribución por edades de los solicitantes de valoración de la situación de dependencia registradas a 1 de enero de 2011.

Respecto a las prestaciones de servicios reconocidas es un indicador calculado a partir de las resoluciones firmadas de reconocimiento de prestación de los servicios de Centro de Día, Centro de Noche, de Atención Residencial, de Ayuda a Domicilio o de una prestación económica vinculada a un servicio correspondiente a expedientes dictaminados como grado III y grado II.

B) Fondo de Compensación

Este fondo, dotado con el 20% del total disponible, tiene por finalidad corregir las situaciones originadas por un mayor índice de emigrantes retornados, un mayor coste de los servicios, así como una menor recaudación en concepto de participación de la persona en el coste de los servicios debido al menor poder adquisitivo de las personas beneficiarias.

Las variables y ponderaciones del Fondo de Compensación son:

- Capacidad económica: 49,00%.
- Coste de los servicios: 49,00%.
- Emigrantes retornados: 2,00%.

La capacidad económica es un índice combinado que pondera los índices correspondientes a renta per capita bruta disponible de los hogares y la cuantía media de las pensiones de jubilación. Una vez determinados el valor de estos índices se aplica una proporcionalidad inversa.

El coste de los servicios se obtiene ponderando, en función de la población potencialmente dependiente de cada Comunidad Autónoma, lo que representa el coste hora efectiva del sector servicios en relación con el promedio.

C) Fondo de Cumplimiento de Acuerdos

El mismo está dotado con el 20% del total disponible y pretende compensar el mayor coste derivado de la aplicación de los acuerdos alcanzados, tales como la necesaria formación a las personas cuidadoras no profesionales y la transposición a la normativa autonómica de los diferentes acuerdos del Consejo Territorial.

Las variables y ponderaciones del Fondo de Cumplimiento de Acuerdos son:

- Formación de cuidadores no profesionales: 85%.
- Transposición de los Acuerdos del Consejo Territorial a la normativa autonómica: 15%.

La formación de cuidadores no profesionales se calcula a partir del número de prestaciones económicas concedidas para cuidados en el entorno familiar.

Los créditos de la Administración del Estado para el nivel acordado en el ejercicio 2011 ascendieron a 283.197.420 euros, correspondiendo a la Comunidad Autónoma de Andalucía 70.679.673 euros, lo que representa el 24,96% del total.

Por Resolución de 23 de febrero de 2012, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, se publica el Convenio de colaboración suscrito con fecha 15 de diciembre de 2011, entre la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma de Anda-

lucía para el desarrollo del marco de cooperación interadministrativa previsto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, para el ejercicio 2011. La citada Resolución se publica en el BOE núm. 99, de 25 de abril.

En el convenio publicado se hace referencia a los importes unitarios de la financiación del nivel mínimo, consignando las cuantías por grado y nivel que he expuesto en el apartado 1 de este epígrafe. Además, figura la aportación estatal al nivel acordado antes citada de 70.679.673 euros, que se financiará a través del Presupuesto del IMSERSO. Asimismo se recoge la aportación de la Junta de Andalucía, que en este ejercicio 2011 asciende a 1.087.664.291,15 euros.

Para el ejercicio 2012 los Presupuestos Generales del Estado, aprobados por la Ley 2/2012, de 29 de junio, no han consignado ningún crédito para financiar el nivel acordado entre el Estado y las Comunidades Autónomas, lo que para la Comunidad Autónoma de Andalucía supone una disminución de créditos para financiar las políticas de dependencia por importe de 70.679.673 euros.

3. Nivel adicional de protección

En principio sólo queda fuera del convenio el denominado nivel de protección adicional que pueda establecer cada Comunidad Autónoma desarrollado en el artículo 11.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. En este nivel las Comunidades Autónomas podrán adoptar las normas de acceso y disfrute que consideren más adecuadas.

III. EL CONSEJO TERRITORIAL DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia es un órgano creado como instrumento de cooperación para la articulación del Sistema y compuesto por representantes de las Administraciones Estatal y Autonómica. En el mismo, presidido por la persona titular del Ministerio responsable en materia de dependencia, los representantes autonómicos, que tendrán mayoría, serán los miembros de los Consejos de Gobierno que tengan competencias en materia de dependencia.

Las funciones de este Consejo, creado por el artículo 8 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, son muy amplias y el ejercicio de las mismas se plasma en ocasiones en Acuerdos del propio Consejo Territorial que, posteriormente, las Comunidades Autónomas incluirán en su propia normativa. En otras materias, el Consejo Territorial toma acuerdos sobre determinadas cuestiones que con posterioridad deben ser aprobadas mediante Real Decreto del Consejo de Ministros.

El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, unifica el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia y la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales en un solo órgano que pasará a denominarse Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

Este Consejo estará adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, a través de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, y estará constituido por la persona titular de dicho Ministerio, que ostentará su presidencia, y por los Consejeros competentes en materia de servicios sociales y de dependencia de cada una de las Comunidades Autónomas, recayendo la Vicepresidencia en uno de ellos. Su finalidad es ser un instrumento de cooperación para la articulación de los servicios sociales y la promoción de la autonomía y atención a las personas en situación de dependencia.

A continuación detallo algunas de las funciones del Consejo Territorial y en algunas de las mismas hago referencia al acuerdo adoptado sobre esa materia. Tanto en el establecimiento del nivel de financiación acordado entre el Estado y las Comunidades Autónomas como en otras muchas materias que se desarrollarán en los restantes epígrafes de este capítulo detallaré normativa que ha requerido previamente la aprobación por parte del Consejo Territorial, por lo que obvio la referencia a la misma en este epígrafe.

- 1º) Acordar el marco de cooperación interadministrativa. Como he analizado en el epígrafe anterior en este marco se desarrollan los convenios bilaterales entre la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas. Por Resolución de 15 de julio de 2010, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 9 de julio de 2010, por el que se aprueba el marco de cooperación interadministrativa y criterios de reparto de créditos de la Administración General del Estado para la financiación durante 2010-2013 del nivel acordado. Por el Acuerdo de Consejo de Ministros de 10 de junio de 2011 (ya citado en el epígrafe anterior), se actualizan las variables previstas en Acuerdo de 9 de julio de 2010 y se aprueba el reparto de créditos de la Administración General del Estado para la financiación durante el ejercicio 2011 del nivel acordado.
- 2º) Acordar la financiación prevista en la Disposición Adicional Primera de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, es decir, la cuantía anual que figurará en los Presupuestos Generales del Estado para financiar el mínimo de protección garantizado por parte de la Administración General del Estado, así como la forma de abono a las Comunidades Autónomas.
- 3º) Informar la normativa estatal de desarrollo en materia de dependencia y muy especialmente la norma que regule el nivel mínimo de protección garantizado por la Administración General del Estado. La norma vigente en esta materia, hasta tanto se apruebe el correspondiente Real Decreto, es el citado Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio.

- 4º) Acordar el baremo de la dependencia, así como los criterios básicos del procedimiento de valoración y de las características de los órganos de valoración, tanto en lo referente a su composición como a los criterios de actuación. Por Resolución de 4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de Política Social y Consumo, se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de 25 de enero de 2010, en materia de órganos y procedimientos de valoración de la situación de dependencia (publicada en el BOE núm. 62, de 12 de marzo). Por Resolución de 29 de junio de 2010, de la Secretaría General de Política Social y Consumo, se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de 1 de junio de 2010, sobre modificación del baremo de valoración de la situación de dependencia establecido en el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril (publicada en el BOE núm. 168, de 12 de julio).
- 5º) Establecer los criterios para determinar la intensidad de protección de los servicios previstos en el Catálogo y la compatibilidad e incompatibilidad entre los mismos. Estos criterios deben ser posteriormente aprobados por el Gobierno mediante Real Decreto. Por Resolución de 4 de noviembre de 2010, de la Secretaría General de Política Social y Consumo, se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, de 28 de octubre de 2010, sobre los criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y el importe de las prestaciones económicas para las personas reconocidas en situación de dependencia en Grado I (publicada en el BOE núm. 284, de 24 de noviembre). Por Resolución de 3 de agosto de 2011, de la Secretaría General de Política Social y Consumo, se publica el Acuerdo de la Comisión Delegada del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, de 26 de enero de 2011, sobre determinación del contenido de los servicios de promoción de la autonomía personal dirigidos a las personas reconocidas en situación de dependencia en Grado I (publicada en el BOE núm. 201, de 22 de agosto).
- 6º) Acordar la cuantía de las prestaciones económicas reguladas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, que se aprobarán, como señala el artículo 20 de la misma, por el Gobierno mediante Real Decreto. La norma vigente en esta materia, hasta tanto se apruebe el correspondiente Real Decreto, es el citado Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio.
- 7º) Adoptar los criterios de participación de la persona beneficiaria en el coste de los servicios. Por Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad, se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, de 27 de noviembre de 2008, sobre determinación de la capacidad económica del beneficiario y sobre los criterios de participación de éste en las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (publicada en el BOE núm. 303, de 17 de diciembre).

- 8º) Promover acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán, entre otras medidas, programas de formación e información (art. 18.4 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre). Por Resolución de 4 de noviembre de 2009, de la Secretaría de Estado de Política Social y Consumo, se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, de 22 de septiembre de 2009, sobre criterios comunes de acreditación en materia de formación e información de cuidadores no profesionales (publicada en el BOE núm. 286, de 27 de noviembre).
- 9º) Facilitar la puesta a disposición de documentos, datos y estadísticas comunes.
- 10º) Acordar los objetivos y contenidos del Sistema de Información (art. 37.1 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre). Por Resolución de 4 de noviembre de 2009, de la Secretaría de Estado de Política Social y Consumo, se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, de 22 de septiembre de 2009, sobre objetivos y contenidos comunes de la información del Sistema de Información del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (publicada en el BOE núm. 286, de 27 de noviembre).
- 11º) Fijar criterios comunes de acreditación de centros (art. 34.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre). Por Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política Social, Familias y Atención a la Dependencia y a la Discapacidad, se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, de 27 de noviembre de 2008, sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (publicada en el BOE núm. 303, de 17 de diciembre).
- 12º) Acordar criterios, recomendaciones y condiciones mínimas que deberán cumplir los Planes de Prevención de las situaciones de Dependencia que elaboren las Comunidades Autónomas (art. 21 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre).
- 13º) Establecer los mecanismos de coordinación para el caso de las personas desplazadas en situación de dependencia. El Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre (publicado en el BOE núm. 138, de 9 de junio), establece que en el caso de personas desplazadas la Administración de origen mantendrá, durante un plazo de tres meses, el abono de las prestaciones económicas reconocidas y suspenderá el derecho a la prestación cuando se trate de un servicio sustituyéndolas por la prestación vinculada al servicio.

IV. EL PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA Y DEL DERECHO A LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

1. Consideraciones previas

Antes de detallar el procedimiento que regula esta materia quisiera subrayar que, en virtud de lo previsto en el artículo 28 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, en la resolución por la que se concluye este procedimiento se incluye dos cuestiones:

- El reconocimiento de un determinado grado y nivel de dependencia.
- Los servicios o prestaciones que corresponden a la persona solicitante según su grado y nivel de dependencia.

Se pretende con este precepto, por un lado, excluir del contenido de la Resolución al Programa Individual de Atención, regulado en el artículo 29 de la Ley y, por otro lado, no limitar la resolución al reconocimiento de la situación de dependencia, incluyendo en la misma también la relación de recursos a los que la persona tiene derecho en función de su grado y nivel de dependencia.

En esta materia se produce una modificación importante en fase de tramitación parlamentaria, ya que en el Proyecto de Ley se incluía en el artículo 28 un apartado 3 del siguiente literal *“La Resolución a la que se refiere el apartado anterior incorporará el Programa Individual de Atención, definido en el artículo siguiente, y determinará los servicios o prestaciones que corresponden al solicitante”*.

La modificación citada fue bien recibida por las personas responsables del IMSERSO y de las distintas Comunidades Autónomas, ya que permitía un reconocimiento de la situación de dependencia en el ámbito estatal y una adecuación de los recursos, mediante la aprobación del Programa Individual de Atención, a la disponibilidad de cada Comunidad Autónoma. Desde el punto de vista jurídico sí ha existido desde la aprobación de la Ley distintas opiniones sobre si debía entenderse que había un solo procedimiento administrativo desde la presentación de la solicitud hasta la aprobación del Programa Individual de Atención (PIA) o, por el contrario, existían dos procedimientos: uno hasta el reconocimiento de la situación de dependencia y, otro, hasta la aprobación del PIA. En Andalucía, como veremos en los apartados siguientes, se ha optado por esta segunda alternativa.

Se mantiene en la Ley el apartado 4 del artículo 28: *“En el supuesto de cambio de residencia, la Comunidad Autónoma de destino determinará, en función de su red de servicios y prestaciones, los que correspondan a la persona en situación de dependencia”*. Este precepto era coherente con el Proyecto de Ley, ya que incorporado el Programa Individual de Atención a la Resolución, se concretaban las prestaciones a las que la persona tiene derecho, que lógicamente serían distintas si el PIA se elaborase en otra Comunidad

Autónoma. En los términos en que se ha aprobado la Ley, la alternativa es incluir en la Resolución el conjunto de servicios y prestaciones económicas a los que la persona tiene derecho, prácticamente igual en todas las Comunidades Autónomas, ya que es imposible determinar el recurso antes de elaborar el Programa Individual de Atención.

2. Inicio del procedimiento

Para iniciar el procedimiento la persona que considere que pueda estar en situación de dependencia sólo tiene que reunir dos requisitos (art. 5 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre):

- Tener más de tres años de edad. La atención a las personas menores de tres años está regulada en la Disposición Adicional Decimotercera y consiste fundamentalmente en atender las necesidades de ayuda a domicilio y, en su caso, prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar.
- Residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.

Una vez comprobado que la persona cumple estos requisitos, la misma puede ser valorada por el órgano correspondiente, sin que pueda establecerse otra restricción, ni sanitaria ni social, previa. El procedimiento lo puede iniciar la persona que cree que puede estar en situación de dependencia o su representante legal. No concreta nada la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, sobre la instrucción del expediente, pero sí señala que el reconocimiento de la situación de dependencia se efectuará mediante resolución expedida por el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente por razón de residencia de la persona solicitante y tendrá validez en todo el territorio del Estado.

La Junta de Andalucía ha apostado porque la aplicación en Andalucía de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia se desarrolle en el ámbito territorial más cercano a las personas. En este sentido se les atribuye a los Servicios Sociales Comunitarios el inicio de la tramitación, tras la petición de la persona solicitante, del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia. Esta materia se desarrolla en el Decreto 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración (publicado en el BOJA núm. 119, de 18 de junio).

El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia únicamente puede iniciarse a instancia de las personas que pudiesen estar afectadas por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación (art. 8 del Decreto 168/2007, de 12 de junio). En el caso en que el procedimiento se inicie a instancia de la persona que ostente la representación de la persona interesada será necesario distinguir la representación legal

(padre o madre que ostente la patria potestad de las personas menores de edad, tutor de las personas que hayan sido objeto de incapacitación por sentencia judicial, órgano competente de la Administración de la Junta de Andalucía que haya asumido la tutela en el supuesto de menores de edad que hayan sido declarados en situación de desamparo, guardador de hecho de una persona presuntamente incapaz) de la voluntaria (cualquier persona con capacidad de obrar a la que otra le haya conferido su representación debiendo acreditarse por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna o mediante declaración en comparecencia personal del interesado).

De conformidad con el artículo 9 del Decreto 168/2007, de 12 de junio, la solicitud se formulará en el modelo aprobado por Orden de la Consejería competente en materia de servicios sociales (modelo aprobado por la Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 23 de abril de 2007, publicada en el BOJA núm. 83, de 27 de abril) y se acompañará de determinados documentos que exige el propio Decreto y que vendrían a acreditar los requisitos exigidos por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre:

- Documento acreditativo de la identidad de la persona interesada y, en su caso, de su representante.
- En su caso, documento acreditativo de la representación.
- Documento acreditativo de la residencia:
 - Certificado/s de empadronamiento en el/los que conste:
 - Residencia en un municipio de Andalucía en la fecha de la presentación de la solicitud.
 - Residencia en uno o varios municipios del territorio español durante cinco años, de los cuales dos deben de ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.
 - En el supuesto de menores de cinco años, el certificado que acredite el período de residencia deberá venir referido a la persona que ejerza su guarda y custodia.

El artículo 10 del Decreto 168/2007, de 12 de junio, establece que las solicitudes podrán presentarse en los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes al municipio de residencia de la persona solicitante, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (publicada en el BOE núm. 285, de 27 de noviembre).

En el caso de que la solicitud esté correctamente cumplimentada y se adjunte la documentación correspondiente, los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes procederán a realizar la comunicación del inicio del procedimiento de conformidad con lo estipulado en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Si la solicitud no reúne los requisitos exigidos o no se acompaña de la documentación que corresponda, se requerirá a la persona solicitante para que, en un plazo de diez días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos, con indicación de que si así no lo hiciera, se le tendrá por desistida de su petición de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Una vez completada la documentación se remitirá, junto con la solicitud, a la Delegación Provincial correspondiente de la Consejería competente en materia de servicios sociales, en virtud de lo establecido en el artículo 12.1 del Decreto 168/2007, de 12 de junio.

El Servicio de Información, Orientación, Valoración y Asesoramiento de los Servicios Sociales Comunitarios se convierte, por tanto, en la puerta de entrada al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, como ya lo es al Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía. Su importante grado de implantación en todo el territorio andaluz permite extender la información a todos los municipios de nuestra Comunidad Autónoma. Hay que tener en cuenta que en la Comunidad Autónoma de Andalucía se atendieron en este servicio en 2010 (último ejercicio evaluado) a 635.666 personas. El total de profesionales de los Servicios Sociales Comunitarios, incluyendo al personal auxiliar de ayuda a domicilio, fue en 2010 de 27.886, de los que 1.595 fueron trabajadores y trabajadoras sociales adscritos al Servicio de Información, Orientación, Valoración y Asesoramiento, computando a las personas contratadas desde finales de 2006 por las Corporaciones Locales con financiación de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social para reforzar este servicio y a las que haré referencia en el epígrafe VI.

Los créditos destinados por las Administraciones Estatal y Autonómica en el ejercicio 2012 al Plan Concertado de Prestaciones Básicas en materia de Servicios Sociales (Orden de 4 de septiembre de 2012, por la que se establece la distribución de las cantidades a percibir por las Corporaciones Locales para la financiación de los Servicios Sociales Comunitarios en Andalucía correspondientes al ejercicio presupuestario 2012, publicada en el BOJA núm. 195, de 4 de octubre) han ascendido a 51.681.973,48 euros, de los que 9.272.263,48 euros (17,94%) corresponden al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y 42.409.710,00 euros (82,06%) a la Consejería para la Salud y Bienestar Social.

Antes de pasar a la fase de valoración de la dependencia quiero dejar claro que los Servicios Sociales Comunitarios gestionados por los Ayuntamientos de municipios con población mayor de 20.000 habitantes y por las Diputaciones Provinciales de Andalucía no se limitan a la información y recogida de documentación para remitirla a la Administración Autonómica, sino que están iniciando un procedimiento administrativo en los términos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que culminará con una resolución del órgano que corresponda de la Consejería competente en materia de servicios sociales. Este procedimiento mixto entre la Administración Autonómica y Local, poco explorado en otras materias, es una de las grandes novedades que desde la Junta de Andalucía se ha previsto para el reconocimiento de la situación de dependencia.

Hay que tener en cuenta que en Andalucía hay en la actualidad, en virtud del Real Decreto 1782/2011, de 16 de diciembre, por el que se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del padrón municipal referidas al 1 de enero de 2011 (publicado en el BOE núm. 303, de 17 de diciembre), 81 municipios con población superior a 20.000 habitantes, que, conjuntamente con las 8 Diputaciones Provinciales, están participando desde la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, en el inicio de la instrucción

del reconocimiento de la situación de dependencia, lo que requirió, sobre todo durante los primeros meses, unos ajustes de estos Servicios, especialmente en cuestiones de índole administrativa (necesidad de apoyo administrativo, carencia de formación en materia de procedimiento administrativo, insuficiencia de equipamiento informático, creación de Registros Auxiliares...). La Junta de Andalucía ha adoptado una serie de medidas, que expondré en el epígrafe VI de este Capítulo, para apoyar a las Corporaciones Locales en las materias citadas.

3. Concepto de dependencia

Es éste uno de los asuntos esenciales de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, ya que de la definición que se realice de la dependencia y del enfoque considerado para saber si una persona está en situación de dependencia, resultará un determinado número de personas en esta situación y una tipología de las mismas y a las que hay que proveer de recursos. Por ello, me ha parecido interesante incluir, antes de la valoración de la dependencia, una breve referencia al concepto de dependencia y a sus grados y niveles.

La dependencia se define en el artículo 2 de la Ley como el estado de carácter permanente en el que se encuentran personas que precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, otros apoyos para su autonomía personal. Esa dependencia puede estar producida por la edad, la enfermedad o la discapacidad y ligada a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial.

De esta definición podemos destacar lo siguiente:

- Es la pérdida de la autonomía y la necesidad de ayudas importantes lo que va a determinar si una persona es o no dependiente.
- La pérdida de autonomía debe ser permanente, se obvian las necesidades temporales (accidente, etc.).
- Dependencia no es igual a discapacidad.

Por otro lado, el artículo 26 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, establece tres grados de dependencia en función de la ayuda que la persona requiera para las actividades de la vida diaria: Dependencia Moderada (Grado I), Dependencia Severa (Grado II) y Gran Dependencia (Grado III).

- Grado I (dependencia moderada): cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.
- Grado II (dependencia severa): cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día, pero no requiere apoyo permanente de un cuidador.

- Grado III (Gran dependencia): cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal.

Según el citado artículo 26, cada uno de estos grados se clasifica a su vez en dos niveles, implicando el segundo de ellos más dependencia que el primero. El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, suprime esta división de grados en niveles, estableciendo tan sólo tres escalones para determinar la situación de dependencia. Al ser tan reciente la aprobación de esta norma y existir mucha normativa de desarrollo, tanto estatal como autonómica, referida a grados y niveles, he preferido incluir en este apartado una referencia a esta modificación sin hacer una revisión integral de todo el Capítulo suprimiendo las referencias a los niveles.

La Disposición Transitoria Octava del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, establece que las personas que con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley tengan reconocido un grado y nivel de dependencia no precisarán de un nuevo reconocimiento de su situación de dependencia a efectos de la nueva clasificación por grados. No obstante, en caso de revisión del grado y nivel de dependencia que tuvieran reconocido, la valoración resultante se adaptará a la nueva estructura de grados aprobada por el Real Decreto-Ley.

4. Valoración de la dependencia

El Servicio de Valoración de la Dependencia de cada Delegación Territorial de la Consejería de Salud y Bienestar Social es el responsable de continuar con el procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia iniciado por los Servicios Sociales Comunitarios de su ámbito territorial. A tal fin se modificó mediante el Decreto 137/2007, de 2 de mayo, publicado en el BOJA núm. 87, de 4 de mayo, la Relación de Puestos de Trabajo de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, modificación completada por el Decreto 275/2007, de 6 de noviembre, publicado en el BOJA núm. 221, de 9 de noviembre.

Con la primera modificación se crea el Servicio de Valoración de la Dependencia y los puestos de estructura adscritos al mismo, así como determinados puestos de trabajo en otros Servicios ya existentes en las Delegaciones Provinciales (Servicio de Acción e Inserción Social y Servicio de Gestión Económica de Pensiones). Mediante la segunda modificación se crean nuevas plazas de puestos bases en las Delegaciones Provinciales, así como algunas otras en las Direcciones Generales afectadas por la implantación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. En total se crean 615 puestos de trabajo, correspondiendo la mayoría de ellos a los de las personas que valoran el grado y nivel de dependencia.

Mediante esta ampliación de plantilla se crean unos órganos de valoración encargados de determinar el grado y nivel de dependencia en cada una de las Delegaciones Provinciales de la Consejería competente en materia de servicios sociales. Algunos de los miembros

de estos órganos de valoración, concretamente aquéllos cuya función consiste en aplicar el baremo, deben estar lo más cercano posible a la persona que se vaya a valorar, por lo que se decidió ubicarlos en las distintas cabeceras de las Zonas de Trabajo Social de Andalucía, lo que permite una relación directa con el personal de los Servicios Sociales Comunitarios. Se contrataron y formaron específicamente para este fin a un total de 268 personas para aplicar el baremo en el territorio andaluz. Además en cada Delegación Provincial se ubicó el resto del personal adscrito al Servicio de Valoración de la Dependencia.

En virtud de lo previsto en la Disposición Adicional Tercera del Decreto 101/2011, de 19 de abril, este personal se adscribe funcionalmente en la estructura de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, manteniendo la dependencia orgánica de la Consejería a la que se adscribe la Agencia, en la actualidad de la Consejería de Salud y Bienestar Social.

Los órganos de valoración son los encargados de determinar el grado y nivel de dependencia. Entre sus funciones se mencionan (art. 7 del Decreto 168/2007, de 12 de junio) las siguientes:

- Recabar el informe sobre la salud de la persona solicitante conforme al modelo que se establezca.
- Aplicar el baremo de valoración de los grados y niveles de dependencia y la escala de valoración específica para los menores de tres años establecidos en el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero (publicado en el BOE núm. 42, de 18 de febrero). Esta norma deroga expresamente el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, que regulaba el primer baremo para determinar la situación de dependencia.
- Establecer la correspondencia entre el resultado del baremo citado en el apartado anterior con la información relativa a las condiciones de salud.
- Formular ante la persona titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales la propuesta de resolución sobre el grado y nivel de dependencia.
- Prestar asistencia técnica y asesoramiento en los procedimientos contenciosos en que sea parte la Administración de la Junta de Andalucía, en materia de valoración de la situación de dependencia y de su grado y nivel.
- Aquellas otras funciones que le sean legal o reglamentariamente atribuidas.

La propia Ley 39/2006, de 14 de diciembre (art. 27), así como los acuerdos en materia de valoración de la situación de dependencia adoptados por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia y el propio Decreto 168/2007, de 12 de junio, exigen que el grado y nivel de dependencia de la persona interesada se valore teniendo en cuenta el informe sobre la salud y el informe sobre el entorno en el que viva aquélla y, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescritas.

Por tanto, previamente a la aplicación del baremo de valoración de los grados y niveles de dependencia y la escala de valoración específica para los menores de tres años regulados por el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, el Servicio de Valoración de la Dependencia debe recabar el informe sobre la salud de la persona solicitante. Al objeto de agilizar este

trámite el propio Servicio de Valoración solicita el informe, mediante cauces normalizados, al Distrito Sanitario que corresponda en función del domicilio de la persona solicitante. Una vez cumplimentado por los respectivos Centros de Atención Primaria, las personas responsables del Servicio Andaluz de Salud remiten el informe médico a la Delegación Territorial de la Consejería de Salud y Bienestar Social. El modelo de informe fue acordado a principios de 2007 por responsables de los Sistemas Social y Sanitario de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Una vez recibido el informe de salud, el correspondiente órgano de valoración comunica a la persona solicitante el día y la hora en que los profesionales del citado órgano acudirán a su domicilio o lugar de residencia para efectuar la valoración. De forma excepcional, los órganos de valoración podrán llevar a cabo la valoración en unas instalaciones diferentes al domicilio de la persona solicitante. En el supuesto en que la valoración fuese imposible por causas imputables a la persona solicitante, se producirá la caducidad del procedimiento en los términos establecidos en el artículo 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

5. Resolución del procedimiento

Concluida la valoración (aplicado el baremo, a la vista de los informes incorporados al expediente y comprobada la coherencia del resultado del baremo con el informe sobre la salud de la persona), el Servicio de Valoración de la Dependencia procede a la elaboración de la propuesta de resolución que se traslada a la persona titular de la Delegación Territorial correspondiente de la Consejería de Salud y Bienestar Social para que emita la correspondiente resolución, que determinará:

- Grado y nivel de dependencia de la persona solicitante, con indicación de la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia conforme al calendario establecido en la Disposición Final Primera de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. Asimismo, establecerá, cuando proceda, en función de las circunstancias concurrentes, el plazo máximo en que deba efectuarse la primera revisión del grado y nivel que se declare.
- Servicios o prestaciones que, en su caso, correspondan a la persona interesada de acuerdo con su grado y nivel de dependencia.

La resolución debe dictarse y notificarse a la persona solicitante o, en su caso, a sus representantes, en el plazo máximo de tres meses a partir de la fecha de entrada en el registro de los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes al municipio de residencia de la persona solicitante. Transcurrido dicho plazo sin que se haya notificado resolución expresa, la solicitud podrá entenderse desestimada, sin perjuicio de la obligación de la Administración de resolver expresamente.

La resolución de reconocimiento de la situación de dependencia tiene validez en todo el territorio del Estado y debe comunicarse a los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes. Su eficacia queda demorada hasta la aprobación del correspondiente Programa Individual de Atención. Contra la resolución de reconocimiento de la situación de depen-

dencia puede interponerse recurso de alzada ante la persona titular de la Consejería de Salud y Bienestar Social.

El grado y nivel de dependencia puede ser revisado por las siguientes causas:

- Mejoría o empeoramiento de la situación de dependencia.
- Error de diagnóstico o en la aplicación del correspondiente baremo.

La revisión del grado y nivel de dependencia se inicia a instancia de la persona beneficiaria, de sus representantes o de oficio por la correspondiente Delegación Territorial de la Consejería de Salud y Bienestar Social.

6. Estadísticas de reconocimiento de la situación de dependencia

Para concluir este epígrafe me parece oportuno ofrecer algunas estadísticas sobre el número de personas valoradas en la Comunidad Autónoma de Andalucía y alguna comparación con el conjunto estatal. La fuente utilizada es la Información Estadística del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia publicada mensualmente por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en este caso referida a 1 de julio de 2012.

El número de personas valoradas en la Comunidad Autónoma de Andalucía a 1 de julio de 2012, sin incluir los datos históricos con objeto de realizar comparaciones de personas con expedientes abiertos y vigentes en nuestra Comunidad Autónoma, es de 384.076, lo que supone el 92,52% del total de solicitudes. La ratio de valoraciones por población de la Comunidad Autónoma es en Andalucía del 4,56%, siendo la media estatal del 3,24%. Además de Andalucía, sólo superan el 4% La Rioja (4,49%) y Castilla la Mancha (4,09%).

La distribución de estas personas por grados y niveles es la siguiente:

- Gran Dependencia Grado III nivel 2: 39.506 (10,29%).
- Gran Dependencia Grado III nivel 1: 57.852 (15,06%).
- Dependencia Severa Grado II nivel 2: 46.963 (12,23%).
- Dependencia Severa Grado II nivel 1: 77.387 (20,15%).
- Dependencia Moderada Grado I nivel 2: 42.368 (11,03%).
- Dependencia Moderada Grado I nivel 1: 60.900 (15,86%).
- Sin grado: 59.100 (15,39%).

El número de personas valoradas en Andalucía como grandes dependientes representa el 25,35% del total de personas valoradas, siendo la media estatal en esta fecha del 27,03%. La mayoría de las Comunidades Autónomas (todas excepto la Comunidad Foral de Navarra, Cataluña, el País Vasco, Ceuta y Melilla) superan a Andalucía en esta ratio, algunas de ellas con porcentajes muchos más altos, así Canarias (41,25%), Galicia (34,34%), Región de Murcia (33,07%) o Castilla y León (32,74%).

El número de personas valoradas con derecho a prestación a 1 de julio de 2012 es de 261.510, lo que supone el 68,09% del total de personas valoradas, siendo la media estatal del 67,18%.

V. LA APROBACIÓN DEL PROGRAMA INDIVIDUAL DE ATENCIÓN EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA

El Programa Individual de Atención, regulado en el artículo 29 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, es elaborado, previa consulta a la persona beneficiaria, por los Servicios Sociales correspondientes del sistema público y recoge las modalidades de intervención más adecuadas a esa persona de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel.

En la Comunidad Autónoma de Andalucía esta materia está regulada en el Decreto 168/2007, de 12 de junio, que establece en su artículo 17.1 que la Delegación Territorial de la Consejería de Salud y Bienestar Social comunica la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia a los Servicios Sociales Comunitarios que hayan iniciado la tramitación del procedimiento y éstos elaboran la propuesta de Programa Individual de Atención correspondiente a la persona beneficiaria. Se inicia, por tanto, un segundo procedimiento administrativo, en este caso de oficio, para la elaboración del Programa Individual de Atención.

Esta propuesta se realiza en los casos en que la efectividad del derecho a las prestaciones, conforme al calendario establecido en la Disposición Final Primera de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, se produzca en el año en que se hubiera dictado la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia. Cuando el derecho de acceso a los servicios y prestaciones económicas correspondientes, conforme al mencionado calendario, deba hacerse efectivo en año distinto a aquél en que se haya dictado la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia, los Servicios Sociales Comunitarios elaborarán la propuesta de Programa Individual de Atención en los tres primeros meses anteriores al inicio de su año de implantación. Cuando una persona beneficiaria de otra Comunidad Autónoma traslade su domicilio de forma permanente al territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, los Servicios Sociales Comunitarios dispondrán igualmente de un plazo de tres meses para elaborar la propuesta de Programa Individual de Atención.

En esta fase de elaboración de la propuesta de Programa Individual de Atención, los Servicios Sociales Comunitarios deben realizar un informe social en el que se detalle la situación social, familiar y del entorno de la persona en situación de dependencia (art. 17.3 del Decreto citado). Se concibe el mencionado informe como el instrumento fundamental del que se valen los Servicios Sociales Comunitarios para proponer el Programa Individual de Atención correspondiente a la persona en situación de dependencia, ya que hasta este momento del procedimiento sólo se ha considerado la dependencia en un sentido funcional, mientras que ahora hay que conjugarlo con el componente social.

Durante la elaboración del Programa Individual de Atención se dará participación a la persona beneficiaria o, en su caso, a su familia o entidades tutelares que la representen (art. 17.4 del Decreto 168/2007, de 12 de junio). A estos efectos, el artículo 29 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, prevé que el Programa Individual de Atención se establecerá *“con la participación, previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario y, en su caso, de su familia y entidades tutelares que le represente”*.

Tras la elaboración del informe social y de un documento que acredite que se ha realizado la preceptiva consulta, los Servicios Sociales Comunitarios elaboran una propuesta de Programa Individual de Atención, en el que se recoge la modalidad de intervención más adecuada para la persona en situación de dependencia. Al objeto de homologar la documentación necesaria para la resolución del Programa Individual de Atención, la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social dictó la Orden de 1 de octubre de 2007, por la que se aprueban los modelos de informe social, trámite de consulta y propuesta de programa individual de atención del Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia en Andalucía (publicada en el BOJA núm. 208, de 22 de octubre).

Por otro lado, los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes deben requerir a la persona beneficiaria para que, en un plazo máximo de diez días hábiles, presenten la documentación necesaria para que la Administración Autonómica pueda resolver. En este sentido hay que distinguir dos tipos de documentos:

- Por un lado, teniendo en cuenta que, en virtud de lo previsto en el artículo 33.1 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, las personas beneficiarias de las prestaciones de dependencia participarán en la financiación de las mismas según su capacidad económica personal y que, según dispone el artículo 14.7 de la Ley citada, esta capacidad se determina en atención a la renta y al patrimonio, se solicita Declaración de los Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, referidas al período impositivo inmediatamente anterior, con plazo de presentación vencido, a la fecha de efectividad del derecho, conforme al calendario establecido en la mencionada Ley. Quienes no estuviesen obligados a presentar las Declaraciones citadas deberán aportar certificado de rendimientos percibidos o, en su defecto, declaración responsable de ingresos y declaración sobre la titularidad de los bienes inmuebles, así como de los bienes muebles que reglamentariamente se determinen.
- Por otro lado, documentación acreditativa de las circunstancias personales y familiares alegadas por la persona interesada que estarán en función del servicio o prestación económica que se proponga.

Los Servicios Sociales Comunitarios deben remitir a la correspondiente Delegación Territorial de la Consejería de Salud y Bienestar Social, además de la documentación citada, los siguientes documentos normalizados:

- Informe social sobre la situación familiar y del entorno de la persona declarada en situación de dependencia.

- Documentación acreditativa del trámite de participación o consulta previa anteriormente mencionado.
- Propuesta de Programa Individual de Atención.

Esta remisión debe producirse en el plazo máximo de dos meses desde que los Servicios Sociales Comunitarios reciban la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia (art. 17.5 del Decreto 168/2007, de 12 de junio). Al objeto de agilizar el proceso y poder cumplir este plazo, la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social creó una aplicación informática para que los profesionales de los Servicios Sociales Comunitarios que están elaborando la propuesta de Programa Individual de Atención de una persona, en la actualidad más de 1.000, puedan en un entorno Web elaborar los tres documentos, que recibidos en tiempo real por las Delegaciones Territoriales, son validados por las mismas, aunque posteriormente sean remitidos, con la documentación necesaria, en soporte papel. Sin llegar a una tramitación electrónica (sería complicado aplicar en la misma el trámite de consulta), se ha logrado agilizar el proceso de asignación de prestaciones. Se han establecido mecanismos de importación y exportación de datos entre esta aplicación y el Sistema de Información del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

Una vez recibida toda la documentación, la persona titular de la correspondiente Delegación Territorial de la Consejería de Salud y Bienestar Social dicta Resolución por la que se aprueba el Programa Individual de Atención, que se debe aprobar y notificar a la persona interesada o a sus representantes legales en el plazo máximo de tres meses desde la fecha de recepción de la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia por los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes, a los que también se comunicará la citada Resolución.

El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, añade un último inciso al artículo 29.1 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, en el sentido de que la determinación de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar corresponderá a la Administración competente, a propuesta de los servicios sociales. En el caso de la Junta de Andalucía esta modificación no tiene ninguna incidencia, ya que no sólo esta prestación económica, sino todos los servicios y prestaciones económicas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se determinan, aunque con propuesta de los Servicios Sociales Comunitarios, por la Administración Autónoma.

El Programa Individual de Atención se revisará por la correspondiente Delegación Territorial de la Consejería de Salud y Bienestar Social a instancia de la persona interesada o de sus representantes legales, que deberán acreditar fehacientemente el motivo por el que solicita tal revisión. Asimismo la Delegación Territorial podrá iniciar de oficio un procedimiento de revisión en los siguientes casos:

- Solicitud de los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes.
- Cuando las circunstancias lo aconsejen y, en todo caso, cada tres años.
- Como consecuencia del traslado de residencia a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

VI. COLABORACIÓN DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA CON LAS ENTIDADES LOCALES

La Junta de Andalucía ha realizado algunas actuaciones para que los Servicios Sociales Comunitarios puedan asumir de forma conveniente las nuevas competencias asignadas en materia de dependencia, especialmente las previstas en el Decreto 168/2007, de 12 de junio. Como ya he comentado este marco de colaboración se circunscribe a los 81 Ayuntamientos de municipios con población superior a 20.000 habitantes y a las 8 Diputaciones Provinciales para el resto de municipios andaluces. Por otro lado, el marco de colaboración financiera derivado del Servicio de Ayuda a Domicilio se analiza en el epígrafe VIII de este capítulo.

Con estas consideraciones previas, destacan las siguientes actuaciones:

- 1º) Incrementar la financiación de las Corporaciones Locales de Andalucía por importe de 8.536.704 euros para que las mismas contraten durante un período de 12 meses a 264 personas diplomadas en Trabajo Social para la atención de las personas en situación de dependencia, reforzando los Servicios Sociales Comunitarios en las distintas Zonas de Trabajo Social. Para realizar el cálculo que supone la contratación de las citadas personas durante un período de 12 meses se utilizó el coste de un Titulado Medio en el Convenio Colectivo del personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía.

El citado incremento presupuestario se articuló mediante el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 28 de noviembre de 2006 (publicado en el BOJA núm. 249, de 28 de diciembre). La distribución de los créditos se realizó fundamentalmente en función de la población, la población mayor de 65 años y la población mayor de 80 años, aunque garantizando una persona que posea la titulación de Asistente Social o Diplomada en Trabajo Social en cada Zona de Trabajo Social y una segunda persona a todos aquellos Ayuntamientos de municipios que, coincidiendo su ámbito territorial con una sola Zona de Trabajo Social, tuviesen una población superior a los 50.000 habitantes.

Hay que tener en cuenta que este refuerzo de personal se produce previamente a la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, por lo que ya a finales de 2006 la Junta de Andalucía hacía una apuesta por el modelo descentralizado y municipalista antes comentado.

El objeto del Acuerdo es establecer los criterios y distribuir los créditos entre los Ayuntamientos de municipios con población superior a veinte mil habitantes y las Diputaciones Provinciales pertenecientes al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía para reforzar el Servicio de Información, Valoración, Orientación y Asesoramiento de los Servicios Sociales Comunitarios, con la finalidad de que los mismos puedan atender de forma conveniente a las personas que pudieran encontrarse en situación de dependencia o a los familiares o representantes legales de las mismas. Por lo tanto, no se está financiando la contratación de personal para que las Corpo-

raciones Locales creen un dispositivo específico de atención a la dependencia, sino se están reforzando a los Servicios Sociales Comunitarios para mejorar las ratios de población atendida por Unidad de Trabajo Social en coherencia con el principio de normalización enunciado en el artículo 2 de la Ley de Servicios Sociales de Andalucía.

- 2º) Adquirir y distribuir entre las Corporaciones Locales mobiliario y equipamiento informático para el ejercicio por parte de los Servicios Sociales Comunitarios de las funciones previstas en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Esta entrega de material, desarrollada durante el primer semestre de 2007, se articuló mediante convenios de colaboración entre la Administración Autonómica y Local y supuso la entrega de 1.421 ordenadores, 1.421 equipos multifunción y 209 fotocopiadoras, ascendiendo el coste total a 2.484.753 euros.
- 3º) Formar a los profesionales del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, tanto personal de los Servicios Sociales Comunitarios como de la propia Junta de Andalucía. Esta formación se concreta en los siguientes aspectos: Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y, en especial, papel de los Servicios Sociales Comunitarios en la misma, procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y acceso a las prestaciones, valoración de la situación de dependencia, aplicación informática elaborada por la Administración del Estado, Programa Individual de Atención, recursos destinados a personas en situación de dependencia. Los cursos se han venido desarrollando desde finales de 2006 hasta la fecha, aunque una parte importante de esta formación se concentró en el 2º, 3º y 4º trimestre de 2007.
- 4º) Incrementar la financiación de las Corporaciones Locales de Andalucía por importe de 3.591.468 euros para que las mismas contraten durante un período de 6 meses a 268 personas que desarrollen tareas administrativas, con la finalidad de que puedan asumir de forma conveniente las competencias que les atribuye el Decreto 168/2007, de 12 de junio. Para realizar el cálculo que supone la contratación de las citadas personas durante un período de 6 meses se utilizó el coste de un Administrativo en el Convenio Colectivo del personal laboral al servicio de la Junta de Andalucía.

El citado incremento presupuestario, distribuido con los mismos criterios que el Acuerdo de de 28 de noviembre de 2006, se articuló mediante el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 31 de julio de 2007 (publicado en el BOJA núm. 158, de 10 de agosto).

- 5º) Incrementar la financiación de las Corporaciones Locales de Andalucía en 19.000.000 euros para que las mismas mantengan y, en su caso, incrementen la contratación tanto de personas diplomadas en Trabajo Social como de personas que desarrollen tareas administrativas financiadas previamente con cargo a los Acuerdos de Consejo de Gobierno de 28 de noviembre de 2006 y 31 de julio de 2007. La citada financiación, cuya finalidad es que las Entidades Locales puedan asumir de forma conveniente las competencias que les atribuye el Decreto 168/2007, de 12 de junio, se articuló

mediante el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 20 de noviembre de 2007 (publicado en el BOJA núm. 231, de 23 de noviembre).

Los créditos citados de distribuyeron entre los Ayuntamientos de municipios con población superior a veinte mil habitantes y las Diputaciones Provinciales en virtud de los siguientes criterios y ponderaciones:

- Población (30%).
- Población mayor de 65 años (25%).
- Porcentaje de población mayor de 65 años (10%).
- Población mayor de 80 años (25%).
- Porcentaje de población mayor de 80 años (10%).

Como cláusula de garantía se prevé que a cada una de las Entidades Locales incluidas en el objeto del Acuerdo se les garantizan los créditos asignados por los Acuerdos del Consejo de Gobierno de 28 de noviembre de 2006 y 31 de julio de 2007 incrementados por el respectivo Índice de Precios al Consumo Interanual en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Este incremento presupuestario adicional respecto a las cuantías establecidas en los dos primeros Acuerdos de Consejo de Gobierno, además de los remanentes en el ejercicio 2008 por los retrasos en las contrataciones en el ejercicio 2007, permitió que en 2008 el número de personas contratadas por las Entidades Locales superasen con creces a las 532 inicialmente previstas.

- 6º) Incrementar la financiación de los Ayuntamientos de municipios con población superior a veinte mil habitantes y las Diputaciones Provinciales pertenecientes al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía en 19.855.000 euros para que estas Corporaciones Locales mantengan la contratación tanto de personas diplomadas en Trabajo Social como de personas que desarrollen tareas administrativas financiadas previamente con cargo a los Acuerdos de Consejo de Gobierno de 28 de noviembre de 2006, de 31 de julio de 2007 y de 20 de noviembre de 2007. La citada financiación, cuya finalidad es que las Entidades Locales puedan asumir de forma conveniente las competencias que les atribuye el Decreto 168/2007, de 12 de junio, se articuló mediante el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 26 de noviembre de 2008 (publicado en el BOJA núm. 248, de 16 de diciembre). La totalidad de estos créditos se materializaron el 23 de diciembre de 2008, lo que permitió que las Corporaciones Locales citadas no tuviesen ningún problema de tesorería.
- 7º) Incrementar la financiación de los Ayuntamientos de municipios con población superior a veinte mil habitantes y las Diputaciones Provinciales pertenecientes al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía en 19.945.674 euros para que estas Corporaciones Locales mantengan la contratación tanto de personas diplomadas en Trabajo Social como de personas que desarrollen tareas administrativas financiadas

hasta esa fecha con cargo a los Acuerdos de Consejo de Gobierno de 28 de noviembre de 2006, de 31 de julio de 2007, de 20 de noviembre de 2007 y de 26 de noviembre de 2008. La citada financiación, cuya finalidad es que las Entidades Locales puedan asumir de forma conveniente las competencias que les atribuye el Decreto 168/2007, de 12 de junio, se articuló mediante el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 24 de noviembre de 2009 (publicado en el BOJA núm. 241, de 11 de diciembre). La totalidad de estos créditos se materializaron el 14 de enero de 2010, lo que permitió que las Corporaciones Locales citadas no tuviesen ningún problema de tesorería.

- 8º) Incrementar la financiación de los Ayuntamientos de municipios con población superior a veinte mil habitantes y las Diputaciones Provinciales pertenecientes al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía en 19.945.674 euros para que estas Corporaciones Locales mantengan la contratación tanto de personas diplomadas en Trabajo Social como de personas que desarrollen tareas administrativas financiadas hasta esa fecha con cargo a los Acuerdos de Consejo de Gobierno de 28 de noviembre de 2006, de 31 de julio de 2007, de 20 de noviembre de 2007, de 26 de noviembre de 2008 y de 24 de noviembre de 2009. La citada financiación, cuya finalidad es que las Entidades Locales puedan asumir de forma conveniente las competencias que les atribuye el Decreto 168/2007, de 12 de junio, se articuló mediante el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 23 de noviembre de 2010 (publicado en el BOJA núm. 240, de 10 de diciembre). La totalidad de estos créditos se materializaron en enero de 2011, lo que permitió que las Corporaciones Locales citadas no tuviesen ningún problema de tesorería.

La aportación adicional que la Junta de Andalucía realizó en el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 20 de noviembre de 2007, las aportaciones complementarias a las de la Administración Autonómica que realizan algunas Entidades Locales, así como los remanentes de créditos que se han incorporado al ejercicio siguiente, ha permitido que en la evaluación del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 24 de noviembre de 2009, cuyos gastos se devengaron en 2010 (la evaluación del Acuerdo de Consejo de Gobierno de 23 de noviembre de 2010, cuyos gastos se devengaron en 2011 aún no está cerrada), el número de personas diplomadas en trabajo social contratadas fuese de 396 y el número de personal administrativo de 344, es decir, un total de 740 personas, lo que supone un 39,10% más de la previsión inicial.

- 9º) Incrementar la financiación de los Ayuntamientos de municipios con población superior a veinte mil habitantes y las Diputaciones Provinciales pertenecientes al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía en 19.945.674 euros para que estas Corporaciones Locales mantengan la contratación tanto de personas diplomadas en Trabajo Social como de personas que desarrollen tareas administrativas financiadas hasta la fecha con cargo a los Acuerdos de Consejo de Gobierno de 28 de noviembre de 2006, de 31 de julio de 2007, de 20 de noviembre de 2007, de 26 de noviembre de 2008, de 24 de noviembre de 2009 y de 23 de noviembre de 2010. La citada financiación, cuya finalidad es que las Entidades Locales puedan asumir de forma

conveniente las competencias que les atribuye el Decreto 168/2007, de 12 de junio, se ha articulado mediante el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 27 de diciembre de 2011 (publicado en el BOJA núm. 252, de 28 de diciembre).

En resumen, al margen de la financiación del Servicio de Ayuda a Domicilio al que luego me referiré, durante estos años se han transferido a las Entidades Locales de Andalucía para la contratación de personal que desarrolle tareas relacionadas con la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a Personas en Situación de Dependencia, créditos por importe de 110.820.194 euros.

VII. PRESTACIONES DEL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

1. Servicios y prestaciones económicas

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, distingue en su artículo 14 entre los servicios y las prestaciones económicas y señala que todas las prestaciones están destinadas, de una parte, a la promoción de la autonomía personal y, de otra, a la atención de las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria. En la Ley se establece el Catálogo de Servicios (art. 15), la prestación económica vinculada a la adquisición de un servicio (art. 17), la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales (art. 18) y la prestación económica de asistencia personal (art. 19).

En la Comunidad Autónoma de Andalucía se ha aprobado la Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 3 de agosto de 2007, por la que se establecen la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad de las prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía (publicada en el BOJA núm. 161, de 16 de agosto).

El artículo 11 de la Orden citada establece un régimen de incompatibilidades, que ha sido modificado parcialmente por la Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 7 de marzo de 2008 (publicada en el BOJA núm. 55, de 19 de marzo) y por la Orden de 6 de abril de 2009 (publicada en el BOJA núm. 79, de 27 de abril). Sin ánimo de ser exhaustivo, hay que subrayar la compatibilidad del Servicio de Teleasistencia con todos los servicios y prestaciones económicas a excepción del Servicio de Atención Residencial y la prestación económica vinculada a este Servicio. Por otro lado, para las personas reconocidas en Grado III o Grado II nivel 2 se establece la compatibilidad entre el Servicio de Centro de Día y el Servicio de Ayuda a Domicilio o la prestación económica vinculada a ambos, aunque limitando este servicio a 22 horas al mes, ya que el objeto de esta compatibilidad es facilitar la asistencia de la persona al Centro.

El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, añade un nuevo artículo a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, concretamente el 25 bis, por el que se establece un régimen de incompatibilidades de las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Según este artículo las prestaciones económicas serán incompatibles entre sí y con los servicios del Catálogo, salvo con los servicios de prevención de las situaciones de dependencia, de promoción de la autonomía personal y de Teleasistencia. Los servicios serán incompatibles entre sí, a excepción del Servicio de Teleasistencia que será compatible con el servicio de prevención de las situaciones de dependencia, de promoción de la autonomía personal, de Ayuda a Domicilio y de Centro de Día y de Noche.

Esta norma no permite la compatibilidad establecida en la normativa de la Junta de Andalucía entre el Servicio de Ayuda a Domicilio y el Servicio de Centro de Día. El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, permite que las Comunidades Autónomas amplíen el régimen de compatibilidades para facilitar que la persona permanezca en su domicilio siempre que la suma de las prestaciones compatibles no sea superior, en su conjunto, a las intensidades máximas reconocidas a su grado de dependencia. A los efectos de la asignación del nivel mínimo de financiación, modificado por el mismo Real Decreto-Ley como ya señalé en el epígrafe II, estas prestaciones tendrán la consideración de una única prestación. Este último inciso supone que si la Junta de Andalucía mantiene la compatibilidad citada se considerará nivel adicional y no recibirá financiación por las 22 horas del Servicio de Ayuda a Domicilio compatible hasta la fecha con el Servicio de Centro de Día.

2. Catálogo de Servicios

Los Servicios incluidos en el Catálogo son:

- Servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal (art. 21).
- Servicio de Teleasistencia (art. 22).
- Servicio de Ayuda a Domicilio (art. 23).
- Servicio de Centro de Día y de Noche (art. 24).
- Servicio de Atención Residencial (art. 25).

La mayoría de estos Servicios ya existían en el Sistema de Servicios Sociales, por lo que se han ido adecuando progresivamente (autorización administrativa, acreditación, requisitos de los centros, tipología de personas usuarias...) a las necesidades de las personas en situación de dependencia. Estos Servicios, que tienen carácter prioritario, se prestarán a través de centros públicos o privados concertados debidamente acreditados.

La red de centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía está integrada por los siguientes tipos (art. 3 de la Orden de 3 de agosto de 2007):

- Centros y servicios públicos de titularidad de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus Organismos y Entidades dependientes.
- Centros y servicios públicos de titularidad de las Entidades Locales de Andalucía.
- Centros y servicios privados concertados del tercer sector definidos en el artículo 2.8 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.
- Centros y servicios privados concertados de la iniciativa privada con ánimo de lucro.

Los centros y servicios privados concertados, así como los centros y servicios privados no concertados, que colaboren con el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la atención a personas en situación de dependencia deben estar acreditados conforme a la normativa aplicable en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

3. Servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal

Este servicio tiene por finalidad prevenir la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y de sus secuelas, mediante el desarrollo coordinado, entre los servicios sociales y de salud, de actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores y personas con discapacidad y a quienes se ven afectados por procesos de hospitalización complejos.

El Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, establece que las personas en situación de dependencia recibirán servicios de prevención con el objeto de prevenir el agravamiento de su grado y nivel de dependencia, estableciéndose la intensidad de este servicio en los Planes de Prevención de cada Comunidad Autónoma.

La misma norma define los servicios de promoción de la autonomía personal como aquellos que tienen por finalidad desarrollar y mantener la capacidad personal de controlar, afrontar y tomar decisiones acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias y facilitar la ejecución de las actividades básicas de la vida diaria.

El Real Decreto 175/2011, de 11 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, y el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia (publicado en el BOE núm. 42, de 18 de febrero), establece para las personas de Grado I los siguientes servicios de promoción para la autonomía personal:

- Habilitación y terapia ocupacional.
- Atención temprana.
- Estimulación cognitiva.
- Promoción, mantenimiento y recuperación de la autonomía funcional.
- Habilitación psicosocial para personas con enfermedad mental o discapacidad intelectual.
- Apoyos personales y cuidados en alojamientos especiales (viviendas tuteladas).

El Real Decreto 175/2011, de 11 de febrero, establece para la atención temprana un mínimo de 6 horas mensuales y para los servicios de promoción, mantenimiento y recuperación de la autonomía funcional una intensidad mínima de 15 horas mensuales. La intensidad del resto de servicios del Servicio de Promoción será de entre 20 y 30 horas mensuales para el Grado I nivel 2 y entre 12 y 19 horas para el nivel 1.

4. Servicio de Teleasistencia

El Servicio de Teleasistencia tiene por finalidad atender a las personas beneficiarias mediante el uso de tecnologías de la comunicación y de la información y apoyo de los medios personales necesarios, en respuesta inmediata ante situaciones de emergencia o de inseguridad, soledad y aislamiento y con el fin de favorecer la permanencia de las personas usuarias en su medio habitual. El Servicio de Teleasistencia, según establece la Orden de 3 de agosto de 2007, se prestará las veinticuatro horas del día durante todos los días del año para las personas en situación de dependencia, conforme a lo establecido en el Programa Individual de Atención.

5. Servicio de Ayuda a Domicilio

El Servicio de Ayuda a Domicilio lo constituye el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en el domicilio de las personas en situación de dependencia con el fin de atender sus necesidades de la vida diaria, prestadas por entidades o empresas, acreditadas para esta función.

Estos servicios pueden estar relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar o relacionados con la atención personal en la realización de las actividades de la vida diaria. El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, establece que los servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar sólo podrán prestarse conjuntamente con los relacionados con la atención personal.

En el epígrafe VIII de este Capítulo se desarrolla ampliamente este servicio.

6. El acceso a los Servicios de Centro de Día y de Noche y al Servicio de Atención Residencial

Antes de definir los Servicios de Centro de Día o de Noche y del Servicio de Atención Residencial me parece pertinente realizar alguna referencia a la norma que regula el acceso a este tipo de centros. Esta materia está regulada por el Decreto 388/2010, de 19 de octubre, por el que se regula el régimen de acceso y traslado de personas en situación de dependencia a plazas de centros residenciales y centros de día y de noche (publicado en el BOJA núm. 220, de 11 de noviembre).

Los aspectos más destacables que regula este Decreto son:

- 1º) Se regula el acceso y traslado de personas en situación de dependencia a plazas de Centros Residenciales y Centros de Día y de Noche, tanto los de titularidad de la Junta de Andalucía como los financiados por ésta.
- 2º) Se consideran personas usuarias de estos centros aquéllas que están en situación de dependencia y en su Programa Individual de Atención le hayan prescrito como modalidad de intervención más adecuada a sus necesidades algunos de estos centros.
- 3º) Además de los requisitos citados en el apartado anterior, a la persona sólo se le exige no precisar en el momento del ingreso atención sanitaria continuada en régimen de hospitalización y manifestar la voluntad de acceder a la plaza que se le haya resuelto.
- 4º) Se regula asimismo los traslados, tanto los provisionales como los definitivos, pudiendo ser éstos tanto de oficio (existencia de un centro más idóneo para la persona usuaria, no superación del periodo de adaptación o perjuicio efectivo o cierto que afecte a la vida o integridad física o psíquica de la persona o del resto de personas usuarias del centro) o a instancia de parte (mayor proximidad geográfica del centro al lugar de residencia de la persona o de su entorno familiar o de convivencia).

7. Servicio de Centro de Día

El artículo 24 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, define el Servicio de Centro de Día como aquel que ofrece una atención integral durante el periodo diurno a las personas en situación de dependencia, con el objetivo de mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal y apoyar a las familias o personas cuidadoras. En particular, cubre, desde un enfoque biopsicosocial, las necesidades de asesoramiento, prevención, rehabilitación, orientación para la promoción de la autonomía, habilitación o atención asistencial y personal.

La tipología de centros incluirá, según el citado artículo, Centros de Día para menores de 65 años, Centros de Día para mayores y Centros de Día de atención especializada por la especificidad de los cuidados que ofrecen.

El Decreto 388/2010, de 19 de octubre, define el Servicio de Centro de Día como el conjunto de actuaciones que se presta durante parte del día para ofrecer una atención integral mediante servicios de manutención, ayuda a las actividades de la vida diaria, acompañamientos y otros para personas en situación de dependencia.

La Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 1 de octubre de 2007, por la que se aprueban los modelos de Informe Social, Trámite de Consulta y Propuesta de Programa Individual de Atención, establece la siguiente tipología de Servicios de Centros de Día:

- Unidades de estancia diurna para personas mayores.
- Unidades de estancia diurna para personas con discapacidad intelectual.
- Unidades de estancia diurna para personas con discapacidad física y/o visual o parálisis cerebral.
- Unidades de estancia diurna para personas con discapacidad intelectual y graves trastornos de conducta.
- Unidades de estancia diurna para personas con trastornos del espectro autista.
- Unidades de estancia diurna con terapia ocupacional.
- Unidades de estancia diurna para personas con enfermedad mental.

El Real Decreto 175/2011, de 11 de febrero, establece que la intensidad mínima del Servicio de Centro de Día para personas de Grado I nivel 2 será de 25 horas semanales y para el Grado I nivel 1 de 15 horas semanales.

8. Servicio de Centro de Noche

El Servicio de Centro de Noche ofrece una atención integral durante el periodo nocturno a las personas en situación de dependencia, con el objetivo de mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal y apoyar a las familias o personas cuidadoras.

El Decreto 388/2010, de 19 de octubre, define el Servicio de Centro de Noche como el conjunto de actuaciones que se presta durante horario nocturno para ofrecer una atención a personas en situación de dependencia que deban ser asistidas durante la noche.

9. Servicio de Atención Residencial

El artículo 25 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, define el Servicio de Atención Residencial como aquel que ofrece, desde un enfoque biopsicosocial, servicios continuados de carácter personal y sanitario. Este servicio se prestará en los centros residenciales habilitados al efecto según el tipo de dependencia, grado de la misma e intensidad de cuidados que precise la persona.

El Decreto 388/2010, de 19 de octubre, define el Servicio de Atención Residencial como el conjunto de actuaciones que ofrece una atención integral y continuada de carácter personal, social y, en su caso, sanitario, que ajustará los servicios y programas de intervención a las necesidades de las personas en situación de dependencia, de acuerdo con su Programa Individual de Atención.

La Orden de 1 de octubre de 2007 recoge la siguiente tipología de Servicios de Atención Residencial:

- Residencia para personas mayores asistidas.
- Psicogeriátrico para personas mayores.
- Residencia para personas gravemente afectadas por discapacidad intelectual.
- Residencia de adultos.
- Residencia para personas gravemente afectadas por discapacidad física y/o visual o parálisis cerebral.
- Residencia para personas con trastornos del espectro autista.
- Residencia para psicodeficientes.
- Casas-Hogar para personas con enfermedad mental.
- Viviendas tuteladas para personas con discapacidad.
- Viviendas supervisadas para personas con enfermedad mental.

10. Prestación económica vinculada a un servicio

De no ser posible la atención mediante alguno de los servicios del Catálogo se puede conceder una prestación económica vinculada a la adquisición del servicio (art. 17 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre). La Ley condiciona esta prestación económica a los casos de imposibilidad de acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado y se reconocerá en función del grado y nivel de dependencia y de la capacidad económica del beneficiario. El importe de esta prestación se destina a la cobertura de los gastos del servicio, debiendo ser prestado por una entidad o centro acreditado para la atención a la dependencia.

El Real Decreto 570/2011, de 20 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, y se establecen las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, para el ejercicio 2011 (publicado en el BOE núm. 112, de 11 de mayo) establece la cuantía máxima de esta prestación económica en el ejercicio 2011 para las personas en situación de Gran Dependencia, ascendiendo a 833,96 euros para el nivel 2 y 625,47 euros para el nivel 1. Para las personas en situación de Dependencia Severa (Grado II) y nivel 2 es de 462,18 euros y para el nivel 1 de 401,20 euros. Para las

personas reconocidas en situación de dependencia moderada (Grado I, nivel 2) el importe es de 300 euros.

El artículo primero del Real Decreto 570/2011, de 20 de abril, modifica el artículo 13.1 del Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, que queda de la siguiente manera: “*La cuantía de las prestaciones económicas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia será objeto de actualización anual por el Gobierno mediante Real Decreto, previo acuerdo del Consejo Territorial, para los grados y niveles con derecho a prestaciones, teniendo en cuenta la actualización aplicada al Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples (IPREM)*”. Aún no se ha aprobado el Real Decreto que actualiza las prestaciones económicas para el ejercicio 2012, aunque la Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, mantiene la cuantía del Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples en la misma cantidad que en 2011 (532,51 euros mensuales). Por tanto, en principio se mantienen los importes de esta prestación económica durante el ejercicio 2012, ya que el Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, no ha establecido ninguna modificación.

11. Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales

La persona beneficiaria podrá, excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser atendida por personas cuidadoras no profesionales, la denominada prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales (art. 18 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre). Esta prestación excepcional está condicionada a que la persona beneficiaria esté siendo atendida por su entorno familiar, se den las condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad en la vivienda y se establezca esta medida en su Programa Individual de Atención.

A) Seguridad Social de la persona cuidadora

La persona que ejerza de cuidadora deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social previstas en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia (publicado en el BOE núm. 114, de 12 de mayo). Las personas cuidadoras no profesionales quedarán incluidas obligatoriamente en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social y en situación asimilada al alta, mediante la suscripción de un convenio especial. La base mensual de cotización en el convenio especial será el tope mínimo que, en cada momento, esté establecido en el Régimen General de la Seguridad Social. El Real Decreto 175/2011, de 11 de febrero, establece que para las personas reconocidas en Grado I la base mensual de cotización en el correspondiente convenio especial será el cincuenta por ciento del tope mínimo establecido en el Régimen General de la Seguridad Social.

No será aplicable lo dispuesto en el párrafo anterior, en los supuestos en que la persona cuidadora no profesional siga realizando o inicie una actividad profesional por la que deba quedar incluido en el sistema de la Seguridad Social, así como en los supuestos en que se encuentre percibiendo la prestación de desempleo o cuando tenga la condición de pensionista de jubilación o de incapacidad permanente o, de tratarse de pensionista de viudedad o en favor de familiares, cuando tenga 65 o más años.

El coste de la Seguridad Social de estas personas lo ha sufragado desde la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, la Administración General del Estado y desde la aprobación del Real Decreto 570/2011, de 20 de abril, el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO), ascendiendo en 2011 a 164,54 euros para los Grados III y II y 82,27 euros para el Grado I.

La Disposición Adicional Octava del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, establece que, a partir de la fecha de entrada en vigor del mismo, el convenio especial regulado en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, tendrá para las personas cuidadoras no profesionales un carácter voluntario y podrá ser suscrito entre estas personas y la Tesorería General de la Seguridad Social. Las cotizaciones a la Seguridad Social por el convenio especial citado serán a cargo exclusivamente de la persona cuidadora no profesional. Esta modificación sí es sustancial y puede suponer que personas, en la mayoría de los casos mujeres, que hayan optado por no incorporarse al mercado de trabajo, incluso en algunos casos salir del mismo, para atender a un familiar en situación de dependencia, deban pagar ahora su cotización a la Seguridad Social, lo que en muchos casos puede resultarle difícil en la actual situación de crisis económica.

La Disposición Transitoria Decimotercera del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, señala que los convenios especiales en el Sistema de la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales existentes a la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto-Ley se extinguirán el día 31 de agosto de 2012, salvo que el suscriptor solicite expresamente el mantenimiento del mismo con anterioridad al día 1 de noviembre de 2012, en cuyo caso se entenderá subsistente dicho convenio desde el día 1 de septiembre de 2012. En este último caso, desde el día 1 de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2012 la cotización a la Seguridad Social tendrá una reducción del 10% en el total de la cuota a abonar, siendo a cargo de la Administración General del Estado el 5% del total de la cuota y el 85% restante a cargo de la persona cuidadora no profesional, que tendrá que hacerse cargo del 100% a partir del 1 de enero de 2013.

B) Requisitos de la persona cuidadora

El artículo 14 de la Orden de 3 de agosto de 2007 establece que la prestación económica para cuidados en el entorno familiar está destinada a contribuir a la cobertura de los gastos derivados de la atención prestada por la persona cuidadora no profesional, pudiendo ser reconocida en cualquier grado y nivel de dependencia cuando se reúnan las condiciones de acceso establecidas. Además se regulan los requisitos de la persona cuidadora:

- Ser mayor de 18 años.
- Residir legalmente en España.
- Ser cónyuge y/o pariente por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco de la persona en situación de dependencia. En los casos en que el domicilio de la persona en situación de dependencia se encuentre en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, despoblación o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención, las Delegaciones Territoriales de la Consejería de Salud y Bienestar Social podrán permitir que pueda ser cuidadora no profesional una persona que, aún no teniendo el grado de parentesco mencionado, resida en el municipio de la persona en situación de dependencia o en uno vecino, y lo haya hecho durante el período previo de un año. En estos casos excepcionales los Servicios Sociales Comunitarios emiten certificado acreditativo de las circunstancias descritas.
- Acreditar que tiene condiciones de idoneidad para prestar el cuidado y atención de forma adecuada y que no está vinculada a un servicio de atención profesionalizada. Asimismo, que los cuidados los pueda ofrecer con una continuidad de, al menos, tres meses continuados.
- Cumplir las condiciones de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social en la forma que se determine reglamentariamente.

El Real Decreto 175/2011, de 11 de febrero, establece que la excepción al requisito del parentesco en el supuesto de persona reconocida con Grado I se limita al entorno rural. En el Programa Individual de Atención de esa persona se deberán indicar expresamente los motivos por los que no pueda ser propuesto un servicio.

Asimismo esa norma establece otras limitaciones a esta prestación económica en el supuesto de personas con Grado I:

- Que la persona beneficiaria esté siendo atendida mediante cuidados en el entorno familiar con carácter previo a la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia y no sea posible el reconocimiento de un servicio debido a la inexistencia de recursos públicos o privados acreditados.
- Que la persona cuidadora conviva con la persona en situación de dependencia en el mismo domicilio, salvo en el supuesto citado de que no exista parentesco.
- Que la persona cuidadora no tenga reconocida la situación de dependencia en cualquiera de sus grados.

C) Cuantías de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar

El Real Decreto 570/2011, de 20 de abril, establece la cuantía máxima de esta prestación económica en el ejercicio 2011 y, al no cambiar el IPREM, en principio, en 2012. Así, para las personas en situación de Gran Dependencia asciende a 520,69 euros para el nivel 2 y 416,98 euros para el nivel 1. Para las personas en situación de Dependencia Severa nivel

2 es de 337,25 euros, para el nivel 1 de 300,90 euros y para las personas de Grado I nivel 2 es de 180 euros.

La Disposición Transitoria Décima del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, modifica, a partir de del día primero del mes siguiente a la entrada en vigor del mismo, las cuantías de esta prestación económica para el ejercicio 2012. Las personas en situación de Gran Dependencia tendrán derecho a una prestación mensual máxima de 442,59 euros si están en el nivel 2 y de 354,43 euros si están en el 1. Las personas en situación de Dependencia Severa tendrán derecho a 286,66 euros para el nivel 2 y 255,77 euros para el nivel 1. Por último, las personas reconocidas con Dependencia Moderada nivel 2 tendrán derecho como máximo a 153 euros. Esta bajada supone disminuir en un 15% las cuantías que tenían estas prestaciones hasta la fecha.

Asimismo esta Disposición Transitoria establece las cuantías de todas las prestaciones económicas para aquellas personas que soliciten el reconocimiento de la situación de dependencia después de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley, así como de aquéllas que aún no tengan resolución de reconocimiento de grado y/o de reconocimiento de prestaciones. En mi opinión en este último supuesto se debería aplicar la normativa previa a la aprobación del Real Decreto-Ley, al existir ya un grado y un nivel reconocido.

Las cuantías de las prestaciones son:

- Prestación económica vinculada a un servicio:
 - Grado III: 715,07 euros.
 - Grado II: 426,12 euros.
 - Grado I: 300 euros.

- Prestación económica para cuidados en el entorno familiar:
 - Grado III: 387,64 euros.
 - Grado II: 268,79 euros.
 - Grado I: 153,00 euros.

- Prestación económica de asistencia personal:
 - Grado III: 715,07 euros.
 - Grado II: 426,12 euros.
 - Grado I: 300 euros.

Por último, quisiera señalar que la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, establecía que las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar podían ser aplazadas y su abono periodificado en pagos anuales de igual cuantía en un plazo máximo de 5 años desde la fecha de la resolución firme de reconocimiento de la prestación. El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, amplía el plazo máximo de aplazamiento a 8 años.

12. Prestación económica de asistencia personal

Las personas en situación de Gran Dependencia podrán recibir una prestación económica de asistencia personal (art. 19 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre). Esta prestación está destinada exclusivamente a personas con Gran Dependencia y su objetivo es que la persona beneficiaria tenga una vida más autónoma mediante la contratación de una asistencia personalizada. El Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, amplía esta prestación económica a todas las personas en situación de dependencia.

El Real Decreto 570/2011, de 20 de abril, establece la cuantía máxima de esta prestación económica en el ejercicio 2011 y, al no cambiar el IPREM, en 2012 para las personas en situación de Gran Dependencia, ascendiendo a 833,96 euros para el nivel 2 y 625,47 euros para el nivel 1. Por tanto, en principio se mantienen los importes de esta prestación económica durante el ejercicio 2012, ya que el Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, no ha establecido ninguna modificación.

13. Datos estadísticos de servicios y prestaciones económicas

Para concluir este epígrafe me parece oportuno ofrecer algunas estadísticas sobre el número de personas con servicios o prestaciones económicas en la Comunidad Autónoma de Andalucía y alguna comparación con el conjunto estatal. La fuente utilizada es la Información Estadística del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia publicada mensualmente por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, en este caso referida a 1 de julio de 2012.

Según esta fuente a 1 de julio de 2012 los datos de Andalucía son:

- El número total de personas con prestaciones es de 196.295.
- El número de prestaciones concedidas asciende a 269.816, es decir 1,37 por persona, siendo la media estatal de 1,24.

La distribución por prestaciones es la siguiente:

- Servicio de Atención Residencial: 20.891 (7,74%).
- Servicios de Centro de Día y Noche: 12.488 (4,63%).
- Servicio de Ayuda a Domicilio: 51.821 (19,21%).
- Prestación económica vinculada: 3.483 (1,29%).
- Prestación económica de asistencia personal: 14 (0,01%).
- Prestación económica para cuidados en el entorno familiar: 111.881 (41,47%).
- Servicio de Teleasistencia: 69.238 (25,66%).

El porcentaje que suponen las prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar (41,47%) es inferior a la media estatal (45,32%) e inferior al porcentaje de la mayoría

de las Comunidades Autónomas. Sólo la Comunidad Autónoma de Madrid (20,52%), Castilla y León (32,06%) y Galicia (37,03%) están por debajo de Andalucía en este indicador, lo que pone de manifiesto la prioridad de la Comunidad Autónoma de Andalucía en la prescripción de servicios.

La ratio de prestaciones por población de la Comunidad Autónoma es en Andalucía del 2,33%, siendo la media estatal del 1,63%. Sólo Cantabria (2,45%), Castilla y León (2,42%) y La Rioja (2,37%) superan a Andalucía en este ratio, destacando en el otro extremo Comunidades Autónomas como Canarias (0,55%), Comunidad Valenciana (0,86%) o Islas Baleares (0,89%).

La distribución por sexo de las personas que han accedido a un recurso en el conjunto del Estado es la siguiente:

- Hombres: 33,6 3%.
- Mujeres: 66,37%.

La distribución por edad de las personas que han accedido a un recurso es la siguiente:

- Menores de 65 años: 25,14%.
- Entre 65 años 79 años: 20,79%.
- Mayores de 80 años: 54,07%.

El perfil más frecuente del total de personas que han accedido a un recurso es el de mujeres mayores de 80 años, que asciende al 41,46%. El porcentaje de personas menores de 3 años que han accedido a algún recurso es del 0,24%.

VIII. EL SERVICIO DE AYUDA A DOMICILIO

1. Regulación del Servicio de Ayuda a Domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía

Uno de los objetivos de la atención a las personas en situación de dependencia, como ya he comentado, es facilitar la existencia autónoma de la persona, todo el tiempo que desee y sea posible, en su medio habitual, lo que supone una clara orientación de la Ley hacia la permanencia en el entorno en el que desarrollan su vida, como señalan los artículos 3 y 13 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. Es, por tanto, el Servicio de Ayuda a Domicilio uno de los recursos fundamentales para la puesta en marcha del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

Para ello se aprobó la Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 15 de noviembre de 2007, por la que se regula el Servicio de Ayuda a Domicilio en la Comunidad

Autónoma de Andalucía (publicada en el BOJA núm. 231, de 23 de noviembre), modificada parcialmente por la antes citada Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 7 de marzo de 2008, por la Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 22 de septiembre de 2008 (publicada en el BOJA núm. 200, de 7 de octubre) y por la Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 6 de abril de 2009 (publicada en el BOJA núm. 79, de 27 de abril). Una modificación más sustancial se aprueba por la Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 10 de noviembre de 2010 (publicada en el BOJA núm. 223, de 16 de noviembre). Una última modificación más reciente es la aprobada mediante la Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 21 de marzo de 2012 (publicada en el BOJA núm. 65, de 3 de abril).

2. El Servicio de Ayuda a Domicilio como Prestación Básica de los Servicios Sociales Comunitarios. Características del servicio

La novedad más significativa de la Orden citada es que en la misma se regula el Servicio de Ayuda a Domicilio tanto en el ámbito del Sistema Público de Servicios Sociales como en el del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, definiéndose en ambos casos como Prestación Básica de los Servicios Sociales Comunitarios (art. 1). Se evita, por tanto, la creación de un Servicio de Ayuda a Domicilio específico para atender a las personas que se encuentren en situación de dependencia, prestándose el mismo desde los Servicios Sociales Comunitarios gestionados por las Corporaciones Locales de Andalucía.

Hay que destacar su carácter público, ya que su titularidad sólo corresponde a las Administraciones Públicas de Andalucía, concretamente a las Entidades Locales. La normativa citada no regula un servicio de ayuda a domicilio cuya titularidad corresponda a entidades privadas, aunque el regulado en estas normas sí puede ser gestionado por empresas privadas.

El Servicio de Ayuda a Domicilio, según establece el artículo 2 de la Orden citada, es una prestación, realizada preferentemente en el domicilio, que proporciona, mediante personal cualificado y supervisado, un conjunto de actuaciones preventivas, formativas, rehabilitadoras y de atención a las personas y unidades de convivencia con dificultades para permanecer o desenvolverse en su medio habitual. De la citada definición se extraen las siguientes características de este servicio:

- 1º) El Servicio de Ayuda a Domicilio es una prestación realizada preferentemente en el domicilio. Este hecho le otorga un carácter diferenciado respecto a otros servicios (Servicio de Atención Residencial, Servicios de Centro de Día) prestados en centros. Sólo algunas actividades de ayuda en la vida familiar y social (acompañamiento dentro y fuera del domicilio, actividades dirigidas a fomentar la participación en su comunidad y en actividades de ocio y tiempo libre) no tienen la consideración de domiciliarios.
- 2º) Se presta por un equipo interdisciplinar y cualificado a través de un proyecto de intervención social, lo que le confiere un carácter técnico y distinto del prestado sólo para

actuaciones de carácter doméstico. Por ello es fundamental, como luego comentaré, exigir una formación específica a las personas que vayan a prestar este servicio, si bien con alguna situación transitoria para permitir que personas, fundamentalmente mujeres, que ya lo prestan puedan continuar con este trabajo.

- 3º) Mediante el mismo se presta no sólo atención a la persona, sino también actuaciones preventivas para tratar de evitar y detener situaciones de deterioro o internamientos innecesarios, educativas para favorecer la adquisición y desarrollo de las capacidades y habilidades de la persona haciéndola agente de su propio cambio y rehabilitadoras, lo que le permite cubrir una amplia gama de necesidades de las personas o unidades de convivencia.
- 4º) Por último, se trata de un servicio de carácter integrador, ya que mediante el mismo se facilita la relación de las personas y unidades de convivencia beneficiarias del mismo con su red social.

3. Personas destinatarias del Servicio de Ayuda a Domicilio y objetivos del mismo

Podrán recibir el servicio todas aquellas personas y unidades de convivencia que carezcan o tengan mermada la autonomía, temporal o permanentemente, para mantenerse en su medio habitual de vida y que residan en cualquier municipio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Su finalidad es la mejora de la calidad de vida y la promoción de la autonomía de las personas para facilitarles la permanencia en su medio habitual.

Los objetivos que se pretenden conseguir con este servicio, regulados en el artículo 5 de la Orden de 15 de noviembre de 2007, son:

- Promover la autonomía personal y atender a las personas en situación de dependencia.
- Prevenir y evitar el internamiento de personas que, con este servicio, puedan permanecer en su medio habitual.
- Apoyar a las unidades de convivencia con dificultades para afrontar las responsabilidades de la vida diaria.
- Favorecer el desarrollo de capacidades personales y de hábitos de vida adecuados.
- Promover la convivencia de la persona con su grupo de pertenencia y con su comunidad.
- Favorecer la participación de las personas y de las unidades de convivencia en la vida de la comunidad.
- Atender situaciones coyunturales de crisis personal o convivencial.
- Servir como medida de desahogo familiar apoyando a las personas cuidadoras en su relación de cuidado y atención.

4. Acceso al Servicio de Ayuda a Domicilio y criterios de prescripción del mismo

Tanto en los criterios para la prescripción del Servicio (art. 7 de la Orden) como en el acceso al mismo (art. 8) hay que diferenciar a la persona con un grado y nivel de dependencia que en virtud del calendario previsto en la Disposición Final Primera de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia tiene derecho a las prestaciones del Sistema de la persona que no se encuentra en esta situación. Para las primeras el acceso al Servicio es directo, ya que se trata del reconocimiento de un derecho subjetivo, mientras que para las segundas hay que aplicar un baremo que determine su posición en el acceso al Servicio, pudiendo estar, en el supuesto de falta de recursos, en una lista de espera.

Por tanto, el acceso se realiza a través de los Servicios Sociales Comunitarios a través de las siguientes vías:

- Acceso directo: Tras el reconocimiento de la situación de dependencia y prescripción como modalidad de intervención más adecuada el Servicio de Ayuda a Domicilio en el Programa Individual de Atención.
- Prioridad en el acceso: No tener reconocida la situación de dependencia o, teniéndola reconocida, no corresponderle la efectividad del derecho a las prestaciones. Se valoran una serie de circunstancias al objeto de determinar la prioridad en el acceso al servicio.

En el caso de las personas en situación de dependencia sólo se valora la falta de capacidad funcional, mientras que para las restantes se valora también la ausencia de redes de apoyo, la situación de la vivienda habitual y la situación económica, es decir, además de la “dependencia funcional” se considera también la “dependencia social”. Con la finalidad de que para la valoración de las personas incluidas en el segundo grupo se siga un criterio común en la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Orden de 15 de noviembre de 2007 incluye en el Anexo I un baremo a aplicar por las Corporaciones Locales.

En el baremo se tienen en cuenta las siguientes variables:

1º) Capacidad funcional con un máximo de 40 puntos.

A las personas a las que se les haya reconocido la situación de dependencia pero no les corresponda la efectividad del derecho a las prestaciones y a las personas valoradas a las que no les haya sido reconocida la situación de dependencia se computará, a efectos de la aplicación de este baremo, la puntuación obtenida por la aplicación del baremo regulado por el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, ajustando dicha puntuación a la escala comprendida entre los intervalos 0 y 40.

A las restantes personas se les computará la puntuación obtenida de la aplicación del apartado A del baremo que utiliza unas variables similares al baremo de la dependencia (necesidad de ayuda para realizar actividades básicas de la vida diaria).

2º) Situación sociofamiliar y ausencia de redes de apoyo con un máximo de 35 puntos.

En la ponderación de los supuestos previstos (persona que vive sola y no tiene familiares, tiene familiares residentes en el mismo municipio que no le prestan ayuda, tiene ayuda de sus familiares o entorno de forma ocasional e insuficiente...) se tendrá en cuenta su carácter excluyente, es decir, cada persona o unidad de convivencia sólo podrá contemplarse en uno de los supuestos.

3º) Situación de la vivienda habitual con un máximo de 5 puntos.

4º) Situación económica con un máximo de 15 puntos.

Se consideran tramos de renta en función del IPREM. Para las unidades de convivencia que en su proyecto de intervención familiar esté prescrito el Servicio de Ayuda a Domicilio se tendrá en cuenta la renta per capita anual.

5º) Cualquier otra circunstancia de relevancia no valorada y suficientemente motivada con un máximo de 5 puntos.

5. Intensidades del servicio y compatibilidad del mismo

También hay diferencias entre ambos grupos de personas en el aspecto de intensidad del servicio (art. 9), aplicando a las personas en situación de dependencia la intensidad prevista en la Resolución del Programa Individual de Atención que se ajustará a los límites aprobados en el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, en el Real Decreto 175/2011, de 11 de febrero, y en la Orden de 3 de agosto de 2007. Estos límites están recogidos en el Anexo II de la Orden de 15 de noviembre de 2007. Para las personas reconocidas en el Grado I los límites se establecen en el Real Decreto 175/2011, de 11 de febrero.

Los intervalos son:

- Grado III, nivel 2: Entre 70 y 90 horas mensuales.
- Grado III, nivel 1: Entre 55 y 70 horas mensuales.
- Grado II, nivel 2: Entre 40 y 55 horas mensuales.
- Grado II, nivel 1: Entre 30 y 40 horas mensuales.
- Grado I, nivel 2: Entre 21 y 30 horas mensuales.
- Grado I, nivel 1: Entre 12 y 20 horas mensuales.

La intensidad de las personas usuarias del servicio que no accedan a través de una resolución del Programa Individual de Atención la establecerán los Servicios Sociales Comunitarios sin ningún límite por parte de la Administración Autonómica.

La Disposición Transitoria Duodécima del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, señala que en los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley en los que no haya recaído resolución administrativa de reconocimiento de prestaciones, así como en los procedimientos iniciados con posterioridad a dicha fecha, las intensidades de protección de los servicios establecidas para cada grado de dependencia serán las siguientes:

- Grado III: Entre 46 y 70 horas mensuales.
- Grado II: Entre 21 y 45 horas mensuales.
- Grado I: Máximo 20 horas mensuales.

Analizando esta intensidad para el Servicio de Ayuda a Domicilio que afectará a todas las personas que se incorporen al mismo en la Comunidad Autónoma de Andalucía y comparándola con las vigentes hasta la fecha se pone de manifiesto un descenso medio en los dos primeros grados del 20% si comparamos la mediana de la intensidad aprobada por el Real Decreto-Ley con la anterior agregando, en este caso, los dos niveles de cada grado.

Respecto a las personas que ya están recibiendo este servicio, la Disposición Transitoria Duodécima establece que *“las administraciones competentes podrán realizar las adaptaciones necesarias para adecuarlos a lo establecido en el párrafo anterior”*, es decir, serán las Comunidades Autónomas las que decidan si reducen o no el número de horas del Servicio de Ayuda a Domicilio a personas que ya disfrutaban del mismo.

La Orden de 10 de noviembre de 2010 establece que la intensidad del servicio se fijará en función del número de personas de la unidad de convivencia a quienes se les preste y el horario de atención será preferentemente diurno, con un máximo de tres fracciones diarias y un mínimo de una hora por fracción horaria. Se garantizará, cuando sea necesario, la atención de carácter personal durante todos los días de la semana.

La Orden de 3 de agosto de 2007 establece la incompatibilidad del Servicio de Ayuda a Domicilio con todos los servicios y prestaciones a excepción del servicio de Teleasistencia. La Orden de 7 de marzo de 2008 establece una intensidad horaria de 22 horas mensuales para aquellos casos de compatibilidad de este servicio y el de Centro de Día. La Orden de 6 de abril de 2009, amplía el anterior supuesto de compatibilidad a las prestaciones económicas vinculadas al Servicio de Centro de Día. La Orden de 10 de noviembre de 2010 deja claro que el Servicio de Ayuda a Domicilio como prestación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia es compatible con el Servicio de Centro de Día con objeto de facilitar la asistencia al Centro a aquellas personas reconocidas en situación de Gran Dependencia (Grado III, niveles 1 y 2) o en situación de Dependencia Severa (Grado II, nivel 2).

6. Actuaciones básicas

Otra de las novedades de la Orden de 15 de noviembre de 2007 es que clasifica las actuaciones básicas en las de carácter doméstico y las de carácter personal (art. 10), en coherencia con lo previsto en el artículo 23 de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y en el artículo 8 de la Orden de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de 3 de agosto de 2007. La Orden de la Consejería de Asuntos Sociales de 22 de octubre de 1996, derogada por la Orden de 15 de noviembre de 2007, establecía también actuaciones de carácter educativo y de carácter socio-comunitario, pero las mismas no se han excluido de la nueva Orden sino que se han incorporado en algunos subgrupos de las actuaciones de carácter personal.

Sí se han excluido con respecto a la norma de 1996 las ayudas técnicas y adaptativas del hogar, entre las que se incluía la Teleasistencia, ya que las mismas tienen un tratamiento al margen del Servicio de Ayuda a Domicilio, tanto en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (la Teleasistencia se configura como servicio independiente y las ayudas técnicas y adaptativas, reguladas en la Disposición Adicional Tercera, no se configuran como derecho subjetivo) como en la propia legislación autonómica posterior.

A) Actuaciones de carácter doméstico

Las actuaciones de carácter doméstico, reguladas en el artículo 11 de la Orden de 15 de noviembre de 2007, son aquellas actividades y tareas que van dirigidas fundamentalmente al cuidado del domicilio y sus enseres como apoyo a la autonomía personal y de la unidad de convivencia. Algunas de las actividades incluidas en estas actuaciones son:

1º) Relacionadas con la alimentación:

- Preparación de alimentos en el domicilio.
- Servicio de comida a domicilio. La Orden de 10 de noviembre de 2010 establece que cuando la persona usuaria tenga prescrito servicio de comida a domicilio como una actuación de carácter doméstico relacionada con la alimentación consistente en la entrega en su domicilio de comida previamente elaborada, se considerará que dos comidas servidas equivalen a una hora de atención.
- Compra de alimentos con cargo a la persona usuaria.

2º) Relacionadas con el vestido:

- Lavado de ropa en el domicilio y fuera del mismo.
- Repaso y ordenación de ropa.
- Planchado de ropa en el domicilio y fuera del mismo.
- Compra de ropa, con cargo a la persona usuaria.

3º) Relacionadas con el mantenimiento de la vivienda:

- Limpieza cotidiana y general de la vivienda.
- Pequeñas reparaciones domésticas.

B) Actuaciones de carácter personal

Las actuaciones de carácter personal, reguladas en el artículo 12 de la Orden de 15 de noviembre de 2007, se definen como las actividades y tareas que fundamentalmente recaen sobre las personas usuarias dirigidas a promover y mantener su autonomía personal, a fomentar hábitos adecuados de conducta y a adquirir habilidades básicas, tanto para el desenvolvimiento personal como de la unidad de convivencia, en el domicilio y en su relación con la comunidad.

Algunas de las actividades incluidas en este grupo son:

- 1º) Relacionadas con la higiene personal, incluyendo, entre otras, la planificación y educación en hábitos de higiene.
- 2º) Relacionadas con la alimentación, incluyendo el control de la alimentación y educación sobre hábitos alimenticios.
- 3º) Relacionadas con la movilidad.
- 4º) Relacionadas con cuidados especiales, entre las que figura el control de la administración del tratamiento médico en coordinación con los equipos de salud. Quedan expresamente excluidas las actuaciones de carácter sanitario y otras que requieran una cualificación profesional específica.
- 5º) De ayuda en la vida familiar y social, entre las que figuran:
 - Acompañamiento dentro y fuera del domicilio.
 - Apoyo a su organización doméstica.
 - Actividades dirigidas a fomentar la participación en su comunidad y en actividades de ocio y tiempo libre.
 - Ayuda a la adquisición y desarrollo de habilidades, capacidades y hábitos personales y de convivencia.

7. Organización y funcionamiento del servicio

La Orden de 15 de noviembre de 2007 desarrolla bastante la organización y funcionamiento del Servicio de Ayuda a Domicilio, destacando en este aspecto que la titularidad

del mismo sólo puede corresponder a las Corporaciones Locales de Andalucía (art. 15), aunque pueden prestar el servicio mediante gestión indirecta, manteniendo las Entidades Locales las funciones de coordinación, seguimiento, supervisión y evaluación global del mismo, sin perjuicio de las funciones de evaluación y seguimiento atribuidas a la Consejería competente en materia de servicios sociales.

La Orden de 10 de noviembre de 2010 garantiza la intervención coordinada de las distintas Administraciones Públicas en los supuestos en los que las personas usuarias residan temporalmente en varios municipios de Andalucía.

Se entiende por entidad prestadora del Servicio de Ayuda a Domicilio toda persona o entidad que preste o se proponga prestar el servicio. La prestación del servicio no se podrá subcontratar, con excepción del servicio de comida a domicilio y aquellas actuaciones de carácter doméstico que se puedan ejecutar fuera del domicilio.

Todas las entidades prestadoras del servicio deberán contar durante la prestación del mismo con personal suficiente y con la cualificación y conocimientos necesarios para llevar a cabo sus tareas, así como con una póliza de seguros que cubra las posibles responsabilidades derivadas de sus actuaciones. Asimismo deberán cumplir la normativa aplicable en materia de prevención de riesgos laborales e implantación de sistemas de gestión de calidad en la atención de las personas usuarias.

8. Acreditación de entidades prestadoras del Servicio de Ayuda a Domicilio

La Orden de 10 de noviembre de 2010 modifica sustancialmente, en función de la experiencia de los tres años anteriores, la regulación de la acreditación de las entidades prestadoras del Servicio de Ayuda a Domicilio en régimen de gestión indirecta, acreditación que también permite a tales entidades prestar ayuda a domicilio a aquellas personas en situación de dependencia que tengan una prestación económica vinculada a la adquisición del Servicio de Ayuda a Domicilio como modalidad de intervención más adecuada en su Resolución aprobatoria del Programa Individual de Atención.

La acreditación es el acto por el que la Administración garantiza que las entidades a las que se otorga reúnen los requisitos necesarios para la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía (art. 16).

Los requisitos para acreditarse son:

A) Requisitos funcionales

- Ser una persona o entidad legalmente constituida que preste o se proponga prestar el Servicio de Ayuda a Domicilio en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

- Tener domicilio, sede o representación legal en la Comunidad Autónoma de Andalucía, cualquiera que sea su ámbito territorial.
- Estar inscrita en el Registro de Entidades, Servicios y Centros de Servicios Sociales de la Consejería competente en materia de servicios sociales.
- Estar dada de alta en el Censo de Empresarios, Profesionales y Retenedores de la Administración Tributaria e inscrita en el correspondiente Régimen del Sistema de la Seguridad Social, siendo el objeto de su actividad, de forma exclusiva o compartida, la ayuda a domicilio, así como hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes.
- Disponer de libros, plantillas o programas informáticos para el registro y el historial o expediente personal de las personas usuarias. Este registro deberá cumplir con la normativa vigente en materia de protección de datos.
- Disponer de libros, plantillas o programas informáticos para el registro de tareas diarias en el que se hará constar los datos personales de la persona usuaria, datos de identificación del trabajador o la trabajadora, actuación básica que realiza y hora de entrada y salida en el domicilio. Este registro deberá cumplir con la normativa vigente en materia de protección de datos.
- Disponer de un reglamento de régimen interno.
- Disponer de una planificación de sus actividades que atienda, de manera específica, a la calidad en la prestación del servicio y en el empleo, así como a promover la profesionalidad y potenciar la formación.
- Presentar el compromiso expreso a facilitar a la Administraciones Públicas competentes la información que le sea solicitada acerca de la puesta en marcha o funcionamiento de su actividad de ayuda a domicilio.
- Aportar el compromiso expreso a suscribir, antes de formalizar un contrato para la prestación del servicio, una póliza de seguros de responsabilidad civil que cubra de forma suficiente los posibles riesgos imputables a la práctica de sus actividades, sin perjuicio de justificar su cumplimiento efectivo ante la correspondiente Corporación Local, mediante la aportación de una copia completa de la póliza con la cobertura y cuantía asegurada.

La entidad acreditada es responsable de tener actualizado, durante la prestación del servicio, el importe del seguro de responsabilidad civil y de que éste cubra sus actuaciones, debiendo presentar periódicamente a la Corporación Local una copia de los recibos de pago.

B) Requisitos de personal

- Aportar el compromiso expreso a disponer, durante la prestación del servicio, de una plantilla propia que, en número, cualificación suficiente y con los conocimientos necesarios para llevar a cabo sus tareas, haga viable dicha prestación y garantice un nivel óptimo de calidad y eficacia del servicio, sin perjuicio de justificar su cumplimiento efectivo ante la correspondiente Corporación Local, mediante la presentación periódica de los oportunos documentos probatorios. La plantilla mínima vendrá determinada por las horas de atención que la entidad preste en cada momento.

- Presentar el compromiso expreso a disponer del currículum vitae y de la documentación de estos profesionales.
- Designar a una persona que sea la máxima responsable de las tareas de dirección, planificación y gestión del servicio ante la Corporación Local, con independencia de que el servicio esté coordinado por personal técnico con la cualificación necesaria.

C) *Requisitos materiales*

- Aportar el compromiso expreso de contar, durante la prestación del servicio, con los medios y elementos materiales suficientes y adecuados para la realización de las actuaciones básicas del servicio y la atención a la persona usuaria, sin perjuicio de justificar su cumplimiento efectivo ante la correspondiente Corporación Local. Su determinación vendrá establecida por las horas de atención que la entidad preste en cada momento.
- Presentar el compromiso expreso de disponer, durante la prestación del servicio, de una sede en el municipio o Zona de Trabajo Social donde el mismo se preste o, al menos, en otro municipio de la misma provincia para la adecuada coordinación del servicio.

Una vez instruido el correspondiente procedimiento administrativo, si se cumplen los requisitos de acreditación citados, la persona titular del órgano directivo o Agencia con atribuciones en esta materia dictará una resolución otorgando la acreditación o denegándola en caso contrario. En la actualidad esta competencia la ejerce la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía.

El plazo máximo para resolver y notificar la acreditación es de tres meses. Transcurrido este plazo sin que se haya notificado resolución expresa, la solicitud podrá entenderse estimada, sin perjuicio de la obligación de la Administración de resolver expresamente.

La acreditación se otorgará para todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía por un período máximo de 4 años y su vigencia estará condicionada al cumplimiento de los requisitos señalados para la misma. Una vez obtenida, las Entidades Locales competentes controlarán el efectivo cumplimiento de todos los requisitos establecidos mediante el requerimiento de los oportunos documentos probatorios, tanto antes de formalizar un contrato para la prestación del servicio como durante la realización de esa prestación, lo que podrá ser objeto de seguimiento por el órgano que concede la acreditación. Su renovación deberá solicitarse con una antelación mínima de tres meses respecto a la terminación de su vigencia.

Se producirá la pérdida de la acreditación por alguna de las siguientes causas:

- Por el incumplimiento de los requisitos de acreditación.
- Por el transcurso del plazo de vigencia de la acreditación o de su renovación.
- Por la imposición de una sanción derivada de la comisión de una infracción grave o muy grave relacionada con la prestación del servicio, de conformidad con lo previsto en la legislación aplicable en materia de servicios sociales.

- Por la renuncia expresa y por escrito de la persona titular o representante legal de la entidad prestadora del servicio.

9. Recursos humanos del servicio. Especial referencia al personal auxiliar de ayuda a domicilio

El Servicio de Ayuda a Domicilio requiere la intervención de distintos profesionales con la cualificación necesaria para garantizar un nivel óptimo de calidad y eficacia en la prestación del servicio. El equipo básico del mismo, regulado en el artículo 19 de la Orden de 15 de noviembre de 2007, estará formado por:

- Trabajadores y trabajadoras sociales, que realizan tareas de coordinación, valoración, planificación, gestión y supervisión.
- Auxiliares de ayuda a domicilio, que realizan actuaciones de carácter doméstico y personal, prestando a las personas la atención adecuada a sus necesidades.
- Otros profesionales de los servicios sociales.

La persona usuaria contará con una persona de referencia perteneciente al equipo de los Servicios Sociales Comunitarios de la respectiva Corporación Local, cuya función será facilitarle información y asegurar, de forma integral, la atención que precise. Este apartado fue añadido por la Orden de 10 de noviembre de 2010.

Otra de las novedades de la Orden de 10 de noviembre de 2010 es la modificación de la formación específica exigida a los auxiliares y las auxiliares de ayuda a domicilio (art. 21), modificación derivada de la nueva normativa estatal en materia de formación. Estas personas deberán tener la cualificación profesional específica de atención sociosanitaria a personas en el domicilio, acreditada a través de los correspondientes Títulos de Formación Profesional, Certificados de Profesionalidad o vías equivalentes, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional (publicada en el BOE núm. 147, de 20 de junio).

A estos efectos, en particular se considerarán:

- El Título de formación profesional de grado medio de Técnico en Atención Sociosanitaria, regulado en el Real Decreto 496/2003, de 2 de mayo (publicado en el BOE núm. 124, de 24 de mayo). El Real Decreto 1593/2011, de 4 de noviembre, por el que se establece el Título de Técnico en Atención a Personas en Situación de Dependencia y se fijan sus enseñanzas mínimas (publicado en el BOE núm. 301, de 15 de diciembre), deroga expresamente el Real Decreto citado y se convierte en la nueva referencia en esta materia.
- El Certificado de Profesionalidad de Atención Sociosanitaria a Personas en el Domicilio o equivalente, regulado en el Real Decreto 1379/2008, de 1 de agosto (publicado en el BOE núm. 218, de 9 de septiembre).

El apartado primero de la Disposición Transitoria Única de la Orden de 10 de noviembre de 2010, en su redacción dada por la Orden de 21 de marzo de 2012, establece que hasta que el personal auxiliar de ayuda a domicilio pueda disponer de los Certificados de Profesionalidad expedido por el Servicio Andaluz de Empleo, podrá justificar su cualificación profesional mediante la aportación de algunos de los siguientes documentos:

- Mediante la copia auténtica o autenticada de uno o varios diplomas o certificados que demuestren haber completado con evaluación positiva, en el ámbito de la Formación Profesional para el Empleo, los módulos asociados a las unidades de competencia que conforman ese certificado de profesionalidad, junto con la copia auténtica o autenticada de la solicitud de expedición e inscripción del correspondiente certificado de profesionalidad en el Registro Andaluz de Certificados de Profesionalidad y Acreditaciones Parciales Acumulables. No obstante, hasta el día 31 de diciembre de 2012 se exceptúa la obligatoriedad de presentar la copia de la mencionada solicitud para quien aún no lo haya hecho. El Real Decreto 1675/2010, de 10 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad y los reales decretos por los que se establecen certificados de profesionalidad dictados en su aplicación (publicado en el BOE núm. 318, de 31 de diciembre) establece que las personas que hayan completado con evaluación positiva la formación asociada a uno de los certificados de profesionalidad dispondrán de un plazo de cinco años desde la entrada en vigor del Real Decreto para solicitar su expedición.
- Mediante la copia auténtica o autenticada de los documentos justificativos de tener experiencia laboral relacionada con sus competencias funcionales, siempre que haya trabajado al menos 3 años realizando tareas relacionadas con esas competencias, con un mínimo de 2.000 horas trabajadas en total, en los últimos 10 años. El auxiliar o la auxiliar de ayuda a domicilio debe participar en los procedimientos de evaluación y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o por vías no formales de formación que las Consejerías competentes en materia de empleo y educación convoquen en la Comunidad Autónoma de Andalucía en el ámbito de sus respectivas competencias, justificando su participación en el procedimiento mediante la copia auténtica o autenticada de la correspondiente solicitud.

Por otro lado, según establece el apartado segundo de la Disposición Transitoria Única citada, hasta finales del ejercicio 2015, el auxiliar o la auxiliar de ayuda a domicilio que aún no disponga de la cualificación profesional exigida y su experiencia laboral relacionada con sus competencias funcionales sea insuficiente, podrá prestar el servicio siempre que:

- Con carácter previo al inicio de su trabajo, justifique, mediante un certificado de un centro autorizado para impartir este tipo de formación, haber comenzado un curso de formación conducente a la acreditación de la cualificación profesional específica de atención sociosanitaria a personas en el domicilio.
- En caso de no poder iniciarlo como consecuencia de la falta de adecuados cursos de Formación Profesional para el Empleo disponibles en su municipio, se comprometa por escrito a hacerlo, debiendo iniciarla en cuanto sea posible.

10. Financiación del Servicio de Ayuda a Domicilio

Otro aspecto a destacar en la Orden reguladora del Servicio de Ayuda a Domicilio es el relativo a la financiación (art. 22), en el que hay que reseñar la diferenciación entre el prestado a las personas en situación de dependencia (financiadas con cargo al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia) y el prestado a las restantes personas usuarias del servicio (financiadas con cargo al Plan Concertado de Prestaciones Básicas en materia de servicios sociales).

Para el Servicio de Ayuda a Domicilio derivado de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, la financiación se realiza mediante un convenio suscrito entre la Consejería competente en materia de servicios sociales y cada Entidad Local en el que la primera asume la financiación y la segunda la prestación del servicio en los términos expresados en la Resolución del Programa Individual de Atención.

Con fecha 3 de diciembre de 2007 se suscribieron 81 convenios de colaboración entre la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social y 73 Ayuntamientos de municipios de más de 20.000 habitantes y 8 Diputaciones Provinciales. Los créditos se distribuyeron inicialmente entre las Entidades Locales en virtud de criterios objetivos (población, población mayor de 65 años y población mayor de 80 años), produciéndose una entrega a cuenta de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social. El 18 de diciembre de 2008 se suscribieron dos convenios más en esta materia y el 18 de diciembre de 2010 se suscribieron cuatro convenios más, con municipios que pasaron a tener más de 20.000 habitantes y otro con el Ayuntamiento de Torremolinos que no suscribió el convenio en 2007. En enero de 2012 se ha suscrito un nuevo convenio con el Ayuntamiento de Moguer.

En la actualidad hay suscritos 89 convenios para la prestación del Servicio de Ayuda a Domicilio para personas en situación de dependencia, cubriendo la totalidad de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

De forma esquemática el funcionamiento del modelo de financiación es el siguiente:

- Cada semestre la Consejería competente en materia de servicios sociales, actualmente la Consejería de Salud y Bienestar Social, determina para cada Corporación Local con la que tenga suscrito convenio una cantidad en concepto de entrega a cuenta.
- La Entidad Local presta el servicio a la persona en situación de dependencia con la intensidad prevista en la Resolución del Programa Individual de Atención.
- Una vez finalizado cada semestre, cada Ayuntamiento o Diputación Provincial remite a la Consejería una relación nominativa con las horas efectivamente prestadas durante el semestre a cada persona con Resolución de Programa Individual de Atención y dada de alta en el servicio.
- En el caso de gestión indirecta del servicio, las Corporaciones Locales aportan un certificado suscrito por el órgano competente acreditativo de haber abonado a la empresa prestadora del servicio los pagos correspondientes al semestre a regularizar.

- La Consejería de Salud y Bienestar Social o, en su caso, la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía transfiere la entrega a cuenta semestral incrementada o decrementada con el resultado de la regularización de dos semestres anteriores. La compensación con el semestre inmediatamente anterior es prácticamente imposible porque se solapan los tiempos. La transferencia se materializa en tres pagos por semestre correspondiente a los meses impares, si bien el pago que se realice en los meses de enero y julio será, como mínimo, un tercio de la cuantía total.

La primera transferencia que se realizó correspondiente al primer semestre de 2008 ascendió a 14.884.023'51 euros, la segunda subió a 34.052.616 euros, la del primer semestre de 2009, que ya incluía la regularización del primer pago, fue de 99.012.621 euros. Desde entonces la transferencia semestral ha oscilado en torno a los 145 millones de euros.

Mediante Resolución de la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social de 23 de noviembre de 2007 se estableció una cuantía de financiación por hora de 13 euros. La Orden de 10 de noviembre de 2010 establece que el coste/hora será fijado por la persona titular de la Consejería competente en materia de servicios sociales.

11. Participación de la persona beneficiaria en la financiación del Servicio de Ayuda a Domicilio

Como ya se ha comentado en este Capítulo, las personas beneficiarias de las prestaciones de dependencia participarán en la financiación de las mismas según el tipo y coste del servicio y su capacidad económica personal. En la Orden de 15 de diciembre de 2007 se define de forma exhaustiva la capacidad económica de la persona usuaria del Servicio.

La capacidad económica personal se determina en atención a la renta y al patrimonio. Se considera renta los rendimientos derivados tanto del trabajo como del capital. A aquellas personas obligadas a presentar la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se les computa como renta la cuantía que figure como parte general de la base imponible en la declaración del impuesto citado. A aquellas personas que no tengan obligación de presentar la declaración mencionada o que presenten declaración conjunta se les determinará la cuantía de la renta con los mismos criterios utilizados para calcular la parte general de la base imponible.

Se considera patrimonio el conjunto de bienes y derechos de contenido económico de titularidad de la persona usuaria, con deducción de las cargas y gravámenes que disminuyan su valor, así como de las deudas y obligaciones personales de las que deba responder. No se considerará patrimonio, a estos efectos, la vivienda habitual.

La capacidad económica final del solicitante será la correspondiente a su renta, modificada al alza por la suma de un 5% del patrimonio a partir de los 65 años de edad, un 3% de los 35 a los 65 años y un 1% los menores de 35 años.

La Orden contiene una tabla para determinar la participación de la persona usuaria en el coste del servicio (Anexo III), tanto para las personas en situación de dependencia como para las restantes. Este hecho obliga a las Corporaciones Locales de Andalucía a adecuar las Ordenanzas reguladoras del Servicio de Ayuda a Domicilio y las Ordenanzas fiscales del mismo.

La participación de cada persona se determina comparando su capacidad económica personal con distintos escalones del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) y en virtud del escalón resulta un porcentaje que se aplica al coste del servicio. Según establece el artículo 22.3 de la Orden de 15 de noviembre de 2007, para el servicio financiado por el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se considera coste del servicio, a estos efectos, la cuantía de referencia establecida por la Consejería de Salud y Bienestar Social.

Por otro lado, para las unidades de convivencia que en su proyecto de intervención familiar esté prescrito el Servicio de Ayuda a Domicilio se tendrá en cuenta, a efectos de aplicación de la tabla establecida en el Anexo III, la renta per capita anual, definida como la suma de la renta de cada uno de los miembros de la unidad de convivencia dividida por el número de miembros de la misma.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: “Las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia”, en PÉREZ BUENO, L. C. y OTRO (coord.): *Las dimensiones de la Autonomía Personal*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.

ALONSO SECO, J. M.: “Servicios sociales y atención a la dependencia”, *Revista Trabajo social hoy*, nº extra 2, 2005.

ANGUAS ORTIZ, L. F.: “El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, *Revista Documentación Administrativa del Instituto Nacional de Administración Pública*, nº 276-277, septiembre-diciembre 2006, enero-abril 2007.

ANGUAS ORTIZ, L. F. y OTROS: *Manual para los Servicios Sociales Comunitarios sobre la aprobación y revisión del Programa Individual de Atención*, Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, Sevilla, 2009.

BARRIGA MARTÍN, L. A. y OTROS: *Dictámenes del Observatorio para el desarrollo de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Asociación Estatal de Directoras y Gerentes en Servicios Sociales de España, 9 Dictámenes desde 2008 hasta 2012.

CABELLO, ERNESTO: “La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, y su incidencia en el ámbito de la Administración Local”, *Revista Economistas*, nº 122, 2009.

CASTRO VADILLO, N. L.: *Estado del Bienestar y Ley de de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia: Un análisis de su aplicación en Andalucía*, Universidad Internacional de Andalucía, 2010.

CASADO PÉREZ, D. y OTRO: *Perfeccionamiento de los servicios sociales en España. Informe con ocasión de la Ley de Autonomía y Dependencia*, Fundación Fomento de Estudios Sociales y de Sociología Aplicada, FOESSA, Cáritas Española, Editores, Madrid, 2007.

CAUSAPIÉ LOPESINO, P. (directora): *Informe del Gobierno para la evaluación de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011.

CERVERA MACIÀ, M. y OTROS: *Informe Final del Grupo de Expertos para la evaluación del desarrollo y efectiva aplicación de la Ley 39/2006, 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia*, Madrid, 2009.

COBO GÁLVEZ, P.: “El desarrollo e implantación del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia y de sus prestaciones desde la Administración General del Estado: normas y criterios comunes”, *Revista Documentación Administrativa del Instituto Nacional de Administración Pública*, nº 276-277, septiembre-diciembre 2006, enero-abril 2007.

MARAVALL, HÉCTOR: “Consideraciones sobre la regulación del sistema de atención a la dependencia”, *Revista Trabajo social hoy*, nº extra 2, 2005.

MONTSERRAT CODORNÍU, J.: “El presupuesto para atención a la dependencia en los Presupuestos Generales del Estado ¿un presupuesto suficiente?”, *Revista Agathos: Atención sociosanitaria y bienestar*, nº 4, 2008.

NAVARRO, MICAELA: “Atención a las situaciones de dependencia en Andalucía: una visión panorámica”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 60, 2006.

PÉREZ YÁÑEZ, R. M.: “El proceso de implantación y de implementación del sistema de atención a la dependencia”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 112, 2011.

RODRÍGUEZ CABRERO, G.: *La protección social de la dependencia*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1999.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P.: *El sistema de servicios sociales español y las necesidades derivadas de la atención a la dependencia*, Laboratorio de Alternativas, Madrid, 2006.

ISBN: 978-84-8333-595-6



9 788483 335956