

ESTUDIOS DEL DERECHO PROPIO
DE ANDALUCÍA

NUEVO MARCO DE LAS POLÍTICAS
SOCIALES E IGUALDAD

Estudio sobre el Nuevo Marco Legal de las Políticas Sociales e Igualdad de Andalucía

Coordinadores:

Severiano Fernández Ramos

José María Pérez Monguió



Junta de Andalucía

Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior

INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ESTUDIOS DEL DERECHO PROPIO
DE ANDALUCÍA

Estudio sobre el Nuevo
Marco Legal de las Políticas
Sociales e Igualdad
de Andalucía

Coordinadores:

Severiano Fernández Ramos

José María Pérez Monguió

INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SEVILLA - 2020

Estudio sobre el Nuevo Marco Legal de las Políticas Sociales e Igualdad de Andalucía

Coordinadores:

Severiano Fernández Ramos

José María Pérez Monguió

El Derecho de las Políticas Sociales e Igualdad de Andalucía / Coordinadores: José María Pérez Monguió, Severiano Fernández Ramos. – Sevilla : Instituto Andaluz de Administración Pública, 2020.

370 pág. ; 24 cm. – (Estudios del Derecho propio de Andalucía)

Incluye referencias bibliográficas

ISBN 978-84-8333-712-7 (Obra Completa)

ISBN 978-84-8333-713-4

D.L.: SE-2223-2020

1. Políticas Sociales e Igualdad-Andalucía-Legislación 2. Servicios Sociales-Andalucía-Legislación
3. Voluntariado-Andalucía 4. Servicios Sociales-Andalucía I. Pérez Monguió, José María II.
Fernández Ramos, Severiano III. Instituto Andaluz de Administración Pública

342.724(460.35)(094.4)

342.724(460.35)(094.4)

349.3(460.35)(094.4)

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: ESTUDIO SOBRE EL NUEVO MARCO LEGAL DE LAS POLÍTICAS SOCIALES E IGUALDAD DE ANDALUCÍA

COORDINACIÓN: José María Pérez Monguió
Severiano Fernández Ramos

© INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Edita: Instituto Andaluz de Administración Pública
Impresión: Servicio de Publicaciones y BOJA
Maquetación y diseño de cubierta: Imprenta Flores, S.L.

ISBN 978-84-8333-712-7 (Obra Completa)

ISBN 978-84-8333-713-4

Depósito Legal: SE-2223-2020

PRESENTACIÓN

En el año 2012 el nuevo volumen de la *Colección de Estudios de Derecho Propio de Andalucía* del Instituto Andaluz de Administración Pública se dedicó a *El Derecho de los Servicios Sociales en Andalucía*.

Sin embargo, a lo largo de la pasada legislatura el Parlamento de Andalucía acometió una renovación del marco legal de los servicios y políticas sociales y de igualdad, con la aprobación de cuatro leyes de nueva planta en materia de servicios sociales, voluntariado, personas con discapacidad y personas LGTBI, así como la reforma en profundidad de las leyes de igualdad de género y contra la violencia de género, y la convalidación del Decreto-Ley sobre renta mínima de inserción social.

Debido a estas amplias reformas, se ha optado por dedicar este Estudio de la *Colección de Derecho Propio de Andalucía* al análisis de este nuevo marco legal. Para ello, la obra se estructura en ocho Capítulos, cada uno de los cuales se dedica a una de las nuevas Leyes o normas con rango de ley, salvo uno de ellos que versa obra una institución común a dos leyes (los conciertos sociales, comunes a la Ley 9/2016 y a Ley 4/2017).

Con este trabajo confiamos ofrecer una obra de referencia para el ordenamiento andaluz en una materia como ésta relativa a las políticas sociales y de igualdad de competencia plena de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

LOS COORDINADORES

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| AUTORES | 17 |
| ABREVIATURAS | 19 |
| Capítulo I. | |
| LA LEY 9/2016, DE 27 DE DICIEMBRE, DE SERVICIOS SOCIALES DE ANDALUCÍA | |
| <i>Por Severiano Fernández Ramos</i> | 21 |
| 1. DE LA LEY DE SERVICIOS SOCIALES DE 1988 A LA REFORMA DEL RÉGIMEN LOCAL DE 2013 | 21 |
| 1.1 Lo que quedó de la ley de servicios sociales de 1988 | 21 |
| 1.2 La inaplazable necesidad de una nueva Ley de Servicios Sociales | 24 |
| 2. LA LEY DE SERVICIOS SOCIALES DE 2016 | 25 |
| 2.1 Una Ley muy extensa y compleja | 25 |
| 2.2 Una ley que, a pesar de su extensión, precisa de amplio desarrollo normativo y de implementación | 28 |
| 3. LA CIUDADANÍA | 31 |
| 3.1 Titularidad de los derechos | 31 |
| 3.2 El derecho subjetivo a los servicios sociales | 32 |
| 3.3 Derechos de las personas usuarias de los servicios sociales | 34 |
| 3.4 Participación ciudadana | 35 |
| 3.4.1 Órganos de participación | 36 |
| 3.4.2 Participación en el ámbito de los centros y servicios | 37 |
| 3.4.3 Los procesos de participación | 38 |
| 4. LAS ADMINISTRACIONES RESPONSABLES | 39 |
| 4.1 La Administración de la Junta de Andalucía | 39 |
| 4.2 Las Administraciones Locales | 40 |
| 4.2.1. Los servicios sociales comunitarios | 40 |
| 4.2.2 Los servicios sociales especializados | 42 |
| 5. LOS PROFESIONALES | 43 |
| 5.1 Noción | 43 |

| | |
|---|----|
| 5.2 Cualificación | 44 |
| 5.3 Suficiencia | 44 |
| 5.4 Calidad del empleo | 45 |
| 5.5 Formación continua | 45 |
| 5.6 Competencias profesionales: evaluación y acreditación | 46 |
| 6. LAS ENTIDADES DE INICIATIVA PRIVADA | 47 |
| 6.1 La iniciativa privada no integrada en el SPSSA | 47 |
| 6.1.1 Establecimiento de centros y servicios | 47 |
| 6.1.2 Régimen de los servicios sociales no integrados en el Sistema Público | 48 |
| 6.2 Prestaciones del SPSS reservadas a la gestión directa | 49 |
| 6.3 La gestión de prestaciones del SPSS por entidades privadas | 50 |
| 6.3.1 Las tres fórmulas de colaboración de la iniciativa privada: prioridades | 50 |
| 6.3.2 El requisito previo: la acreditación administrativa | 52 |
| 6.4 Especial referencia al concierto social | 53 |
| 6.4.1 Origen y noción | 53 |
| 6.4.2 Naturaleza del concierto social | 54 |
| 6.4.3 Asignación del concierto social | 55 |
| 6.4.4 Régimen del concierto social | 55 |
| BIBLIOGRAFÍA | 57 |

Capítulo II.

EL CONCIERTO SOCIAL EN LA LEGISLACIÓN ANDALUZA DE SERVICIOS SOCIALES

| | |
|--|----|
| <i>Por Rafael Pizarro Nevado</i> | 61 |
| 1. MODOS DE PROVISIÓN DE SERVICIOS SOCIALES EN ANDALUCÍA | 61 |
| 1.1 El Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía | 61 |
| 1.2 La gestión indirecta de servicios sociales a la luz de la legislación europea y española sobre contratos del sector público | 63 |
| 1.2.1 Tratamiento en las directivas sobre contratación pública | 64 |
| 1.2.2 Tratamiento en la Ley de Contratos del Sector Público | 66 |
| 2. EL CONCIERTO SOCIAL EN LA LEGISLACIÓN ANDALUZA | 69 |
| 2.1 La preferencia por el concierto social como modo de gestión indirecta | 69 |
| 2.2 Marco jurídico | 71 |
| 3. CONFIGURACIÓN LEGAL Y NATURALEZA JURÍDICA | 72 |
| 3.1 Del ambiguo tratamiento del concierto social en la Ley de Servicios Sociales de Andalucía | 72 |
| 3.2 El concierto social como contrato administrativo especial | 73 |
| 3.3 Prioridad condicionada de las entidades de iniciativa social | 74 |
| 4. ELEMENTOS SUBJETIVOS | 76 |
| 4.1 Las Administraciones contratantes | 77 |

| | |
|--|-----|
| 4.2 Requisitos que deben reunir las entidades que suscriban el concierto social | 78 |
| 4.3 Las prohibiciones para contratar | 81 |
| 4.4 Solvencia técnica o profesional, compromiso de adscripción de medios y solvencia económica y financiera | 82 |
| 5. OBJETO Y CONTENIDO DEL CONCIERTO SOCIAL | 83 |
| 5.1 Objeto | 83 |
| 5.2 Contenido | 84 |
| 5.2.1 <i>Reglamentación del servicio y pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas</i> | 85 |
| 5.2.2 <i>Condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social</i> | 85 |
| 5.2.3 <i>Cláusulas sociales y ambientales</i> | 87 |
| 6. PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN DEL CONCIERTO SOCIAL | 88 |
| 6.1 Órgano de contratación | 89 |
| 6.2 Preparación del concierto social | 90 |
| 6.3 Adjudicación del concierto social | 91 |
| 6.3.1 <i>Convocatoria y presentación de ofertas</i> | 92 |
| 6.3.2 <i>Selección de la entidad</i> | 92 |
| 6.3.3 <i>Adjudicación y formalización del concierto social</i> | 95 |
| 7. EJECUCIÓN DEL CONCIERTO SOCIAL | 97 |
| 7.1 Efectos del concierto social | 98 |
| 7.1.1 <i>Obligaciones de la entidad concertada</i> | 98 |
| 7.1.2 <i>Obligaciones de la entidad pública concertante</i> | 103 |
| 7.1.3 <i>Obligaciones de los usuarios</i> | 104 |
| 7.1.4 <i>Duración, renovación y prórroga del concierto social</i> | 106 |
| 7.2 Modificación del concierto social | 108 |
| 7.3 Extinción y suspensión del concierto social | 109 |
| 7.3.1 <i>Causas de extinción</i> | 109 |
| 7.3.2 <i>La suspensión del concierto social</i> | 111 |
| 7.3.3 <i>El procedimiento de resolución</i> | 112 |
| 7.3.4 <i>Efectos de la extinción del concierto social</i> | 113 |
| BIBLIOGRAFÍA | 115 |
| | |
| Capítulo III. | |
| EL DECRETO-LEY 3/2017, DE 19 DE DICIEMBRE SOBRE LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN SOCIAL EN ANDALUCÍA | |
| <i>Por Manuel Moreno Linde</i> | 119 |
| 1. LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN EN ANDALUCÍA: CUESTIONES GENERALES | 119 |
| 1.1. Las rentas mínimas de inserción social y el contexto socio-económico | 120 |
| 1.2. Marco normativo y competencial de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía | 122 |

| | |
|--|------------|
| 1.3. El Decreto-Ley 3/2017, de 19 de diciembre, por el que se regula la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía: análisis preliminar..... | 130 |
| 2. ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN SOCIAL EN ANDALUCÍA..... | 135 |
| 2.1. Concepto y características de la Renta Mínima de Inserción Social..... | 135 |
| 2.2. Ámbito subjetivo | 138 |
| 2.2.1. <i>Conceptos que delimitan el ámbito subjetivo de la Renta Mínima de Inserción Social. Persona beneficiaria, persona titular y unidades familiares.</i> | 138 |
| 2.2.2. <i>Derechos y obligaciones de las personas titulares y demás personas beneficiarias</i> ... | 143 |
| 2.3. Requisitos exigidos a las unidades familiares para acceder a la Renta Mínima de Inserción Social | 146 |
| 2.4. Cuantía y duración de la prestación | 150 |
| 2.3.1. <i>Cuantía</i> | 151 |
| 2.3.2. <i>Duración</i> | 154 |
| 3. EL PLAN DE INCLUSIÓN SOCIOLABORAL | 155 |
| 3.1. Concepto y características | 156 |
| 3.2. Elaboración, seguimiento y finalización del Plan | 158 |
| 3.3. Contenido | 159 |
| 4. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN SOCIAL EN ANDALUCÍA..... | 161 |
| 4.1. Procedimiento general de concesión de la Renta Mínima de Inserción Social | 162 |
| 4.2. Procedimiento de tramitación y acreditación de la situación de urgencia y emergencia social | 164 |
| 5. EFECTOS, EJECUCIÓN Y EXTINCIÓN DE LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN SOCIAL EN ANDALUCÍA..... | 165 |
| 5.1. Pago de la prestación | 166 |
| 5.2. Suspensión temporal de la percepción de la Renta Mínima de Inserción Social ... | 166 |
| 5.3. Modificación de la Renta Mínima de Inserción Social | 167 |
| 5.4. Extinción de la Renta Mínima de Inserción Social | 168 |
| 5.5. Reintegro de prestaciones indebidamente percibidas | 170 |
| 5.6. Sistema de información para la gestión de la Renta Mínima de Inserción Social ... | 170 |
| 6. ASPECTOS ORGANIZATIVOS, FINANCIEROS Y PRESUPUESTARIOS DE LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN SOCIAL EN ANDALUCÍA | 170 |
| 6.1. Ámbito competencial | 171 |
| 6.2. Estructuras de coordinación y seguimiento | 172 |
| 6.3. Aspectos financieros y presupuestarios | 174 |
| BIBLIOGRAFÍA | 175 |
| OTROS RECURSOS | 176 |

Capítulo IV.**VOLUNTARIADO EN ANDALUCÍA: EL RÉGIMEN DE LA PERSONA VOLUNTARIA**

| | |
|---|-----|
| <i>Por José María Pérez Monguió</i> | 177 |
| 1. INTRODUCCIÓN Y SISTEMÁTICA | 177 |
| 2. CONCEPTO DE VOLUNTARIADO | 182 |
| 2.1. Delimitación negativa | 183 |
| 2.2. Requisitos | 187 |
| 2.2.1. <i>Requisito subjetivo</i> | 188 |
| 2.2.2. <i>Requisito objetivo</i> | 188 |
| 2.2.3. <i>Requisitos modales</i> | 189 |
| 2.2.4. <i>Requisitos organizativos</i> | 189 |
| 3. ÁMBITO DEL VOLUNTARIADO | 191 |
| 4. LOS PROGRAMAS DE VOLUNTARIADO | 197 |
| 4.1. Naturaleza jurídica y caracteres | 197 |
| 4.2. Contenido | 198 |
| 5. LAS PERSONAS VOLUNTARIAS | 199 |
| 5.1. El caso de los menores de edad voluntarios | 199 |
| 5.2. Límites para el desarrollo de la acción voluntaria | 203 |
| 5.3. Compatibilidad de la acción voluntaria | 206 |
| 6. ACUERDO DE INCORPORACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA LA RELACIÓN ENTRE EL VOLUNTARIO Y LA ENTIDAD | 207 |
| 6.1. Contenido | 207 |
| 6.2. Formalización y modificación | 208 |
| 7. LA ACTIVIDAD DEL VOLUNTARIADO: EL ESTATUTO DEL VOLUNTARIO | 209 |
| 7.1. Información | 211 |
| 7.2. Formación | 211 |
| 7.3. Cobertura por los riesgos que se puedan derivar del desarrollo de la acción voluntaria | 213 |
| 7.4. Acreditación identificativa | 214 |
| 7.5. Recursos materiales | 214 |
| 7.6. Reembolso de los gastos | 215 |
| 7.7. Acreditación y reconocimiento de la actividad desarrollada | 216 |
| BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA | 218 |

Capítulo V.**LA LEY 9/2018, DE 8 DE OCTUBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 12/2007, DE 26 DE NOVIEMBRE, PARA LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE GÉNERO EN ANDALUCÍA***Por María de los Ángeles Fernández Scagliusi*.....219

| | |
|--|-----|
| 1. CONSIDERACIONES PREVIAS: ALGUNOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES PARA ENTENDER LA IGUALDAD DE GÉNERO | 219 |
| 2. EL DERECHO COMO HERRAMIENTA AL SERVICIO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO | 221 |
| 3. EL MARCO COMPETENCIAL | 223 |
| 4. CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA LEY 9/2018 | 224 |
| 4.1. Políticas públicas para la promoción de la igualdad de género | 224 |
| 4.1.1. Evaluación de impacto de género | 224 |
| 4.1.2. Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres | 225 |
| 4.1.3. Enfoque de género en el presupuesto | 227 |
| 4.1.4. Lenguaje no sexista e imagen pública | 227 |
| 4.1.5. Estadísticas e investigaciones con perspectiva de género..... | 228 |
| 4.1.6. Órganos directivos y colegiados..... | 228 |
| 4.1.7. Contratación pública | 229 |
| 4.1.8. Ayudas y subvenciones | 230 |
| 4.2. Medidas para promover la igualdad de género | 231 |
| 4.2.1. La igualdad en la educación..... | 231 |
| 4.2.2. La igualdad en el empleo | 232 |
| 4.2.3. La conciliación de la vida laboral, familiar y personal..... | 233 |
| 4.2.4. Las políticas de promoción y protección de la salud y de bienestar social | 233 |
| 4.2.5. Las políticas de promoción y atención a las mujeres | 234 |
| 4.2.6. La participación social, política y económica | 235 |
| 4.2.7. La imagen y los medios de comunicación..... | 235 |
| 4.3. Organización institucional para la igualdad de género | 235 |
| 4.3.1. Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres | 236 |
| 4.3.2. Unidades de igualdad de género | 237 |
| 4.3.3. Observatorio de la igualdad de género | 238 |
| 4.3.4. Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres | 239 |
| 4.3.5. Centros municipales de información a la mujer..... | 240 |
| 4.3.6. Comisión de coordinación de las políticas autonómicas y locales para la igualdad de género | 241 |
| 4.4. Garantías para la igualdad de género | 242 |
| 4.5. Infracciones y sanciones | 243 |
| 4.5.1. Las infracciones | 244 |
| 4.5.2. Las sanciones..... | 247 |
| 5. CONCLUSIONES | 251 |
| 6. BIBLIOGRAFÍA | 252 |

Capítulo VI.**LA LEY 7/2018, DE 30 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 13/2007, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO**

| | |
|---|-----|
| <i>Por Rocío Navarro González</i> | 253 |
| 1. PLANTEAMIENTO | 253 |
| 2. REFERENTE LEGISLATIVO PREVIO: LA LEY 13/2007, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO | 255 |
| 3. HITOS SIGNIFICATIVOS QUE REFUERZAN EL AVANCE NORMATIVO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO | 256 |
| 3.1. El Convenio de Estambul y la Directiva 2012/29/UE como instrumentos de vanguardia | 256 |
| 3.2. La propuesta andaluza que remueve el interés por la erradicación de la violencia contra la mujer | 260 |
| 3.3. El Pacto de Estado en materia de violencia de género: un paso más en el compromiso para impulsar políticas para la erradicación de la violencia de género | 261 |
| 4. PRINCIPALES NOVEDADES SUSTANCIALES DE LA LEY 7/2018 | 263 |
| 4.1. La ampliación del concepto de víctima de violencia de género como principal novedad | 264 |
| 4.2. Concepto, tipología y manifestaciones de la violencia de género | 266 |
| 4.3 La apuesta por medidas estructurales que visibilizan y previenen la violencia de género | 268 |
| 4.4 La atención singularizada a colectivos especialmente vulnerables | 269 |
| 4.5. El reto de una formación de calidad, continua y permanente | 271 |
| 5. EL ENFOQUE INTERSECCIONAL FRENTE AL ENFOQUE DE GÉNERO EN EL TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO | 272 |
| 6. INNOVACIONES Y CAMBIOS EN LAS ACCIONES DE SENSIBILIZACIÓN Y PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO | 274 |
| 7. LAS ACCIONES POSITIVAS DE PROTECCIÓN, ATENCIÓN Y RECUPERACIÓN A LAS VÍCTIMAS | 279 |
| 7.1. El reconocimiento de derechos y su acreditación como paso previo | 279 |
| 7.2. Las medidas de protección en los diferentes ámbitos de actuación | 280 |
| 7.3. La atención integral especializada | 282 |
| 7.4. Las medidas dirigidas a la superación y la recuperación integral | 283 |
| 8. MEJORAS EN LA COORDINACION Y COOPERACIÓN INSTITUCIONAL | 284 |
| BIBLIOGRAFÍA | 286 |

Capítulo VII.**LA LEY 4/2017, DE 25 DE SEPTIEMBRE, DE LOS DERECHOS Y LA ATENCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA***Por Javier E. Quesada Lumbreras*289**1. INTRODUCCIÓN.**.....289**2. LA NORMATIVA INTERNACIONAL EN LA MATERIA.**.....291**3. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA Y SU DESARROLLO AUTONÓMICO EN ANDALUCÍA.**.....297**3.1. ¿Hemos avanzado tanto como se deduce de los textos normativos?**.....297**3.2. Principales novedades de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía.**.....305**4. RETOS PRINCIPALES EN EL ÁMBITO DE LA DISCAPACIDAD.**.....310**5. CONCLUSIONES.**.....317**6. BIBLIOGRAFÍA.**.....319**Capítulo VIII.****LA LEY 8/2017, DE 28 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS, LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS LGTBI Y SUS FAMILIARES EN ANDALUCÍA***Por Manuel Rodríguez Portugués*323**1. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA LEY 8/2017**323**1.1. La finalidad de la Ley y su colisión con el principio de neutralidad ideológica de los poderes públicos**326**1.2. Estructura de la Ley**328**1.3. Principales deberes y prohibiciones. Referencia a los modos de actividad administrativa establecidos o considerados por el legislador en esta materia**329**1.4. Aparato sancionador**.....332**2. LA “AUTOPERCEPCIÓN DEL GÉNERO” Y LA DIFICULTAD DE AFIRMAR UN DERECHO SOBRE UN SENTIMIENTO.**.....334**2.1. La “autopercepción de género” en el deporte. Las enseñanzas del caso Caster Semenya.**335*2.1.1. Las “Normas de Elegibilidad para la Clasificación Femenina de Atletas con Diferencias de Desarrollo Sexual” de 2018, aprobadas por la IAAF.*.....336*2.1.2. El laudo del Tribunal de Arbitraje Deportivo de 30 de abril de 2019.*.....338*2.1.3. Problemas de carácter competencial y en relación con el derecho de las mujeres a practicar el deporte en condiciones de igualdad*.....341

| | |
|--|-----|
| 2.2. La “autopercepción de género” y la utilización de instalaciones separadas por sexos. Su impacto en determinados derechos fundamentales, en especial, a la intimidad | 344 |
| 2.2.1. <i>La “batalla de los cuartos de baño” en Estados Unidos.</i> | 345 |
| 2.2.2. <i>Conflicto aparente de derechos fundamentales: igualdad versus intimidad.</i> | 346 |
| 2.2.3. <i>Dimensión corporal del derecho fundamental a la intimidad.</i> | 348 |
| 3. “INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS DE ODIO”, RESERVA DE JURISDICCIÓN Y LIBERTADES IDEOLÓGICA Y DE EXPRESIÓN | 350 |
| 3.1. Naturaleza y alcance de las libertades ideológica y de expresión | 352 |
| 3.2. Vulneración de la reserva especial de jurisdicción implícita en materia de libertades ideológica y de expresión | 353 |
| 3.3. La tipificación de la mera discrepancia filosófica como infracción muy grave en el artículo 62.d) | 356 |
| 3.4. Libertad ideológica y conductas de suyo no comunicativas tipificadas como infracción. Las enseñanzas del caso Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission | 357 |
| 4. PLANIFICACIÓN EDUCATIVA Y DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN MORAL POR LOS PADRES | 359 |
| 4.1. Derechos fundamentales educativos e interdicción del “adoctrinamiento” | 360 |
| 4.2. Internalización de la filosofía de género y derecho fundamental a la intimidad personal | 362 |
| 4.3. Prohibición de conciertos y libertad de ideario | 363 |
| 4.3.1. <i>Libertades educativas y discriminación de idearios que no se amolden, no concuerden o sean críticos con la filosofía de género.</i> | 363 |
| 4.3.2. <i>Posible violación por el artículo 15.4 de las libertades educativas por “efecto desaliento” de su legítimo ejercicio plasmado en la adopción de un ideario</i> | 364 |
| 5. PROHIBICIÓN DE ORIENTACIÓN PERSONAL EN MATERIA DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INTIMIDAD Y AL TRABAJO U OFICIO | 366 |
| 5.1. De California a la Comunidad de Madrid | 366 |
| 5.2. Sus problemas con el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE) | 368 |
| 5.3. La vulneración del derecho fundamental a la intimidad sobre la propia vida sexual (art. 18 CE) | 369 |

AUTORES

Severiano Fernández Ramos

Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de Cádiz.

Rafael Pizarro Nevado

Universidad de Córdoba.

Manuel Moreno Linde

Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Málaga.

José María Pérez Monguió

Profesor Titular de Derecho administrativo, Universidad de Cádiz.

María de los Ángeles Fernández Scagliusi

Profesora de Derecho administrativo, Universidad de Sevilla.

Rocío Navarro González

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo, Universidad Pablo de Olavide.

Javier E. Quesada Lumbreras

Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Granada.

Manuel Rodríguez Portugués

Profesor Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Córdoba.

ABREVIATURAS

| | |
|--------|---|
| AGA | Archivo General de Andalucía |
| BIC | Bien de Interés Cultural |
| BOJA | Boletín Oficial de la Junta de Andalucía |
| CCAA | Comunidades Autónomas |
| CE | Constitución Española |
| CGPHA | Catálogo General del Patrimonio Histórico Andaluz |
| EEA | Estatuto de Autonomía de Andalucía |
| IBR | Inventario de Bienes Reconocidos |
| LAJA | Ley 9/2007, de 27 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía |
| LALA | Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía |
| LBRL | Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local |
| LOULA | Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía |
| LPHA | Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía |
| LPHE | Ley 13/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español |
| LRJPAC | Ley 39/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común |
| RECA | Red de Espacios Culturales de Andalucía |
| ROA | Decreto 4/1993, de 26 de enero, por el que se aprueba el reglamento de Organización Administrativa del Patrimonio Histórico de Andalucía |
| RPF | Decreto 19/1995, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Protección y Fomento del Patrimonio Histórico de Andalucía |
| STC | Sentencia Tribunal Constitucional |
| STS | Sentencia Tribunal Supremo |
| STSJ | Sentencia Tribunal Superior de Justicia |
| TRLGHP | Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo |

Capítulo I. LA LEY 9/2016, DE 27 DE DICIEMBRE, DE SERVICIOS SOCIALES DE ANDALUCÍA

Severiano Fernández Ramos

1. DE LA LEY DE SERVICIOS SOCIALES DE 1988 A LA REFORMA DEL RÉGIMEN LOCAL DE 2013

1.1 Lo que quedó de la ley de servicios sociales de 1988

La Ley 2/1988, de 4 de abril, de servicios sociales de Andalucía, se enmarcó en el contexto de las llamadas leyes autonómicas de servicios sociales de primera generación: no fue desde luego una ley pionera, pues la primera ley de este tipo se aprobó ya en 1982 (País Vasco), y con una salvedad notable (que luego retomaré) la ley andaluza respondió fielmente al modelo de este tipo de leyes de primera generación, que se caracterizaron por la creación de un Sistema público de servicios sociales, que a semejanza del sistema de salud fue estructurado funcional y territorialmente en dos niveles (primario y especializado), y llamado a constituir el cuarto pilar del Estado del Bienestar (junto la Salud, la Educación y la Seguridad Social).

Pues bien, las deficiencias de la Ley de 1988 se fueron poniendo de manifiesto ya en la década de los 90, muchas de ellas denunciadas reiteradamente por el Defensor del Pueblo de Andalucía: la ausencia de reconocimiento de derecho alguno a los ciudadanos, el incumplimiento del principio de universalidad debido a la crónica insuficiencia (cuando no escasez) de recursos del Sistema, una iniciativa social colaboradora con el Sistema pero en continua situación de precariedad financiera, o el desarrollo de una oferta de centros privados con ánimo de lucro, al margen del sistema público, y con importantes carencias en su control (fenómeno de proliferación de centros clandestinos), hasta la creación a partir de 1999 de un servicio de inspección, entre otras.

Pero además de todas estas deficiencias en su aplicación, lo cierto es que desde inicios de este siglo, la Ley de 1988 mostraba ya claros síntomas de agotamiento que afectaban a su propio contenido normativo. Basta referirme a cuatro elementos capitales de la Ley:

– *Universalidad.*

Con la proclamación de este principio las leyes de servicios sociales pretendían 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 trataba de superar la idea de marginalidad asociada a la antigua beneficencia como servicios específicos para “pobres”. Sin embargo, esta no ha sido la realidad de una parte 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 no del sistema no ya a las clases medias sino incluso a las clases trabajadoras¹.

- *Participación.*

Al margen del limitado planteamiento de la Ley de 1988, centrado exclusivamente en la creación de órganos, lo cierto es que el Consejo Andaluz de Servicios Sociales, cuya última ordenación estaba contenida en el Decreto 117/1997, de 15 de abril, acabó por existir sólo en el BOJA, como un órgano «fantasma»².

- *Planificación.*

El Plan Regional de Servicios Sociales, que estaba llamado a ser el principal instrumento de coordinación del Sistema de servicios sociales, tras un primer plan aprobado ya en 1989, no tuvo continuidad.

¹ 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.

² Así, en la aplicación informática «Clara» de la Consejería competente en materia de Administración pública sobre los órganos de la Junta de Andalucía ni siquiera se mencionaba el Consejo Andaluz de Servicios Sociales.

– *Iniciativa privada.*

La Ley de Servicios Sociales de 1988 dispuso que sólo la iniciativa social *sin ánimo de lucro* podía colaborar en el Sistema Público de Servicios Sociales (art. 25). Pero la realidad fue que la Administración autonómica se vio obligada desde la década de los 90 a concertar plazas con empresas privadas. Así, la única modificación de la Ley 2/1988, efectuada mediante Ley 15/2001, de 26 diciembre, se limitó a suprimir la exigencia de que la iniciativa social sea sin ánimo de lucro.

– *Gestión.*

El Instituto Andaluz de Servicios Sociales, que era la gran apuesta organizativa de la Ley, tras la creación de la *Fundación Pública Andaluza para la Atención a las Drogodependencias* (1998) y de la *Fundación Andaluza de Servicios Sociales* (2000), el IASS fue suprimido en 2003, si bien tales entidades acabarían también por extinguirse tras su integración en 2011 en la *Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía*.

– *Descentralización.*

El único aspecto relevante en el cual la Ley andaluza de 1988 se separó del resto de leyes autonómicas fue en relación con las competencias de los municipios en materia de servicios sociales, pues mientras casi todas las leyes autonómicas reconocieron a los municipios la gestión de los servicios sociales comunitarios como una competencia local «propia», en cambio, la Ley 2/1988 declaró que la competencia municipal de gestión de los servicios sociales comunitarios era delegada por la Comunidad Autónoma. Al margen del debate de si la Ley andaluza respetaba o no los mandatos establecidos en la Ley Básica de Régimen Local, lo cierto es que el Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado en 2007, ordenó que los Ayuntamientos tienen competencias *propias* en materia de «Gestión de los servicios sociales comunitarios». De este modo, desde el 2007 debía entenderse derogado el sistema de competencias locales de la Ley de servicios sociales de 1988.

Por tanto, al menos desde el 2007, prácticamente lo único que quedaba en pie de la Ley de servicios sociales de 1988 era la ordenación, muy elemental, de los servicios sociales comunitarios. En el fondo, la Ley de 1988 era casi -si me permiten la expresión- una ley «zombi», una ley que continuaba formalmente en vigor, pero materialmente había perdido la capacidad de presidir y orientar la ya numerosa legislación andaluza en materia de servicios sociales.

1.2 La inaplazable necesidad de una nueva Ley de Servicios Sociales

A ello hay que añadir dos factores: de un lado, el mandato del Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007 (art. 23.2) dirigido a garantizar el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de «un sistema público de servicios sociales»; y, de otro lado, la irrupción 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 su enorme impacto en los sistemas autonómicos de servicios sociales, que de no reforzarse legalmente podían acabar ingeridos por el sistema de atención a la dependencia, mucho más trabado jurídicamente.

Finalmente, los trabajos para la elaboración de un borrador de Ley fueron retomados definitivamente en 2014. Sin embargo, en ese momento se cruzó en el camino del Proyecto de Ley de la desafortunada reforma de la Ley estatal de régimen local, llevada a cabo por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, sin duda la mayor agresión legal a los sistemas públicos de servicios sociales desde se creación en los 80. En materia de servicios sociales, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, presentaba una doble vía de ofensiva. Por un lado, redujo los servicios sociales de competencia municipal «propia» a una mínima expresión: la «Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social», por tanto, tan sólo a una mínima parte de lo que unánimemente se consideran servicios sociales comunitarios, en un retroceso a la situación previa a las leyes de servicios sociales de los 80, lo que supone retroceder a la prehistoria de los servicios sociales. Por otro lado, la Ley trató de impedir a las Comunidades Autónomas atribuir a los municipios competencias propias en materia de servicios sociales (y de cualquier otra) por encima de ese mínimo fijado por la propia ley estatal.

Si bien algunos Ayuntamientos con la excusa de Ley redujeron los servicios sociales que venían prestando, afortunadamente la mayoría de las Comunidades Autónomas (y entre ellas, la andaluza) no secundaron los diseños de la reforma estatal, y mediante normas de urgencia (decretos-leyes) trataron al menos de mantener la situación de los servicios sociales locales existente antes de la Ley 27/2013, pero para una nueva ley, como era la futura ley de servicios sociales, la reforma del régimen local presentaba un problema difícil de solventar.

Finalmente, en marzo de 2016, cuando el Proyecto de Ley había ya entrado en el Parlamento de Andalucía, el Tribunal Constitucional (STC 41/2016) se pronunció sobre la Ley 27/2013, y lo hizo un poco al estilo salomónico: por un lado, no consideró anticonstitucional la reducción de las competencias propias en materia de servicios sociales garantizadas por la Ley básica de régimen local, pero, por otro lado, sí dejó claro que el Estado no puede impedir a las Comunidades Autónomas en materias de su competencia, como son los servicios sociales, atribuir a los municipios competencias «propias» por encima de las escuálidas previstas por la ley estatal (y que siempre se habían considerado como

competencias mínimas)³. En todo caso, desde la perspectiva del legislador andaluz, quedó despejado definitivamente el camino para aprobar la nueva Ley de servicios sociales.

2. LA LEY DE SERVICIOS SOCIALES DE 2016

2.1 Una Ley muy extensa y compleja

La Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, se aprobó si no por unanimidad, sí con un alto grado de consenso (con los votos de PSOE-A, PP-A, Podemos y Ciudadanos, mientras que IULV-CA votó en contra), algo políticamente difícil en un Parlamento tan fraccionado como el de esta legislatura.

Además, esta Ley constituye la avanzada de un proceso de renovación del marco legal de las políticas sociales y de igualdad, en el cual destacan la posterior Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía; y el Decreto-ley 3/2017, de 19 de diciembre, por el que se regula la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía; y la Ley del Voluntariado. Además, están ya en camino (se contemplaron en el plan normativo de 2017) nuevos proyectos de ley de Infancia y Adolescencia y de Juventud, entre otros. Se trata así de un marco normativo nuevo para las políticas sociales y de igualdad en la Andalucía del siglo XXI.

Entrando ya en la Ley 9/2016, la característica más notoria de esta ley, sobre todo en contraste con la anterior, es su extensión y complejidad, pues de los modestos 33 artículos de la Ley 2/1988 se ha pasado a 142, lo que supone multiplicar su número por cuatro. Pero además los artículos de la Ley nueva son en general mucho más extensos que los que contenía la Ley anterior, de modo que en páginas del BOJA la diferencia es aún mucho

³ Y, en concreto, en materia de servicios sociales, al enjuiciar las disposiciones transitorias 1, 2 y 3, la STC 41/2016, F.J. 13, declara: «Las Comunidades Autónomas, siendo competentes para regular aquellos servicios sociales y sanitarios, son competentes para decidir –con sujeción al indicado marco de límites– sobre su descentralización o centralización y, en este segundo caso, para ordenar el correspondiente proceso de asunción competencial y traspaso de recursos. Ciertamente, las disposiciones controvertidas permiten una forma menor de descentralización: la delegación, que no alcanza a la titularidad, pero sí al ejercicio de la competencia. La efectividad de la delegación exige la aceptación del municipio delegado (art. 27.5 LBRL), lo que impide que las Comunidades Autónomas puedan apoyarse en esta técnica para desarrollar una política competencial propia que los Estatutos de Autonomía ordenan que sea establecida por ellas. A su vez, no porque la Comunidad Autónoma conserve la posibilidad de acudir a esta técnica, el legislador básico estatal deja de traspasar los márgenes del art. 149.1.18 CE al prohibir en ámbitos de competencia autonómica la utilización de otras fórmulas (singularmente, la atribución de aquellos servicios como competencias propias municipales), por un lado, y al fijar condiciones y plazos a un traspaso cuya regulación corresponde a las Comunidades Autónomas en virtud de sus Estatutos, por otro».

mayor, al pasar de las modestas 6 páginas de la Ley de 1988 a 72 páginas (doce veces más), lo que da una dimensión más exacta del cambio producido⁴.

Ciertamente, la nueva Ley incluye materias que estaban por completo ausentes en la Ley 2/1988, como la función inspectora, la calidad del Sistema, los profesionales, la iniciativa privada no integrada en el sistema, los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios sociales, el Catálogo de Prestaciones, o los medios de colaboración de la iniciativa con el Sistema público, entre otras. Asimismo, materias que se encontraban muy elementalmente ordenadas disponen ahora de una ordenación mucho más acabada, como la estructura funcional y territorial del sistema, la planificación y financiación del sistema o el régimen sancionador. De hecho, el acusado contraste entre ambas leyes se explica en parte por la circunstancia de que, a diferencia de lo sucedido en otras Comunidades Autónomas (como País Vasco, Cataluña, Galicia o La Rioja), que en la década de los 90 aprobaron nuevas leyes de servicios sociales que sirvieron de transición a las leyes de este Siglo, en Andalucía se ha pasado directamente de una ley de primera generación (la última de su género) a una ley de tercera generación (por ahora, también la última), que además es la más extensa en el panorama autonómico⁵.

Con todo, no puede dejar de señalarse que abundan preceptos repetitivos, en un grado hasta ahora no visto. Así, la ley declara tener por objeto, entre otros, promover y garantizar, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el derecho universal de todas las personas a las prestaciones y servicios del Sistema Público de Servicios Sociales, en condiciones de igualdad [art. 1.a)]; y más adelante, entre los objetivos esenciales de los poderes públicos en materia de servicios sociales, incluye el de «Promover y garantizar el derecho universal de la ciudadanía al acceso a los servicios sociales en condiciones de igualdad [art. 5.a)]. O el artículo 5, que define los objetivos esenciales de los poderes públicos en materia de servicios sociales, repite textualmente en los apartados b) y d) el de «Promover la autonomía personal, familiar y de los grupos». Pero, sobre todo, es en la prolija relación de funciones de los servicios sociales comunitarios del art. 28.1 donde se incurre en más reiteraciones, destacando la coincidencia entre el apartado 18.^a («El estudio de la evolución y desarrollo de la realidad social local para la identificación de necesidades existentes») y el 21.^a («El estudio de la realidad social y análisis de necesidades y demanda de servicios sociales»). Y los ejemplos podrían multiplicarse⁶. Ni qué decir tiene que una

⁴ A la vista de la extensión de la norma, el Consejo Consultivo de Andalucía pidió se incluyera un índice sistemático, cosa que no se hizo, y, sin embargo, sí se ha incluido en leyes considerablemente más breves, como la posterior Ley de Participación Ciudadana de Andalucía.

⁵ La que más se acerca es la Ley 16/2010, de 20 de diciembre, de servicios sociales de Castilla y León, con 125 artículos.

⁶ Así, en relación con los servicios sociales comunitarios, en el mismo artículo 27 en un apartado se dice que se configuran como el primer nivel de referencia para la valoración de las necesidades, y en el apartado siguiente se vuelve a repetir que los servicios sociales comunitarios constituirán el nivel de referencia para la prevención de situaciones de vulnerabilidad social y la valoración de las necesidades (apartados 2 y 3). O el art. 7.2. decla-

norma no es más eficaz porque se repita varias veces: lo único que genera es engordar los textos legales más allá de lo necesario.

Existen también proposiciones de marcado carácter retórico, que pueden ser idóneas para un documento estratégico e, incluso, para una exposición de motivos, pero que en el articulado de una Ley están desprovistas de una clara significación jurídica. Así, la Ley [art. 15.g)] declara que uno de los objetivos de la participación es la promoción de una «sociedad funcional y resolutive de sus problemáticas» (¿cómo se evalúa si una sociedad es o no funcional y qué consecuencias legales puede tener eso?). O cuando se dice que el modelo básico de intervención en el Sistema Público de Servicios Sociales, desde un «enfoque de desarrollo positivo» (¿hay un desarrollo negativo?), estará orientado a garantizar el «empoderamiento» de la persona y su máximo nivel de bienestar (art. 45.1 y 2), declaraciones que recuerdan el conocido precepto de la Constitución de 1812 según la cual «El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación y sus individuos (art. 13)⁷. O, por ejemplo, la Ley –art. 40.3- define los programas de intervención comunitaria como instrumento «eficaz» de prevención, cuando lo cierto es que la eficacia no puede formar parte de la definición, ya que se presume en toda actuación pública.

Tampoco falta el uso de una terminología, en ocasiones, extraña e impropia de una ley: como la referencia «paquetes de servicios sociales» (art. 28.12), más propia de un servicio postal; o cuando se declara que las personas físicas empresarias son «entidades» con ánimo de lucro (art. 3.5). También es reseñable un gusto desmesurado por la enunciación de principios, a menudo repetidos. O, en fin, no faltan errores de técnica legislativa, a veces, derivados de la introducción en la tramitación parlamentaria de nuevos apartados al texto del Proyecto de Ley⁸.

ra que las prestaciones garantizadas «serán exigibles como derecho subjetivo ante la Administración competente por las personas que cumplan las condiciones establecidas en cada caso conforme a la legislación vigente y normativa reglamentaria de desarrollo», mientras que el artículo 42.1 reitera: «Se considerarán prestaciones garantizadas aquellas cuyo reconocimiento tiene el carácter de derecho subjetivo, son exigibles y su provisión es obligatoria para las Administraciones Públicas». E igual sucede con las prestaciones condicionadas (arts. 7.2 y 43). O el artículo 38.1 declara que la Zona Básica de Servicios Sociales es el ámbito territorial en el que se estructuran las prestaciones y recursos de los servicios sociales comunitarios y de aquellos otros recursos que, por su complejidad y necesidad, requieran una mayor cercanía al lugar de residencia de las personas que los precisen, para luego repetir que la Zona Básica de Servicios Sociales será la estructura territorial de mayor proximidad para la población de referencia. Por no mencionar la duplicación de la regla contenida en los artículos 83.4 y 85.7 de la Ley.

⁷ En su dictamen al Proyecto de Ley, el Consejo Consultivo de Andalucía advirtió que deberían evitarse expresiones programáticas si no cumplen al menos un papel orientador de futuros desarrollos reglamentarios, o reproducen lo que ya está contenido o resulta deducible de normas de rango superior, pues de otro modo la ley proyectada pierde en autoridad y estima social.

⁸ Así, p. ej., el art. 49.h) debió pasar a la letra g), que es la competencia residual, e igualmente sucede con el art. 50.r) y q).

2.2 Una ley que, a pesar de su extensión, precisa de amplio desarrollo normativo y de implementación

Paradójicamente cuanto más extensa y compleja es una Ley, generalmente mayor desarrollo normativo precisa para su plena efectividad, y este caso no es una excepción. Así, en la Ley 9/2016 abundan las remisiones normativas al ámbito reglamentario autonómico, unas a Decreto del Consejo de Gobierno, otras a Orden del titular de la Consejería y otras sin precisar, y sin que esté claro siempre si las remisiones son a la misma norma o a normas diversas:

- Definición de los términos de la atención a personas no residentes en Andalucía en situación de urgencia personal, familiar o social (art. 6.1);
- Carta de Derechos y Deberes de las personas usuarias de los servicios sociales (art. 13);
- Consejo de Servicios Sociales de Andalucía, composición y régimen de funcionamiento (art. 17.3);
- Consejos sectoriales de participación, funciones, composición y régimen de funcionamiento por parte de la Consejería competente (art. 18.2);
- Sistemas y procedimientos para articular en cada caso la participación en el ámbito de los centros y servicios, a determinar mediante Orden de la Consejería competente de los (art. 20.2);
- Determinación de las prestaciones, servicios y recursos que integran el nivel primario y el nivel especializado de servicios sociales (art. 26.4), si bien lo cierto es que esta es una determinación que corresponde al Catálogo de Prestaciones (art. 41.3);
- Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía (art. 41.7);
- Sistema de información sobre servicios sociales, en relación con el cual Consejería competente en materia de servicios sociales garantizará el diseño, mantenimiento y actualización permanente, así como el acceso de la ciudadanía [art. 48.1. y 6, art. 50.g].
- Criterios para la transferencia y delegación de competencias (art. 53);
- Ratios de los diferentes perfiles profesionales, según tipología de prestaciones (art. 59.3);
- Red Andaluza de Investigación de Políticas Sociales objetivos, funciones, régimen, organización y funcionamiento (art. 68.4);
- Comité de Ética, composición, funciones y funcionamiento (art. 71.4);
- Sistema de certificación de la calidad de los servicios del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía (art. 79.1);
- Condiciones de la autorización administrativa de centros y servicios (art. 83.3), así como los supuestos, las condiciones y el procedimiento de tramitación del régimen de comunicación administrativa (art. 83.4 y 85.7);
- Acreditación administrativa para concertar plazas o servicios con la Administración de Servicios Sociales (arts. 3 y 84.1);
- Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales, contenido, estructura y organización (art. 86.3);
- Organización y funcionamiento de la función inspectora en materia de servicios sociales (art. 88.4)

- Términos de la colaboración de la iniciativa social en la provisión de prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales (art. 99);
- Aspectos y criterios a los cuales han de someterse los conciertos sociales (art. 101.4);
- Actividades de patrocinio, patrocinio y mecenazgo a favor del Sistema Público de Servicios Sociales (art. 113.4);
- Condiciones y con los requisitos de la declaración de interés social para Andalucía a entidades sin ánimo de lucro, procedimiento para su declaración y los parámetros y el procedimiento para la acreditación de su calidad y eficacia (art. 114.1 y 4);
- Determinación de la cantidad mínima de libre disposición para gastos personales (art. 121.4).

Pero también existen remisiones a otros instrumentos, que no tienen que ser necesariamente normativos: como el «modelo participativo», del cual sólo se definen sus objetivos (art. 15); la estrategia de calidad que corresponde definir a la Consejería competente [art. 50.g]; la estrategia de ética de los servicios sociales que también corresponde aprobar a la Consejería (art. 70.1); la aprobación de los instrumentos técnicos comunes de intervención social [art. 50.j]; y la aprobación de los «protocolos específicos» para la prevención y atención de situaciones de necesidad, así como de las situaciones de urgencia y emergencia social (art. 26.5), y los llamados protocolos de coordinación [art. 50.h)]. Incluso hay algún instrumento que no corresponde aprobar unilateralmente a la Administración: así el código de ética profesional debe ser elaborado por la Consejería competente junto a las organizaciones y colegios profesionales (art. 72.1).

Consciente de la importancia de este desarrollo normativo, la Ley 9/2016 dispuso un plazo un año para la aprobación de cuatro instrumentos:

- a) *El Mapa de Servicios Sociales*. Mediante este instrumento se determina el despliegue del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía (art. 26.5), y su aprobación es urgente, pues, según la Ley (art. 35.6), debe servir de referencia en el proceso de elaboración del Plan Estratégico (a diferencia de lo que sucedió con el Plan Regional de Servicios Sociales de 1989, que incluyó el Mapa de zonas de trabajo social en un Anexo)⁹.
- b) *El Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía*. Es una norma trascendental pues, de acuerdo con la Ley, la efectividad jurídica de las prestaciones garantizadas (incluidas las contempladas en la Ley) está sujeta a la aprobación del Catálogo (art. 42.3 y disposición transitoria segunda)¹⁰.
- c) *Plan Estratégico de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Andalucía*. No es necesario subrayar la importancia de este documento. Ahora bien, lo que la Ley exigió que se aprobara en el plazo de un año no es el Plan Estratégico en sí mismo, sino su «Formulación», lo cual tuvo lugar mediante Acuerdo de 23 de enero de 2018, del Consejo

⁹ En septiembre de 2017 se efectuó la consulta previa, sin alegaciones por cierto. Se aprobó por Orden de 5 de abril de 2019, por la que se regula y aprueba el Mapa de Servicios Sociales de Andalucía.

¹⁰ Existe un borrador Catálogo de Prestaciones con fecha de noviembre de 2017.

de Gobierno, y que sólo supone el inicio formal del complejo proceso de elaboración del Plan, para el cual la Consejería competente dispone de un plazo máximo de 18 meses.

- d) *Carta de Derechos y Deberes de las personas usuarias de los servicios sociales*. Se trata de una novedad muy demandada en el sector¹¹. Ahora bien, dado que no se atribuye su aprobación al Consejo de Gobierno, sino directamente a la Consejería, cabe pensar que su objeto no es tanto definir otros derechos más allá de los reconocidos en la Ley, sino más modestamente el de compilar y sistematizar los derechos y deberes de las personas usuarias para hacerlos más visibles de cara a la ciudadanía¹².

Por tanto, de los cuatro instrumentos que debían aprobarse antes de enero de 2018, sólo se ha aprobado uno (la formulación del Plan Estratégico). Sin embargo, curiosamente sí que se han aprobado este año otras normas que no tenían fijado un plazo, pero que se incluyeron en el Plan normativo de 2017 de la Junta de Andalucía:

- Decreto 2/2018, de 9 de enero, por el que se regula la composición y régimen de funcionamiento del Consejo de Servicios Sociales de Andalucía. En este caso sí parecía urgente, puesto que le corresponde emitir informe previo y preceptivo sobre las demás disposiciones [art. 17.1.a)]. Y, en este sentido, la Ley 9/2016 exigió que la norma fijara el plazo máximo de constitución, que el Decreto 2/2018 fijó en dos meses (por lo que venció el 10 de marzo).
- Decreto 25/2018, de 23 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Función Inspectoral en materia de servicios sociales. No parecía una norma urgente, pues la función inspectora ya estaba regulada en el Decreto 396/2008, de 24 de junio (y, de hecho, mantiene básicamente la estructura organizativa establecida en el Reglamento de 2008).
- Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales, normativa ésta si novedosa.

Finalmente, hay previstas tres normas adicionales:

- Decreto por el que se regula el régimen de autorizaciones y comunicaciones de los servicios y centros de Servicios Sociales y se regula el Registro de Entidades, Servicios y Centros de Servicios Sociales¹³.

¹¹ En mayo de 2017 se realizó la consulta previa.

¹² Existen Cartas de Derechos y Deberes de las personas usuarias de los servicios sociales en otras Comunidades Autónomas, como el País Vasco desde 2004 y Aragón desde 2016, si bien en ambos casos aprobadas por Decreto (Decreto 64/2004, de 6 de abril, por el que se aprueba la carta de derechos y obligaciones de las personas usuarias y profesionales de los servicios sociales en la Comunidad Autónoma del País Vasco y el régimen de sugerencias y quejas, y Decreto 66/2016, de 31 de mayo, del Gobierno de Aragón).

¹³ En septiembre de 2017 se sometió a trámite de información pública. Finalmente, se aprobó Decreto 187/2018, de 2 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Comunicación, Autorización y Acreditación Administrativas en el ámbito de los Servicios Sociales de Andalucía, y del Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales.

- Decreto por el que se regulan las transferencias de financiación a las Corporaciones Locales de Andalucía para el desarrollo de los servicios sociales municipales (plan normativo 2017).
- Decreto por el que se regulan los procesos de participación ciudadana (plan normativo 2018).

Por todo lo anterior, puede decirse que el desarrollo normativo de la Ley está por ahora siguiendo un ritmo razonable (cierto que podría ser más veloz, pero también al contrario, y debe tenerse en cuenta que los procesos normativos son en la actualidad mucho más exigentes, en transparencia, participación y calidad, de lo que eran hace tan sólo unos años).

3. LA CIUDADANÍA

Posiblemente la característica más notoria de las Leyes de servicios sociales de primera generación fue el olvido casi por completo de los ciudadanos, ya sea como demandantes de prestaciones o como usuarios de los servicios: parecería como si se creara un sistema público para los ciudadanos, pero sin contar con ellos. En cambio, la Ley 9/2016 quiere situar a la ciudadanía en un primer plano: así su posición se regula tanto en el Título Preliminar (arts. 6 a 8) como en el Título I referido precisamente a la Ciudadanía y el Sistema Público de Servicios Sociales.

3.1 Titularidad de los derechos

La Ley 9/2016 declara titulares del derecho a los servicios y prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía a «Todas las personas que tengan vecindad administrativa en Andalucía» [art. 6.1.a)], mientras que el resto de personas (es decir, personas residentes en Andalucía en una situación administrativa irregular) que se encuentren en la Comunidad Autónoma de Andalucía podrán acceder a determinadas prestaciones del Sistema en caso de que se encuentren en una situación de urgencia personal, familiar o social.

La delimitación efectuada por la Ley de la titularidad a las personas con vecindad administrativa en Andalucía viene ya establecida en el Estatuto de Autonomía para Andalucía, con carácter general, para todos derechos estatutarios –art. 12–, incluido el derecho a las prestaciones del sistema público de servicios sociales del artículo 23.1. Ahora bien, se ha criticado que exigir la vecindad administrativa supone deja fuera a los extranjeros en situación irregular. En teoría, la legislación no exige a los extranjeros que presenten un permiso de residencia para darse de alta en el padrón municipal y, de hecho, la Ley se cuida de añadir que la inscripción en el Padrón no supone prueba alguna en relación a la legalidad o no de la residencia del extranjero. El problema es, evidentemente, el riesgo que el extranjero en situación irregular asume al darse de alta y facilitar un domicilio, pues tales datos pueden ser cedidos a la Administración del Estado sin su consentimiento. Por

todo esto, la *universalidad* que la propia Ley declara reiteradamente garantizar [arts. 1.a) y 5.a)], acaba siendo distorsionada.

3.2 El derecho subjetivo a los servicios sociales

Una de las deficiencias más notables de las Leyes de servicios sociales de primera (y segunda) generación era la ausencia de reconocimiento de derecho subjetivo alguno a los ciudadanos a acceder a las prestaciones del sistema público. Las leyes remitieron la posición del ciudadano a lo que dispusieran las normas reglamentarias, de tal modo que la posición del ciudadano quedó por completo deslegalizada, al socaire de los requisitos, condiciones y prioridades que establecieran, para cada servicio o prestación las normas reglamentarias. Pero incluso en estos casos en los que existían normas reglamentarias, como ha denunciado el Defensor del Pueblo Andaluz, el acceso al recurso o prestación social ha estado condicionado a una serie de circunstancias de fuerte componente discrecional (prioridades, objetivos, valoraciones...) y, en última instancia, a la existencia de recursos disponibles. Más aún, debido a la escasez crónica de recursos disponibles frente a una demanda desbordante, el factor determinante para el acceso a las prestaciones ha sido no tanto la necesidad objetiva del servicio o prestación, como la capacidad económica, para lo cual se han exigido unos requisitos económicos extremos, que han dejado a menudo fuera del sistema no ya a las clases medias, sino incluso a las clases trabajadoras.

Esta posición tan precaria de la ciudadanía ante los sistemas públicos de servicios sociales se puso de manifiesto por contraste cuando se aprobó la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que vino a reconocer el derecho subjetivo de ciudadanía en este ámbito, derecho que reforzó al ordenar que el reconocimiento de la situación de dependencia depende exclusivamente de su autonomía personal y no de su capacidad económica –art. 27.4-, que podrá determinar su contribución al servicio. De hecho, la aprobación de la Ley 39/2006 fue la que sirvió de acicate para la aprobación de las leyes de servicios sociales de tercera generación, de tal modo que posiblemente la característica más notable de esta nueva generación de leyes es precisamente tratar de reconocer derechos subjetivos a los ciudadanos.

En este sentido, como no podía ser ya de otro modo, la Ley 9/2016 –arts. 7, 42 y 43- recoge la distinción característica de las leyes modernas autonómicas entre prestaciones garantizadas (exigibles como derecho subjetivo) y prestaciones condicionadas (sujetas a la disponibilidad de recursos y a los criterios de prioridad). Ahora bien, el Proyecto de Ley contenía una trampa en relación a las prestaciones garantizadas, pues declaraba que eran exigibles y su provisión es obligatoria, «de acuerdo con la asignación de recursos, la situación económica, el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria y las condiciones establecidas en cada caso» -art. 41.1-. Condicionar a la capacidad económica del demandante o las disponibilidades presupuestarias de la Administración era manifiestamente contradictorio con la noción misma de prestación garantizada, como puso de manifiesto el Defensor del Pueblo Andaluz. Y finalmente la Ley 9/2016 se limita a declarar que

se considerarán prestaciones garantizadas aquellas cuyo reconocimiento tiene el carácter de derecho subjetivo, son exigibles y su provisión es obligatoria para las Administraciones Públicas, en las condiciones establecidas en cada caso en el Catálogo de Prestaciones –art. 42.1-.

Con todo, hay quien ha criticado la distinción entre prestaciones garantizadas y prestaciones condicionadas, reclamando que todas las prestaciones del sistema fuesen garantizadas, pero lo cierto es que a esto no ha llegado hasta ahora ninguna Comunidad Autónoma. Ahora bien, en compensación con la limitación de las prestaciones condicionadas a la disponibilidad de recursos y al orden de prelación, creo que debería avanzarse en transparencia pública, para garantizar un acceso en condiciones de igualdad a unos recursos limitados: es decir, una mayor transparencia de las listas de espera, empezando por hacer públicas las estadísticas (tal como se está empezando a hacer en el sistema de salud, y ha sido reclamado por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno).

En todo caso, corresponde al Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales determinar cuáles de las prestaciones serán garantizadas y cuáles condicionadas [arts. 9.d), 41.2 y 7], Catálogo que debió aprobarse en enero de 2018 y que se encuentra aún en elaboración. Ahora bien, debe destacarse que la Ley no reenvía por completo al Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales la determinación de las prestaciones garantizadas, sino que establece directamente una relación de prestaciones que serán en todo caso garantizadas (art. 42.2), eso sí una vez que se apruebe el Catálogo (art. 42.3 y disposición transitoria segunda).

El listado de prestaciones garantizadas directamente por la Ley fue ampliado, en parte a petición del Defensor del Pueblo Andaluz en su comparecencia en el Parlamento. En concreto, se incluyeron como prestaciones garantizadas, además de las previstas en el Proyecto de Ley:

- El servicio de ayuda a domicilio de los servicios sociales comunitarios no vinculados a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Dependencia. No obstante, en el caso del SAD el borrador del Catálogo de prestaciones se cuida de remitir a las Ordenanzas municipales los requisitos y procedimientos de acceso para el SAD no vinculado a la Ley 39/2006, lo cual va a suponer un reto considerable para los Ayuntamientos.
- El alojamiento alternativo. El Defensor del Pueblo Andaluz se refirió a este derecho como derecho de toda persona y por extensión de la unidad familiar, a un alojamiento de emergencia en situaciones de necesidad reconocida en la que concurra carencia de recursos o grave crisis de convivencia, que haga inviable la permanencia en el propio domicilio.
- La prestación de servicios de apoyo psicosocial y psicoeducativa de atención a la infancia y la familia.
- El tratamiento integral para las personas con problemas de drogodependencia y otras adicciones.
- Atención a personas mayores víctimas de violencia intrafamiliar.

Ahora bien, para que una prestación garantizada, ya sea directamente por la Ley o por el Catálogo, sea «verdaderamente» garantizada, es necesario que el Catálogo fije, como le obliga la Ley [art. 41.7.e)], entre otras determinaciones, el *plazo de concesión*. Sin embargo, el Borrador de Catálogo no asigna plazo alguno máximo para determinadas prestaciones garantizadas por la Ley, como los servicios de información, valoración, orientación y asesoramiento y la elaboración y ejecución del Proyecto de Intervención Social [art. 42.2.a) y b)], lo cual me parece injustificable (así en el ámbito de la salud las pruebas diagnósticas y los tratamientos deben realizarse en el plazo máximo que se determine). De este modo, después de la aprobación del Catálogo, ¿habrá que distinguir entre prestaciones «verdaderamente» garantizadas y las garantizadas «formalmente»?

De otro lado, la Ley 9/2016 –art. 41.4– permite que se puedan modificar e incluso retirar, motivadamente, las prestaciones existentes en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales, lo cual es lógico, pues el Catálogo no puede petrificarse. Ahora bien, habría sido conveniente establecer una regla de irreversibilidad, en el sentido de garantizar que una vez reconocido el derecho a una prestación, la eliminación de la misma del catálogo o una modificación que suponga merma en la cobertura que venía recibiendo la persona, no se pueda trasladar a la persona a la que se ha reconocido el derecho.

Asimismo, no se ha recogido expresamente la posibilidad prevista en algunas leyes (Islas Baleares, Castilla y León) de que junto al catálogo o cartera básica que corresponde aprobar al Gobierno autonómico, las Administraciones Locales puedan aprobar su propia cartera de servicios sociales, cuyo contenido será complementario y adicional del de la cartera básica, si bien nada impide a las entidades locales adoptar este criterio, en ejercicio de su autonomía de gobierno.

Finalmente, en cuanto a protección jurídica de los derechos, no es exacto el precepto de la Ley (art. 8.2) que declara que «Las personas titulares de los derechos subjetivos definidos en esta ley podrán exigir de las Administraciones Públicas el cumplimiento de los mismos, mediante el ejercicio de los recursos, reclamaciones y demás vías de impugnación y de las acciones judiciales contempladas en las leyes administrativas y procesales del Estado», pues por imposición de la propia Constitución (art. 24.1), las personas pueden acudir a la tutela judicial no sólo para la defensa de sus derechos subjetivos, sino también de sus intereses legítimos, aun cuando éstos no tengan la consideración de derechos subjetivos.

3.3 Derechos de las personas usuarias de los servicios sociales

Declaraciones de derechos de las personas usuarias de los servicios sociales ya estaban en las leyes de servicios sociales generales o sectoriales de los años 90, como la Ley 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a las personas mayores de Andalucía (art. 20). En tal sentido, como no podía ser ya de otro modo, la Ley 9/2016 reconoce un conjunto de derechos a las personas usuarias de los servicios sociales, en general (art. 10), y específicamente a las personas usuarias de centros residenciales y centros de día (art. 11).

Entre estos derechos puede destacarse el derecho a que sea asignado un profesional de referencia (incluidas a las personas desplazadas), así como el derecho a la libre elección del profesional de referencia y a un segundo diagnóstico de su situación, si bien estas facultades se sujetan a los condicionamientos y límites establecidos reglamentariamente, por lo que habrá que esperar a lo que establezca la Carta de Derechos y Deberes de las personas usuarias de los servicios sociales (art. 13), y que debió aprobarse en enero de 2018¹⁴.

En relación con los derechos de las personas usuarias de centros residenciales y centros de día, puede destacarse que se ha recogido la propuesta del Defensor del Pueblo de Andalucía de reconocer el derecho de las personas a no ser sometidas a ningún tipo de inmovilización o restricción de la capacidad física o intelectual por medios mecánicos o farmacológicos sin prescripción y supervisión facultativa, salvo que exista peligro inminente para la seguridad física de la persona usuaria o de terceras personas [art. 11.m), puesto que se trata de una cuestión de derechos humanos, «si bien debe aclararse que son titulares de dicho derecho las personas usuarias de centros residenciales y de centros de día, pero también deben serlo, por ejemplo, aquellas que reciben asistencia en su domicilio» (Defensor del Pueblo de Andalucía).

3.4 Participación ciudadana

La necesidad de impulsar la participación ciudadana es hoy en día un lugar común en todos los órdenes de actuación pública (en la educación, en la salud pública, en el medio ambiente...), y, de hecho, se ha aprobado la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía, de alcance transversal. Pero específicamente en el campo de los servicios sociales se da la singularidad de que la participación forma parte de la propia finalidad del sistema de servicios sociales: no es que sea más o menos recomendable, sino que es esencial a la noción misma de servicios sociales. En tal sentido, ya la Ley 2/1988 declaró el principio de participación, pero su plasmación en la Ley se redujo casi por completo a contemplar cauces de participación orgánica, presididos por el Consejo Andaluz de Servicios Sociales, cuya falta de funcionamiento real se ha indicado antes¹⁵.

Asimismo, 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–.

¹⁴ El pleno del Parlamento instó en junio de 2029 al Gobierno andaluz a la aprobación de esta Carta de derechos y deberes.

¹⁵ De hecho, el CES echó en falta en la elaboración del anteproyecto de la Ley la opinión del Consejo de Servicios Sociales.

3.4.1 Órganos de participación

En este sentido, y como corresponde a una Ley moderna de servicios sociales, la Ley 9/2016 contiene una atención más amplia a la participación ciudadana. De entrada, la Ley recupera el *Consejo de Servicios Sociales de Andalucía*. Esto es así debido al fraccionamiento y multiplicación de los órganos de participación ciudadana en materia de servicios sociales, que hace ahora más que nunca necesario un órgano con una capacidad de una visión y análisis global de la política de servicios sociales. De aquí que, siguiendo el criterio de otras leyes autonómicas, la Ley 9/2016 califique al Consejo de Servicios Sociales como «órgano superior de participación en materia de servicios sociales» –art. 17.1–, y del cual ya se ha aprobado el Decreto 2/2018, de 9 de enero, por el que se regula la composición y régimen de funcionamiento del Consejo de Servicios Sociales de Andalucía.

La Ley –art. 16.2– dejó por completo abierta la composición del Consejo de Servicios Sociales de Andalucía («deberá asegurar la *presencia* en los mismos de las Administraciones Públicas competentes en el territorio, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, los colegios y asociaciones profesionales, las organizaciones representativas de los intereses de las personas usuarias de los servicios sociales y las entidades de iniciativa social), sin garantizar ni siquiera una representación paritaria entre la Administración y la sociedad civil, a diferencia de lo ordenado en otras leyes autonómicas¹⁶. Por su parte, el Decreto 2/2018 ha determinado una composición que no alcanza a la paridad entre representantes de las Administraciones y de la sociedad civil¹⁷.

La cuestión es que la composición ordenada en el Decreto 2/2018, y las funciones estrictamente consultivas de este nuevo Consejo, predeterminadas por la Ley –art. 17– no son muy diversas de las que tenía el anterior (en la versión del Decreto 117/1997, de 15 de abril), por lo que cabe preguntarse si no puede tener la misma suerte que el anterior. Lo cierto es que, si al fin y al cabo la función de estos Consejos es participativa y sus opiniones y propuestas no vinculan en modo alguno a la Administración, ¿qué sentido tiene que la mitad o más de los miembros sean representantes de las Administraciones? ¿No sería más transparente ir a un modelo de consejos integrados exclusivamente por representantes de la sociedad civil, elegidos de acuerdo con un proceso abierto, en el cual los representantes de la iniciativa social (p. ej., a través de la Mesa del Tercer Sector de Andalucía), de los proveedores de servicios, de los profesionales y de los usuarios puedan debatir sus propuestas sin interferencias de las Administraciones, que al fin y al cabo siempre tienen la capacidad decisoria? Y quiero recordar que esto es lo pasó en 2010 con la creación del

¹⁶ Ley 12/1998 del País Vasco (art. 48).

¹⁷ De los 39 miembros (un presidente, tres vicepresidentes y 25 vocales, pues el secretario no tiene voto), la Administración de la Junta copa 16 (Presidencia, 1ª Vicepresidencia, y 14 vocalías), y las Administraciones Locales 5 miembros (2ª Vicepresidencia y 4 vocalías), más un representante de las Universidades públicas, lo que suman 22 miembros, quedando a la sociedad civil 17 miembros (3ª Vicepresidencia y 16 vocales).

Consejo de Gobiernos Locales, el cual está integrado exclusivamente por representantes de las entidades locales, sin presencia de la Administración autonómica¹⁸.

En cuanto a los consejos provinciales y locales de servicios sociales, la Ley –art. 19.1– se limita a declarar que las diputaciones provinciales y los ayuntamientos, en el ejercicio de su capacidad de autoorganización y dentro del ámbito competencial respectivo, *podrán* constituir consejos provinciales o locales de servicios sociales como órganos de carácter consultivo y de participación en materia de servicios sociales en las entidades locales. Y añade la Ley –art. 19.2– que la determinación de la composición y el régimen de funcionamiento de los consejos provinciales y locales de servicios sociales es competencia de la respectiva entidad local, en el marco de lo establecido en esta ley.

De este modo, la Ley 9/2016 deja por completo su creación en manos de los gobiernos locales, pues considera expresamente que se trata de una cuestión que atañe exclusivamente a la potestad autoorganizativa de las entidades locales (art. 19.1). En nuestra opinión, 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 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)¹⁹.

3.4.2 Participación en el ámbito de los centros y servicios

La participación en el funcionamiento de los centros de servicios sociales, tiene un respaldo legal desde 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–. Y ya la Ley 2/1988 dispuso que todos los Centros dedicados a la prestación de servicios sociales deberán permitir la participación de los usuarios (art. 13).

Por su parte, la Ley 9/2016 –art. 20.1– se limita a declarar que en todos los centros y servicios que formen parte del SPSSA habrán de establecerse los oportunos cauces que

¹⁸ Asimismo, en algunas Comunidades Autónomas en el ámbito de la salud se han creado comités de pacientes (Ley 2015 C. Valenciana art. 20.3).

¹⁹ En este sentido, Ley 12/2007 de Cataluña (art. 54) y Ley 4/2009 de Baleares (art. 58).

garanticen la participación de las personas usuarias o de sus representantes legales en el funcionamiento del centro o el desarrollo de los servicios o actividades, añadiendo una remisión a orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de servicios sociales para determinar los sistemas y procedimientos para articular en cada caso esta participación.

En la práctica, estos órganos a veces no llegan a constituirse o, lo que es más frecuente, su funcionamiento es harto irregular, por lo que debería garantizarse el funcionamiento efectivo: obligando a reuniones periódicas y a remitir a la Administración las actas de las reuniones.

3.4.3 Los procesos de participación

Con todo, a diferencia de la anterior, la Ley 9/2016 no se limita a los instrumentos meramente orgánicos de participación y cuya incidencia ha sido hasta ahora más bien escasa (tal como señaló el Consejo Económico y Social), sino que la Ley ordena el desarrollo, en el seno del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, de un «modelo participativo» (art. 15) y, sobre todo, ordena a las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma deberá establecer «procesos de participación» en la formulación de los instrumentos de planificación, gestión y evaluación de servicios sociales de su competencia, que se regirán por la normativa vigente en materia de participación (art. 21)²⁰.

De este modo, la Ley 9/2016 no regula estos procesos, sino que se remite a la normativa en materia de participación, contenida en la posterior Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía, si bien se prevé en el plan normativo de 2018 la aprobación de un Decreto por el que se regulan los procesos de participación ciudadana. Unos procesos de participación que bien entendidos requieren de tres fases: fase de información a la ciudadanía del proyecto en el que se pretende pedir la participación; fase de debate, en la que, mediante la utilización de la metodología adecuada, se promueve el debate entre la ciudadanía y se recogen propuestas; y fase de devolución, mediante la cual se traslada a los participantes el resultado del proceso de participación.

²⁰ Con todo, la Ley es algo confusa, pues en el artículo siguiente vuelve a referirse a los procesos participativos en relación con las actuaciones de planificación, seguimiento y evaluación, pero con un cierto carácter dispositivo (art. 22.1): «La participación ciudadana en los servicios sociales *podrá* igualmente articularse a través del movimiento asociativo, o de manera individual, mediante los procesos participativos que la administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía y las entidades locales competentes en materia de servicios sociales *dispongan* para canalizar la información, la propuesta, el debate o la consulta en relación con las singulares actuaciones de planificación, seguimiento y evaluación que les competan».

4. LAS ADMINISTRACIONES RESPONSABLES

4.1 La Administración de la Junta de Andalucía

En cuanto a las estructuras de gestión, el Anteproyecto de Ley confería a la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía la competencia para de asumir las funciones de coordinación, supervisión y gestión de los servicios, recursos y prestaciones de servicios sociales. Sin embargo, estas atribuciones fueron cuestionadas por varias organizaciones y el CES, pues podrían suponer dejar prácticamente “vacía” de contenido a la Consejería. Y lo cierto es que parece razonable reservar las funciones de coordinación y supervisión del Sistema a la Consejería, mientras que se asignan las funciones de gestión de centros y prestaciones a la Agencia.

Criterio seguido finalmente por la Ley (art. 44.1), al declarar que corresponde a la Consejería con competencias en servicios sociales la planificación, coordinación, dirección, inspección, registro de entidades, centros y servicios sociales y evaluación de la provisión de prestaciones de gestión directa o indirecta. Al tiempo que la Ley (art. 117.1) ordena a la Consejería establecer un contrato programa con las entidades instrumentales involucradas en la provisión de servicios sociales, en el que se fijarán las directrices de actuación, los objetivos a alcanzar y los recursos que para ello se asignan. Y, de hecho, tal vez debido a la experiencia de la Ley 2/1988 con el IASS, la Ley 9/2016 evita mencionar a la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, refiriéndose de modo genérico a estructuras de gestión (art. 53) y entidades instrumentales (art. 117.1).

Además, como novedades y siguiendo el criterio de las modernas leyes de servicios sociales, cabe destacar la creación de dos nuevos órganos. De un lado, la Ley 9/2016 –art. 57.1- crea la *Comisión de Coordinación y Colaboración de los Servicios Sociales*, que asume las funciones de órgano permanente de colaboración entre la Administración de la Junta de Andalucía y las entidades locales en base a lo dispuesto el artículo 85.2 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (lo que significa que ha de tratarse de un órgano paritario y de carácter deliberativo o consultivo, como así establece el art. 57.2). Lo cierto es que este órgano (que en otras Comunidades se llama Consejo Interadministrativo de Servicios Sociales) es de máxima importancia en el campo de los servicios sociales, pues, a diferencia de los sistemas de salud y educativo, en los cuales el papel de las Administraciones Locales es claramente auxiliar (sobre todo, tras la Ley 27/2013), en los sistemas de servicios sociales la gestión es compartida entre la Administraciones autonómica y la local, con clara tendencia a la descentralización. Y de aquí la imperiosa necesidad de que existan cauces de colaboración y coordinación entre la Administración autonómica y la local.

Y, de otra parte, la Ley (art. 71.1) crea el *Comité de Ética de los servicios sociales*, como órgano colegiado consultivo, adscrito orgánicamente a la consejería competente en materia de servicios sociales y con autonomía funcional, con la finalidad de garantizar el derecho de las personas, sin discriminación social alguna, al respeto a su autonomía, personalidad, dignidad humana e intimidad.

4.2 Las Administraciones Locales

4.2.1. Los servicios sociales comunitarios

Como señalé antes, el Tribunal Constitucional (STC 41/2016) salió en auxilio del legislador autonómico, al declarar que la Ley estatal Básica de Régimen Local no puede impedir a las Comunidades Autónomas atribuir a los municipios competencias propias en materias de competencia de la Comunidad Autónoma, como sucede en materia de servicios sociales, más allá de las escuálidas competencias reconocidas en la propia Ley estatal Básica de Régimen Local (art. 25.2), si bien la ley básica impone determinadas condiciones que debe respetar el legislador autonómico²¹.

Además, en Andalucía, el margen de la Ley de Servicios Sociales estaba condicionado por el Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007, el cual declara que los Ayuntamientos tienen competencias *propias* en materia de «Gestión de los servicios sociales comunitarios» –art. 92.2.c)–. Y esta norma estatutaria fue desarrollada un poquito más por la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, la cual establece que la competencia propia de los municipios en materia de gestión de los servicios sociales comunitarios incluye la gestión de las prestaciones técnicas y económicas, la gestión del equipamiento básico y la promoción de actividades de voluntariado social (art. 9.3). Y debe subrayarse que las competencias locales establecidas en la Ley de Autonomía Local «tienen la consideración de *propias y mínimas*, y podrán ser *ampliadas* por las leyes sectoriales» -art. 6.2–. De este modo, la ley de servicios sociales, como ley sectorial, no puede recortar las competencias de la Ley de Autonomía Local (pues al tratarse de una ley que afecta a la organización territorial, debe aprobarse por una mayoría absoluta –arts. 98 y 108–). Lo que sí puede hacer el legislador sectorial es *concretar y ampliar* las competencias de reconocidas por la LAULA.

²¹ La STC, FJ 10, precisa que las leyes autonómicas quedan vinculadas en todo caso a las exigencias contenidas en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 25 LRBRL: «El tenor literal de los apartados 3 y 4 del art. 25 LRBRL podría dar lugar a entender que las exigencias que contienen operan solo en la atribución de competencias propias reconducibles al listado de materias del apartado 2. Sin embargo, tanto la *voluntas legis* como la *voluntas legislatoris* son, claramente, que la atribución de todas las competencias propias, también las relativas a otras materias, se ajuste a las condiciones que aquellos apartados recogen: 1) evaluación conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera; 2) análisis del impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad; 3) dotación de recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera del ente local sin que suponga mayor gasto de las Administraciones públicas. De otro modo se llegaría al absurdo de que el legislador básico habría puesto más trabas a la atribución de competencias propias, dentro de las materias que considera de claro interés municipal, que a la atribución de competencias propias en los demás ámbitos materiales, donde el interés local puede ser bajo o inexistente y el riesgo de desequilibrio presupuestario, quizá, más intenso». Pero, sobre todo, la STC exige concreción al legislador a la hora de atribuir competencias propias a los municipios: «No puede producirse la vulneración de los arts. 137 y 140 CE solo porque el art. 25 LRBRL exija concreción a las leyes atributivas de competencias propias municipales. Que los municipios consigan o no la capacidad de intervención que para ellos reclama la Constitución (arts. 137 y 140), dependerá de lo que establezcan unas *leyes que ahora deben ser necesariamente específicas*, sin que la sola proscripción de la cláusula general como técnica de distribución de poder local vulnere por sí la autonomía local constitucionalmente garantizada».

Así las cosas, ¿qué ha aportado la Ley 9/2016? La Ley declara que «La organización y gestión de estos servicios y sus centros corresponde a las *entidades locales* de cada territorio, de ámbito municipal o supramunicipal, en el marco de la planificación autonómica y en el ejercicio de las competencias *propias* en materia de servicios sociales que les atribuyen el Estatuto de Autonomía de Andalucía y la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía» (art. 27.1). De este modo, todas las funciones que la propia Ley 9/2016 asigna a los servicios sociales comunitarios son, por tanto, de competencia local propia.

Lo cierto es que la Ley 9/2016 contiene una prolija relación de funciones de los servicios sociales comunitarios (art. 28.1), en la cual abundan las reiteraciones. Así, en el apartado 5.ª se menciona «El análisis y la valoración integral de las demandas, necesidades de atención, problemáticas sociales»; en el apartado. 18.ª «El estudio de la evolución y desarrollo de la realidad social local para la identificación de necesidades existentes»; 19.ª El análisis de la información sobre necesidades y demanda de servicios sociales. 21.ª El estudio de la realidad social y análisis de necesidades y demanda de servicios sociales. O tras dedicar varios apartados a la coordinación con los servicios sanitarios, educativos, de empleo, de vivienda y de justicia (12ª a 16ª), añade la coordinación «con los equipos profesionales de los demás sistemas de protección social (17ª).

Curiosamente, a pesar de lo extensa que es la relación, no se mencionada al Servicio de Ayuda a Domicilio (tal vez, pueda decirse que no es una función sino una prestación), de modo que su enclave legal en los servicios sociales comunitarios, que había sido una constante desde la Ley de 1988, parecería que se ha deslegalizado, pasando a depender del Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales. Sin embargo, la propia Ley declara como prestación garantizada «El servicio de ayuda a domicilio de los servicios sociales comunitarios no vinculados a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia» [art. 42.2.k].

Pero, además de todo lo anterior, la Ley 9/2018 pretende añadir en el artículo 51.1 otro elenco de competencias «propias» locales. Ahora bien, sucede que parte de las funciones que se consignan en ese artículo 51.1 giran expresamente en torno a los servicios sociales comunitarios, cuya organización y gestión la propia Ley 9/2016 (art. 27.1) atribuye como competencias propias a las entidades locales [letras b), c), d), e) y h)], por ejemplo, cuando atribuye como competencia propia la de «Gestionar las prestaciones del catálogo correspondientes a los servicios sociales comunitarios». Pero es que en otros casos se reconoce como competencia propia los que la propia Ley 9/2016 define como funciones de los servicios sociales comunitarios [letras a), f), j), l) y m)]. Así, p. ej., se califica como competencia propia «Realizar programas de sensibilización social, de participación ciudadana, promoción del asociacionismo, del voluntariado y de otras formas de ayuda mutua», que concuerda con las funciones de los servicios sociales comunitarios de los números 10º (La sensibilización y el fomento de la participación activa de la comunidad en la búsqueda de respuestas a las situaciones de necesidad social) y 11º del artículo 28.1 de la Ley (La promoción de la animación comunitaria, participación social y solidaridad y

voluntariado social en el marco de esta ley). En definitiva, las competencias propias del artículo 51.1 son redundantes, en relación con la competencia ya establecida de gestión de los servicios sociales comunitarios, a la que no añaden prácticamente nada.

En otro orden, en lo que se refiere a la zonificación de los servicios sociales comunitarios, y al margen del cambio terminológico (de Zonas de Trabajo Social a zonas básica de servicios sociales, en una muestra más de la influencia del sistema de salud), La Ley 9/2016 (art. 38.4) impone una población mínima de 20.000 habitantes, tomando como base el municipio: «En proporción a dicho número de población, se establecerán zonas básicas de servicios sociales en municipios de más de veinte mil habitantes y, excepcionalmente, en municipios de menos de veinte mil». Ciertamente es la población de referencia ordenada en otras Comunidades Autónomas (como Cataluña o Aragón), aunque también es cierto que en otras Comunidades (Castilla y León) para fijar los módulos de población se ha diferenciado entre medio urbano (20.000 habitantes) y medio rural (10.000 habitantes). De modo intermedio, en se fija un módulo de población de en el medio urbano y de en el medio rural.

No es necesario insistir en la importancia que tendrá el *Mapa de Servicios Sociales de Andalucía*. La Ley ordena que el Mapa de Servicios Sociales de Andalucía «se establecerá por la Consejería competente en materia de servicios sociales, con la participación de las entidades locales de la Comunidad Autónoma de Andalucía» (art. 37.5). Dada la tendencia de la Administración autonómica a seguir el modelo del sistema de Salud, debe subrayarse que mientras en el sistema de salud, la titularidad y gestión de los centros de salud corresponde a la Administración autonómica, por lo que el Mapa de zonas básica de salud es sólo una cuestión de organización interna, en cambio los servicios sociales comunitarios son de titularidad y gestión de las entidades locales, por lo que es fundamental la participación de las entidades locales en la elaboración del Mapa de Servicios Sociales²².

4.2.2 Los servicios sociales especializados

La Ley 9/2016 (art. 51.5) establece lo siguiente: «Una vez garantizados los servicios sociales comunitarios en su municipio, los ayuntamientos, de acuerdo con su capacidad financiera, podrán prestar los servicios sociales especializados que consideren necesarios, de acuerdo con los requisitos previstos en la legislación estatal y autonómica en el marco de la planificación establecida por la Comunidad Autónoma conforme a lo previsto en la legislación aplicable».

A diferencia de las competencias del apartado 1 del artículo 51, esta otra competencia no se califica expresamente como competencia «propia», pero tampoco puede ser considerada una competencia delegada, pues de este tipo de competencias se ocupa el artículo 52. Por tanto, si no es una competencia propia ni delegada, parece obligado concluir que se trata esa categoría a las que la Ley Básica de Régimen Local (art. 7.4), tras la reforma

²² El Mapa, aun cuando debió aprobarse a más tardar en enero de 2018, fue aprobado por Orden de 5 de abril de 2019, por la que se regula y aprueba el Mapa de Servicios Sociales de Andalucía

de la Ley 27/2013, se refiere como «competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación» (y que el Tribunal Constitucional denomina competencias propias genéricas).

Ahora bien, si esto es así, el ejercicio de estas competencias está subordinado al cumplimiento de los requisitos en la Ley Básica de Régimen Local (art. 7.4), y a los que parece aludir el propio artículo («de acuerdo con los requisitos previstos en la legislación estatal», inciso no contemplado en el Anteproyecto). Es decir, el ejercicio de estas competencias solo cabe cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera de la entidad local, y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea (duplicidad) del mismo servicio público con otra Administración Pública. El primer requisito viene determinado por legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Pero en el segundo es determinante el informe de la Administración autonómica (como Administración competente por razón de materia) sobre la inexistencia de duplicidades, informe para el cual debería ser decisivo el Plan Estratégico, a lo que ya alude el precepto (en el marco de la planificación establecida por la Comunidad Autónoma).

5. LOS PROFESIONALES

5.1 Noción

Mientras en otros sistemas de protección social (como la salud) existe un componente tecnológico importante, los servicios sociales son fundamentalmente servicios personales, de tal modo que sencillamente no se puede hablar de calidad en la prestación de los servicios sociales al margen de los profesionales. Y, en tal sentido, una de las características de las Leyes de servicios sociales de tercera generación es la de prestar atención a los profesionales del sector, y así lo hace también la Ley 9/2016, si bien circunscrita a los profesionales del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, salvo en lo relativo a los derechos y deberes, referidos de modo genérico a los profesionales de los servicios sociales [arts. 63 y 4.2.a)].

Con todo, aun referida exclusivamente a los profesionales del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, la noción de la Ley es muy amplia: «aquellas personas que tienen como dedicación principal desarrollar actividades relacionadas con las funciones de los servicios sociales» –art. 59.1–. Por tanto, como señaló el Consejo Económico y Social, la noción de profesionales de los servicios sociales no se circunscribe a los profesionales con titulación universitaria, sino que incluye también a otro personal técnico y auxiliar, así como al personal administrativo. Así, la propia Ley –art. 30.1– declara que los equipos profesionales de los servicios sociales comunitarios estarán dotados con personal técnico y personal administrativo. A esto hay que añadir que se incluye personal (funcionario y laboral) que presta servicios en las Administraciones autonómicas y locales, así como al personal que trabaja en entidades sociales y en empresas que proveen de servicios al

Sistema e, incluso, profesionales libres. Y es esta diversidad de colectivos y regímenes la que dificulta establecer reglas generales y comunes.

De modo genérico, la Ley –art. 59.2– declara que el servicio público de servicios sociales de Andalucía deberá tener el personal suficiente con la formación, titulación, conocimientos, capacidades, aptitudes y estabilidad laboral necesaria para garantizar la eficiencia, eficacia y calidad del sistema. Pero ¿establece algo más concreto que este desiderátum general?

5.2 Cualificación

El Anteproyecto de Ley disponía que, en el marco del modelo de gestión de las competencias profesionales, con el apoyo de los diferentes Colegios Profesionales, se definirán los *mapas competenciales* de los diferentes profesionales de los servicios sociales (se suele entender por tales el conjunto de conocimientos, habilidades y actitudes que son requeridas para el desempeño de la actividad profesional), contemplando todas las titulaciones profesionales relacionadas, que serán aprobados por el órgano competente en materia de acreditación de la calidad de los Servicios Sociales (todo ello a semejanza del sistema de salud). Sin embargo, el Consejo Económico y Social objetó que se omitía la participación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en la negociación, y en lugar de integrar esta participación, finalmente se optó por suprimir el precepto.

Ahora bien, la Ley –art. 60.1– sí mantiene que el Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía promoverá el desarrollo de un *modelo de gestión de las competencias profesionales* necesarias para un desempeño ágil, eficaz y flexible de la práctica profesional, lo cual va a requerir la definición de las competencias profesionales, con la participación de todas las organizaciones profesionales y sociales que sea necesario.

Al menos, la Ley sí establece determinaciones claras en relación con los servicios sociales comunitarios: los equipos profesionales estarán constituidos por trabajadores sociales, educadores sociales, psicólogos y cualquier otro personal técnico titulado que sea necesario para el normal desarrollo de las funciones, servicios y prestaciones propias de este nivel. La dirección debe ser ejercida por uno de estos profesionales –art. 30.2– (el Anteproyecto únicamente establecía que la dirección sería ejercida por una persona con titulación universitaria de grado). Y, además, el profesional de referencia deberá ser una persona trabajadora social –art. 31.2–.

5.3 Suficiencia

De modo general, la Ley –art. 59.3– se limita a prever que se establecerán reglamentariamente las ratios de los diferentes perfiles profesionales, según tipología de prestaciones. Así, la Ley –art. 83.3.c)– establece que la reglamentación de las condiciones de la auto-

rización administrativa debe comprender, entre otros aspectos, los requisitos relativos al personal que va a desarrollar el servicio. Y también las condiciones de la acreditación administrativa deberán comprender los estándares de calidad de referencia de los recursos humanos. Además, en relación con el establecimiento de los contratos para la gestión de servicios públicos, la Ley –art. 109.2– prevé que las Administraciones Públicas darán prioridad, cuando se mejoren las ratios establecidas en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía.

En todo caso, de nuevo en relación con los servicios sociales comunitarios, la Ley –art. 30.3– contiene una mayor determinación, al establecer que serán acordes a una ratio mínima que estará compuesta, al menos, por un trabajador o trabajadora social, un educador o educadora social y un psicólogo o psicóloga (esta determinación no estaba en el Anteproyecto de Ley, pero el CES consideró de interés que se precisara que el tamaño y composición de estos equipos partirán de una estructura de recursos humanos básica que debe, a su vez, quedar recogida en la norma).

5.4 Calidad del empleo

Este aspecto es el más delicado de tratar en una Ley sectorial, debido a la autonomía que la Ley reconoce a negociación colectiva. Así, la Ley –art. 63.k– se limita a declarar el «derecho a trabajar en un adecuado marco de relaciones laborales, debiéndose garantizar el máximo respeto y cumplimiento de la normativa laboral que les sea de aplicación», que en el fondo es un precepto superfluo, pues viene a reconocer el derecho a que se respeten las normas que sean de aplicación.

Con todo, existen instrumentos para promover la calidad del empleo. Así, en relación con el acceso al régimen de concierto social, la Ley –art. 105.1.c)– establece que las entidades solicitantes deberán, entre otros requisitos, acreditar que en su organización actúan con pleno respeto y cumplimiento de la normativa laboral, mediante la articulación de medidas orientadas a la estabilidad laboral y la calidad del empleo. Y en relación con el establecimiento de los contratos para la gestión de servicios públicos, la Ley –art. 109.2.j)– establece que las Administraciones Públicas darán prioridad a aquellas entidades que garanticen la estabilidad laboral y asumir la subrogación de personal.

5.5 Formación continua

Hoy en día es evidente que la formación debe realizarse a lo largo de toda la vida profesional. De entrada, la Ley –art. 63.a)– establece el derecho y el deber de los profesionales de los servicios sociales a una formación continua y adecuada al contenido de la actividad que hayan de desarrollar, así como a conocer y utilizar las herramientas técnicas y tecnológicas que hayan de emplear para ello. Además, la Ley dedica varios preceptos de carácter programático. Así establece que las Administraciones Públicas competentes en materia de

servicios sociales, en su respectivo ámbito de actuación (art. 61): a) Pondrán en marcha estrategias de desarrollo continuo de las competencias y capacidades de las personas profesionales del sistema Público de servicios sociales de Andalucía para trabajar a través de la generación del aprendizaje y conocimiento compartido y colaborativo; c) Promoverán la cooperación entre todas las instituciones académicas en la formación continua de las personas profesionales y agentes que desarrollan su tarea en el ámbito de los servicios sociales.

Pero tal vez ha llegado el momento de avanzar hacia un centro de formación común, al estilo de la Escuela Andaluza de Salud Pública, aún más necesario en el ámbito de los servicios sociales, pues si en el campo de la salud la casi totalidad de los profesionales sanitarios dependen de la Administración autonómica o de sus entidades instrumentales (SAS, Agencias públicas sanitarias), en cambio, en el campo de los servicios sociales la mayor parte del personal depende de las entidades locales. Por ello, tal vez se podría explorar la figura de un consorcio, en el cual también podrían participar las Universidades públicas andaluzas.

5.6 Competencias profesionales: evaluación y acreditación

De modo casi inadvertido, la Ley –art. 63.e)– declara que las personas profesionales de los servicios sociales, tienen el derecho al reconocimiento y acreditación de sus competencias profesionales, de acuerdo con sus respectivos sistemas de carrera o promoción profesional. En mi opinión, se trata de un precepto que abre unas posibilidades de enorme trascendencia.

Si se pretende alcanzar y consolidar la cultura de mejora continua en la calidad de las prestaciones del SPSS orientada a la satisfacción de las necesidades y expectativas del ciudadano, para ello se requiere la incorporación de instrumentos de carácter estratégico, entre los cuales el *modelo de gestión por competencias* ocupa un papel esencial. El modelo de gestión por competencias es un modelo de desarrollo profesional que persigue la excelencia profesional a través de los procesos fundamentales de formación, evaluación y reconocimiento. La incorporación de un procedimiento de mejora continua para sus profesionales y su posterior acreditación.

Al margen de los beneficios para la calidad del sistema, desde la perspectiva en particular de los profesionales al servicio de las entidades locales (que son el grueso de los empleados públicos del Sistema) se obtienen dos logros importantes: en primer lugar, articular un modelo común de carrera profesional horizontal del todo necesaria en el ámbito local: pues, p. ej., un trabajador social puede estar años desempeñando el mismo puesto de trabajo en los servicios comunitarios y no tener posibilidad de cambiar de puesto o no querer hacerlo, por lo que es de justicia articular un sistema que permita progresar profesionalmente evaluando su desempeño profesional. En segundo lugar, un sistema homologado de evaluación y acreditación de competencias profesionales tendría como efecto adicional posibilitar la movilidad de empleados públicos entre entidades locales andaluzas. Ahora bien, conviene tener presente que la organización que acredite las competencias ha de ser independiente.

6. LAS ENTIDADES DE INICIATIVA PRIVADA

6.1 La iniciativa privada no integrada en el SPSSA

6.1.1 Establecimiento de centros y servicios

La actividad privada de prestación de servicios sociales, no integrada en un Sistema Público, hoy en día está presidida por dos leyes básicas estatales, como son la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios (de transposición de Directiva de Servicios de la Unión Europea) y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, normas que imponen condiciones para la utilización del régimen de autorización administrativa²³. Por su parte, en Andalucía, debe tenerse presente la Ley 3/2014, de 1 de octubre, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas, que ya limitó el régimen de autorización en materia de servicios sociales a la puesta en funcionamiento de centros y servicios y sus modificaciones sustanciales, eliminando la autorización de los actos de creación y construcción de centros que contenía el Decreto 87/1996.

Así, la Ley 9/2016 parte de un reconocimiento de la libertad de prestación de servicios sociales –art. 98.1–: «Las personas (...) podrán crear centros y establecimientos de servicios sociales, así como gestionar servicios y prestaciones de esta naturaleza», esos sí con sujeción al régimen de autorización legalmente establecido y cumpliendo las condiciones fijadas por las disposiciones de esta ley y por la normativa reguladora de servicios sociales. Al igual que en otros sectores, la Ley establece un doble régimen de intervención administrativa: autorización y comunicación previas.

Ahora bien, la Ley suaviza algo el régimen previsto hasta la fecha en el Decreto 87/1996. Así, el régimen de autorización se reserva para la puesta en funcionamiento de los centros de servicios sociales comunitarios, los centros y servicios de día y de noche y los centros y servicios de atención residencial, así como para las modificaciones sustanciales que afecten a la estructura física de las instalaciones o a la estructura funcional –art. 83.1–. La Ley 9/2016 no define qué se entiende por tales centros, pero de la modificación que introduce en la Ley 6/1999 de atención y protección a las personas mayores de Andalucía –disp. final 2ª–, parece que asume la terminología de la Ley de Dependencia.

Esta autorización se justifica «en tanto (estos centros) desarrollan algunas prestaciones ligadas a la salud pública y por razones imperiosas de interés general, como son la seguridad y protección de las personas destinatarias». Aun cuando durante la tramitación del

²³ La Ley 17/2009 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 «provisos 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 básica.

Proyecto de Ley desde el sector empresarial se reivindicaron otras técnicas de intervención menos onerosas que la autorización, ésta está plenamente justificada para los centros residenciales y centros de día y de noche, pues las personas usuarias de estos centros son especialmente vulnerables y reciben una atención continuada, no episódica (como si se tratase de un establecimiento turístico), donde incluso pueden estar ingresados sin su voluntad. Además, como ha señalado el Defensor del Pueblo Andaluz, la incidencia de los servicios prestados sobre las personas usuarias es inmediata y no permite un control a posteriori, momento en que la vulneración de los derechos se habrían producido.

Para los demás supuestos de servicios sociales, la Ley –art. 83.4– declara que se aplicará el régimen de comunicación administrativa, justificado en el objetivo de disponer de un inventario general de las infraestructuras y servicios existentes para desarrollar la planificación del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía. Por tanto, el régimen de comunicación previa se aplica a los actos de puesta de funcionamiento de centros y servicios diferentes a los centros de día y de noche y los centros y servicios de atención residencial, así como a los actos relativos a estos centros distintos a la puesta de funcionamiento y modificaciones sustanciales: tales como los actos de cambio de titularidad y los de cese del centro (para los cuales ya el Decreto 87/1996 únicamente requirió la comunicación previa). El Decreto 187/2018, de 2 de octubre añade la comunicación previa la construcción de cualquier inmueble destinado a servicios sociales, cuando la actuación cuente con financiación pública.

6.1.2 Régimen de los servicios sociales no integrados en el Sistema Público

Con buen criterio, pues aporta una mayor seguridad jurídica, la Ley –art. 4.2– determina expresamente qué partes de la misma son aplicables a los servicios sociales no integrados en el sistema público:

- «Los derechos y obligaciones de las personas usuarias y profesionales que se definan». Así el art. 10.1 se refiere a las «personas usuarias de los servicios sociales, ya sean estos de titularidad pública o privada» (no se dice del Sistema), e igual sucede con el artículo 11.1. El problema es que ambos artículos se encuentran en el Título I, que se llama la ciudadanía y el SPSS²⁴.
- «La autorización, el registro y la inspección y control de entidades, servicios y centros como garantía del cumplimiento de los requisitos materiales, funcionales y de personal que les sean de aplicación». Así, en relación con el ámbito de actuación de la inspección, la Ley –art. 89– declara que «Están sometidas a la inspección en materia de servicios sociales las prestaciones económicas, las actividades de prestación de servicios

²⁴ De modo más preciso ya Ley 2/1998 de Salud –art. 6.5– dispuso que, sin perjuicio de la libertad de empresa y respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en el apartado 1, epígrafes b), d), e), f), g), h), i), j), k), n), ñ), o), p), q), r), s), y en los apartados 3 y 4 del presente artículo, rigen también en los servicios sanitarios de carácter privado y son plenamente ejercitables.

sociales de todas las entidades, públicas y privadas, con independencia de la existencia o no de ánimo de lucro, de su situación administrativa, de la denominación formal de la actividad, así como del lugar donde la persona titular tenga su sede social o domicilio legal».

- «El régimen de infracciones y sanciones». Así, la Ley –art. 98.3- declara: «La efectiva prestación de servicios sociales sujetos a la obtención de previa autorización administrativa sin estar en posesión de la misma o la mera publicidad por cualquier medio de difusión se considerarán actividades contrarias a la ley, siéndoles de aplicación el régimen de infracciones y sanciones regulado en esta ley». El problema es que incomprensiblemente varias de las infracciones a los derechos de las personas usuarias del art. 126.a) están exclusivamente referidas a usuarios del SPSS (como, p. ej., la infracción de vulnerar la dignidad e intimidad de las personas usuarias).

Por el contrario, la Ley –art. 123.1- declara que los precios de los servicios sociales que presten entidades privadas no integradas en el Sistema de Servicios Sociales de Andalucía serán libres, si bien deben comunicarse previamente y por escrito a la Consejería competente.

Finalmente, para evitar equívocos, la Ley 9/2016 (disposición adicional primera) incorpora la técnica de la *reserva de denominación*, en virtud de la cual se declaran reservadas a las Administraciones Públicas competentes en materia de servicios sociales de Andalucía para su exclusiva utilización, en el ámbito de sus respectivas competencias, la utilización de las principales nociones acuñadas por la Ley (como «Sistema Público de Servicios Sociales», «Servicios Sociales Comunitarios», «Servicios Sociales Especializados», entre otras), prohibiéndose su uso a entidades no integradas, o el uso de cualquier otra denominación que puedan inducir a confusión con los recursos, los servicios y las prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía

6.2 Prestaciones del SPSS reservadas a la gestión directa

Como novedad en relación con la Ley 2/1988, la Ley 9/2016 especifica una serie de prestaciones que deberán ser gestionadas directamente por las Administraciones Públicas. El precedente se encuentra en 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 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-, norma seguida con variantes por diversas leyes autonómicas.

Por su parte, la Ley 9/2016 declara reservadas a la gestión directa por parte de las Administraciones Públicas, Comunidad Autónoma, ayuntamientos y diputaciones provinciales, según su ámbito de competencias, las prestaciones siguientes [arts. 44.2 y 100.2, 103.1.b)]:

- a) Servicios de información, valoración, orientación y asesoramiento tanto en el nivel primario como en el especializado.
- b) Elaboración del Proyecto de Intervención Social, su seguimiento y evaluación (el seguimiento y evaluación no estaba en el Proyecto).
- c) Ejercicio de las funciones de los profesionales de referencia y el equipo profesional de servicios sociales comunitarios.
- d) Gestión de las prestaciones económicas previstas en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales.

Debe observarse que, en general, la gestión propia o directa comprende no sólo la gestión por la propia entidad o una Administración pública instrumental (como agencia pública, autonómica o local), sino también por una sociedad mercantil íntegramente de titularidad pública y una función pública del sector público (p. ej., 33.3 LAULA). Pero la Ley 9/2006 especifica que determinadas funciones deben ser realizadas necesariamente por una Administración Pública, lo que descarta el uso de sociedades y fundaciones del sector público:

- Serán de responsabilidad pública y de gestión directa de la Administración de la Comunidad Autónoma la adopción de medidas de internamiento no voluntario, los servicios de protección y adopción de menores, y todas aquellas medidas y actuaciones de los servicios sociales que supongan ejercicio de autoridad (art. 44.3).
- El acceso a las plazas concertadas será siempre a través de la Administración Pública competente y en las condiciones que esta determine [arts. 100.5 y 101.3, 103.b)].
- Los equipos interdisciplinarios de los centros de servicios sociales comunitarios deben estar integrados por profesionales *empleados públicos*» (art. 30.1), reiterando la Ley que la *dirección* será ejercida por un empleado *pública* (art. 30.1). Y debe recordarse que únicamente son empleados públicos los que prestan servicio en las Administraciones Públicas. De este modo, la gestión general de los centros de servicios sociales comunitarios debe corresponder a la entidad local misma o a una agencia pública dependiente de la entidad local, sin perjuicio de que determinadas prestaciones sí puedan gestionarse de forma indirecta (como permite la Orden de 15 de noviembre de 2007 relativa al Servicio de Ayuda a Domicilio –art. 15–).

6.3 La gestión de prestaciones del SPSS por entidades privadas

6.3.1 Las tres fórmulas de colaboración de la iniciativa privada: prioridades

Con las salvedades antes indicadas, las prestaciones de servicios del SPSS (pues las prestaciones económicas –como se ha indicado– son de gestión directa), pueden ser provistas por la iniciativa privada. Curiosamente, la Ley dedica el artículo 44 a las «Formas de provisión de las prestaciones del SPSS», sin embargo, tales formas no están en ese artículo sino en los arts. 32.5 y 100.1. Así, el primero declara: las Administraciones Públicas podrán contratar, concertar o convenir prestaciones de los servicios sociales *especializados* entre sí, o con la iniciativa privada (art. 32.5). Y, según el artículo 100.1

dispone lo siguiente: «La Consejería competente en materia de servicios sociales podrá organizar la prestación de los servicios del Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía a través de las siguientes fórmulas: gestión directa, régimen de concierto social previsto en esta ley y gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación del sector público», posibilidades a las cuales deben añadirse los convenios previstos en el artículo 110.

De las tres fórmulas, la Ley concede preferencia al concierto social, que tiene por objeto tanto la reserva y ocupación de plazas para su uso exclusivo por las personas usuarias, como para la gestión integral de las prestaciones, programas, servicios o centros –art. 103.1-. Así, la gestión indirecta prevista en la legislación general de contratación del sector público (en realidad, el contrato de servicios, pues la LCSP 9/2017 ha suprimido el contrato de gestión de servicios públicos, y el contrato de concesión de servicios no es viable en este ámbito, pues implica la transferencia al concesionario del riesgo operacional –art. 15.2-) sólo es aplicable «Cuando por la naturaleza o por el carácter del tipo de prestación de servicios sociales, de responsabilidad pública, que se pretende concertar con la iniciativa privada no sea de aplicación motivada el régimen de concierto social» -art. 108-. Y los convenios para la gestión de las prestaciones del Catálogo de Prestaciones del SPSS se prevén para «aquellos supuestos que, por razones de urgencia, la singularidad de la actividad o prestación de que se trate, o su carácter innovador y experimental, aconsejen la no aplicación motivada del régimen de concierto social» –art. 110.1-. Por tanto, salvo acuerdo motivado que justifique su no aplicación, la fórmula preferente será el concierto social.

Según se trate de concierto social, contrato de servicios o convenio colaboración, se definen prioridades diversas.

- Contratos de servicios. La Ley –art. 100.4– establece que para el establecimiento de los conciertos y los contratos, las Administraciones Públicas competentes «darán prioridad, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, a las entidades de la iniciativa social (definidas en el art. 3.7), de economía social, cooperativas y pequeñas y medianas empresas». Aunque la Ley se refiere a las tres fórmulas de colaboración, en realidad, esta norma se aplica a los contratos de servicios, pues los conciertos sociales y los convenios cuentan con reglas propias. El proyecto de Ley mencionaba exclusivamente a las entidades de iniciativa social, pero en la tramitación parlamentaria se incluyó también a las cooperativas (más allá de las calificadas sin ánimo de lucro), las entidades de economía social²⁵, así como a las pequeñas y medianas empresas. Si se tiene en cuenta que, de acuerdo con la normativa comunitaria (Anexo I del Reglamento UE 651/2014 de la Comisión), se entiende por *pequeña empresa* la

²⁵ De acuerdo con la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, además de las cooperativas, se incluyen mutualidades, sociedades laborales, empresas de reinserción, centros especiales de empleo, cofradías de pescadores.

- que tiene menos de 50 empleados y una facturación anual inferior a 10 millones de euros, cifras que se elevan para la noción de *mediana empresa* hasta 250 empleados y 50 millones de euros), el juego de esta preferencia es realmente limitado. Tal vez la contención de la Ley pueda explicarse por la doctrina constitucional (STC 84/2015, la cual anuló una ley de la C. de Madrid en materia de salud, que declaraba la preferencia incondicionada de las sociedades profesionales para la gestión de los centros de atención primaria, por invadir la competencia estatal en materia de contratos públicos).
- *Conciertos sociales*. Es en esta fórmula, que permite mayor margen de configuración, donde la Ley sitúa de forma clara la preferencia por la iniciativa social –art. 101.1–: «Las Administraciones Públicas de Andalucía con competencias en materia de servicios sociales, cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social (el Decreto 41/2018 –art. 9– precisa estas condiciones) darán prioridad a las *entidades de iniciativa social* (definidas en el art. 3.7, que incluye, además de las fundaciones, asociaciones y organizaciones de voluntariado, a las sociedades cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro) para la gestión de los servicios previstos en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía mediante el régimen de concierto social». Y añade la Ley –art. 101.2–: «Excepcionalmente, en ausencia de entidades de iniciativa social que cumplan las condiciones establecidas en esta ley, las administraciones públicas podrán concertar con entidades privadas con ánimo de lucro». Por su parte, el Decreto 41/2018 –art. 15.1– ha jerarquizado aún más el orden de preferencia: en defecto de las entidades de iniciativa social, tendrán preferencia, por el siguiente orden, las entidades de la economía social, las cooperativas y las pequeñas y medianas empresas. Y en ausencia de las anteriores, las Administraciones Públicas podrán contratar con el resto de entidades privadas con ánimo de lucro.
 - *Convenios de colaboración*. Únicamente pueden celebrarse con entidades de iniciativa social con experiencia acreditada en la materia de que se trate (art. 110.1).

Con objeto de racionalizar estas fórmulas de colaboración, la Ley –art. 111– prevé que las Administraciones Públicas podrán establecer con entidades de iniciativa social *acuerdos de colaboración* que recojan los conciertos, convenios o cualesquiera otras formas de colaboración que se suscriban (no los contratos de servicios).

6.3.2 El requisito previo: la acreditación administrativa

Con carácter previo, la Ley –art. 84.1– establece que las entidades que pretendan concertar plazas o servicios con la administración de servicios sociales deberán contar con la correspondiente acreditación administrativa. Idea que reitera en el art. 100.6: para poder concertar con la Administración, será requisito indispensable contar, además de con la autorización (había que decir, en su caso), con la acreditación administrativa. Aunque el precepto habla de concertar, debe tenerse en cuenta que se ubica en el artículo 100 referido de modo general a la «Participación de la iniciativa privada en la provisión de servicios del Sistema Público de Servicios Sociales».

En general, la Ley 9/2016 mantiene el régimen vigente hasta ahora para la acreditación, que sigue siendo esencialmente administrativa. Así, la Ley –art 84.2– establece que corresponde a la Consejería competente en materia de servicios sociales, y tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de los requisitos de calidad de los centros y servicios objeto de concierto (debió corregirse la referencia al concierto, que procede de una redacción anterior del Anteproyecto).

No obstante, la Ley –art. 79.1– prevé también el desarrollo por vía reglamentaria de un *sistema de certificación de la calidad de los servicios* del SPSS. La certificación de la calidad se resolverá mediante resolución de la persona titular del órgano con competencias en materia de autorizaciones y acreditaciones de servicios sociales, conforme a lo que reglamentariamente se establezca –art. 79.3–. En el Proyecto se contemplaba que previa a la resolución el órgano administrativo existiría una certificación emitida por cualquier entidad de certificación acreditada. Este inciso se eliminó en la tramitación parlamentaria, pero podría recuperarse en el desarrollo reglamentario.

6.4 Especial referencia al concierto social

6.4.1 Origen y noción

Como se ha señalado, el concierto social es la fórmula a la que la concede preferencia. Se trata de una fórmula tan novedosa que ni siquiera estaba contemplada inicialmente en el Borrador de Ley de 2015. Con esta figura la Ley 9/2016 sigue de cerca el ejemplo de otras Comunidades Autónomas (Islas Baleares, Asturias, Galicia y R. de Murcia), modelo que ha pasado, además, a la posterior Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, para la gestión de servicios sociales destinados a las personas con discapacidad prestados por la iniciativa privada.

El origen de esta fórmula del concierto social está en la vigente Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. Esta Directiva (consideración 114) admite expresamente que, en relación a los servicios a las personas (servicios sociales, educativos y de salud), los Estados miembros y los poderes públicos tienen libertad, no solo para prestarlos por sí mismos, sino también para «organizar» dichos servicios, de modo que no sea necesario formalizar contratos públicos (se entiende contratos sujetos a la Directiva), y se menciona expresamente a título de ejemplo la simple financiación de estos servicios. La única exigencia es que el sistema que se establezca garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación. Es decir, se reconoce a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno, imponiendo solo la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato. En realidad, es lo que ya pasaba con los conciertos educativos, que nunca han estado sujetos a la Ley de Contratos.

La Ley 9/2016 establece Y en cumplimiento de esta remisión se ha aprobado el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales, y que se aplica también a los conciertos sociales que las Entidades Locales suscriban –art. 2–.

6.4.2 Naturaleza del concierto social

La Ley –art. 101.1– entiende por concierto social el instrumento por medio del cual se produce la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública a través de entidades, cuya financiación, acceso y control sean públicos (se entienden los servicios sociales, no las entidades). Y la Ley –art. 101.3– añade que el concierto social se establece como una modalidad diferenciada del concierto regulado en la normativa de contratación del sector público, siendo necesario establecer condiciones especiales, dadas las especificidades de los servicios sociales debiendo cumplir los principios informadores de la normativa europea en materia de concertación. Aun cuando la Ley omite toda referencia al concierto social como un contrato, es evidente su naturaleza contractual (se ordenan obligaciones recíprocas –art. 104–, debe documentarse –art. 107–) y, además, se declara expresamente que se somete a Derecho Administrativo –art. 101.4–, en un precepto aparentemente tomado de la legislación sobre conciertos educativos. En cambio, la Ley 9/2016 omite la sujeción del concierto a la Ley de Contratos del Sector Público, pues de lo contrario podría suponer una invasión de las competencias estatales.

Sin embargo, la nueva Ley de Contratos del Sector Público –art. 11.6–, y posterior a la Ley 9/2016, únicamente declara excluida de la presente Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas, «siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación».

Tal vez por ello, el Decreto 41/2018 parece decantarse por la aplicación de la LCSP, pues declara que el concierto social se configura como un *contrato administrativo especial*, de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.b) de la LCSP, e impone una importante aplicación de las reglas de contratación pública (pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, expediente de contratación, anuncio de licitación en el Perfil del Contratante, reglas de adjudicación...).

Además, debe señalarse la sujeción a las reglas de transparencia, que no entienden de naturaleza de los contratos. Así, el Decreto 41/2018 –art. 3.1– ordena difundir en el portal de transparencia los conciertos vigentes en cada momento.

6.4.3 Asignación del concierto social

La ventaja principal de la fórmula del concierto social es que la Administración no está ya sujeta a los sistemas de adjudicación de los contratos públicos y, que hasta la nueva Ley de Contratos de 2017, giraban en torno a una noción marcadamente economicista como es la de la «oferta más ventajosa económicamente», y que ha podido dar lugar al desplazamiento en la prestación de servicios sociales de entidades sociales por parte de grandes empresas multiservicios, que lo mismo ofertan en el campo de la limpieza, de la seguridad, que en los servicios sociales, con consecuencias bien conocidas de deterioro de la calidad del empleo y, en definitiva, del servicio.

En este sentido, además de la preferencia a la iniciativa social antes indicada –art. 101.1–, la Ley –art. 105.1– establece que las entidades solicitantes deberán cumplir determinados requisitos que serían de difícil exigencia en una licitación general:

- a) Haber prestado atención de manera continuada, durante el tiempo que se determine en función de la naturaleza del servicio, a personas, familias o grupos con necesidades similares a las de las personas destinatarias del servicio o centro cuya concertación solicita.
- b) Acreditar su presencia previa en la zona en la que se vaya a prestar el servicio (no se especifica cuánto tiempo, ni qué se entiende por zona). El Decreto 41/2018 –art. 8.1– aclara que «Ello no implicará acreditar la implantación funcional o prestación efectiva del servicio objeto de prestación en dicha área», con lo cual tampoco está claro qué se entiende por «presencia».

Además, la Ley –art. 102– dispone que «En el establecimiento de los conciertos sociales se atenderá a los principios de atención personalizada e integral, arraigo de la persona en el entorno de atención social, elección de la persona y continuidad en la atención y la calidad. Por ello, se podrán establecer como requisitos cláusulas, medidas de preferencia o medidas de discriminación positiva: criterios sociales, de promoción de la igualdad de género, de calidad, de experiencia y trayectoria acreditada, u otros que se determinen reglamentariamente». El Decreto 41/2018 –art. 8.4– declara que deberán acreditar tener en su plantilla un número de personas trabajadoras con discapacidad que constituya al menos el dos por ciento, siempre que se trate de entidades con un número igual o superior a cincuenta personas trabajadoras, o acreditar la adopción de medidas alternativas.

6.4.4 Régimen del concierto social

La Ley –art. 104.2– establece que «Las prestaciones gratuitas y no gratuitas no podrán tener carácter lucrativo, no pudiéndose cobrar a las personas usuarias por las prestaciones propias del Sistema de Servicios Sociales cantidad alguna al margen del precio público establecido». Además, la Ley añade: «El cobro a las personas usuarias de cualquier cantidad

por servicios complementarios, al margen de los precios públicos estipulados, deberá ser autorizado por el órgano competente».

No obstante, se echa en falta una «Garantía de igualdad», como la prevista en alguna Ley autonómica (Ley 16/2015, de 9 de noviembre R. Murcia): «Las entidades cuyas relaciones con la administración se rijan por esta norma, arbitrarán las medidas necesarias a los efectos de imposibilitar por parte de trabajadores, personal externo o visitantes, cualquier información o circunstancia que explicita o permita advertir la procedencia de las personas a las que se presta el servicio, no diferenciando entre usuarios del convenio o concierto y usuarios privados»²⁶.

²⁶ Nos remitimos al Capítulo II de esta obra, dedicado específicamente al concierto social.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO i CUDULÀ, V. (Coord.): *Servicios sociales, dependencia y derechos de ciudadanía*, Atelier, Barcelona, 2009.

– «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.

ALEMÁN BRACHO, C. - ALONSO SECO, J.M^a.: «Los sistemas de servicios sociales en las leyes autonómicas de servicios sociales», *Revista General de Derecho Administrativo* 27 (2011).

ALONSO SECO, J. M.: «Las nuevas leyes autonómicas de servicios sociales: hacia un reconocimiento progresivo de los servicios sociales como derechos subjetivos», *Revista General de Derecho Administrativo* 45 (2017).

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.

ALVÁREZ FERNÁNDEZ, M.: «La colaboración privada en la gestión de servicios sociales públicos. La incidencia de las nuevas Directivas de contratación y su transposición al ordenamiento jurídico español», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 172, 2015.

ARYMANY LAMOGLIA, E.: «Público y privado en la Ley Catalana de Servicios Sociales», *Cuadernos de Derecho Local*, 21, 2009, pp. 156-180.

BAYARRI i CATALAN, V. - FILLAT DELGADO, Y.: *Derechos y Servicios Sociales. Por un Sistema de Servicios Sociales universal, garantista y de calidad: un derecho básico para la igualdad y el desarrollo humano*, Cermi, 2011.

CAICEDO CAMACHO, N.: «La utilización del poder subvencional del Estado en el marco de la asistencia social», *R.V.A.P.* núm. 105. Mayo-Agosto 2016, pp. 355-398.

DE LORENZO, R.: «Los servicios sociales en la Constitución española», *Revista General de Derecho Administrativo* 52 (2019).

EZQUERRA HUERVA, A. (Coord.): *El marco jurídico de los servicios sociales en España, Realidad actual y perspectivas de futuro*, Atelier, Barcelona, 2012.

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*, obra colectiva coordinada por A. Ezquerro Huerva, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 145-188.

– «La ordenación general de los servicios sociales en Andalucía: situación actual y prospectiva», en *El Derecho de los Servicios Sociales en Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2012, pp. 75-219.

GARRIDO JUNCAL, A.: «Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55 (diciembre 2017), pp. 84-100.

LOPEZ MENUJO, 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.

MANENT ALONSO, L.: «La influencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la configuración de la acción concertada en los servicios sociales», *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, 2017, nº 62, pp. 283 y ss.

MÍGUEZ MACHO, L.: «La transformación del régimen jurídico de los servicios sociales», *REDA* núm. 153, 2012, pp. 33-62.

MORENO REBATO, Mar: *Régimen jurídico de la asistencia social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002.

NOGUEIRA LÓPEZ, A.: «La inspección administrativa de servicios sociales y la protección de los derechos de los vulnerables», *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*, 2017, nº 62, pp. 151 y ss.

PEMÁN GAVÍN, J.M.: «La asistencia social en España: delimitación conceptual y marco jurídico general», *Documentación Administrativa*, 271-272, 2005, págs. 39-80.

– «El marco jurídico de la asistencia social: competencias, modalidades y principios de la acción administrativa», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 23, 2003, págs. 41 y ss.

TORNOS MAS, J.: «Efectividad de los derechos y exigibilidad de los servicios sociales», *Documentación Administrativa*, núm. 271, 2005, págs. 371-388.

– «Significación y consecuencias jurídicas de la consideración de los servicios sociales como servicio público», *QDL*, 6. octubre de 2004, pp. 7-18.

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 concertos y convenios”, *Documentación Administrativa*, núm. 271-272, 2005, págs. 389-412.

VV. AA.: *El derecho público de la acción social*, *Documentación Administrativa*, 271-272, 2005.

Capítulo II. EL CONCIERTO SOCIAL EN LA LEGISLACIÓN ANDALUZA DE SERVICIOS SOCIALES

Rafael Pizarro Nevado²⁷

1. MODOS DE PROVISIÓN DE SERVICIOS SOCIALES EN ANDALUCÍA

1.1 El Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía

El Estatuto de Autonomía para Andalucía garantiza el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales²⁸ (artículo 23), elevando a la categoría de derecho subjetivo el acceso a un conjunto de recursos y servicios que garantizan las Administraciones Públicas²⁹. En una primera etapa ese conjunto fue el desarrollado en cumplimiento de la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía. La vigente Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía (en lo sucesivo LSSA) ha definido el Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía como “el conjunto de servicios, recursos y prestaciones de las Administraciones

²⁷ Proyecto de investigación PGC2018-093760-B-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU), la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER, UE).

²⁸ Para la atención adecuada e integral de las necesidades personales y sociales básicas de los ciudadanos la legislación andaluza ha configurado el derecho a las prestaciones esenciales del sistema como un derecho subjetivo de ciudadanía, exigible ante las Administraciones Públicas que ostentan las competencias en la gestión y provisión. La Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía es, en cierto modo, tributaria de aquella concepción que aprecia una doble naturaleza, objetiva y subjetiva, en los derechos fundamentales. Sobre esta cuestión vid. GALLEGO ANABITARTE, A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación, autonomía local y opinión pública)*, Civitas, Madrid, 1994. En este caso se observa el reconocimiento de la vertiente objetiva de ese derecho, por cuanto se obliga a los poderes públicos a actuar positivamente para su satisfacción.

²⁹ El Estatuto de Autonomía de Andalucía identifica dos colectivos que merecen una especial atención, las personas en situación de dependencia y las personas con discapacidad (artículo 24), a las que se 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”.

Públicas de Andalucía orientados a garantizar el derecho de todas las personas en Andalucía a la protección social, la promoción social y la prevención, en los términos recogidos en el Estatuto de Autonomía para Andalucía, en esta ley y en el resto de la normativa vigente en la materia” (artículo 24.1 de la LSSA). La definición de los servicios y prestaciones ofrecidas, de su alcance y de las condiciones requeridas para acceder a los mismos se debe regular en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, que debe aprobar el Consejo de Gobierno (artículo 41 de la LSSA).

Las prestaciones del Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales tienen atribuida la consideración de servicio público (artículo 41.6 de la LSSA) y para su provisión la Administración de la Comunidad Autónoma y las corporaciones locales han desarrollado una red integrada de centros y servicios de responsabilidad y control público en la que la colaboración de entidades privadas juega un papel fundamental. En efecto, el Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía incluye, junto a los servicios, recursos y prestaciones de titularidad pública, los que prestan entidades privadas que ofrecen sus servicios a la ciudadanía bajo cualquier forma de contrato con la Administración de la Junta de Andalucía, con las Entidades Locales o con cualquiera de sus entes instrumentales (artículos 44 y 100 de la LSSA). En consecuencia, los centros y servicios sociales pueden clasificarse atendiendo a su titularidad jurídica y al origen y carácter de sus recursos. Hay centros privados, que funcionan en régimen de mercado³⁰, centros públicos y centros privados concertados para la prestación de los servicios del Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales. Estos últimos se insertan en el sistema público con la cobertura de distintas fórmulas contractuales sin que por ello se vea afectado el carácter público del servicio, puesto que su titularidad sigue siendo pública³¹.

Como es sabido, la elección de la forma de gestión del servicio público entra dentro de la potestad de autoorganización de los poderes públicos, a los que se reconoce una amplia libertad de configuración siempre que se respeten las exigencias derivadas de la propia configuración del servicio, en este caso los principios de universalidad, igualdad

³⁰ El título IV de la LSSA, que regula la “iniciativa privada y social”, contempla distintas formas de prestación de servicios sociales. Aunque presta una atención especial al concierto social y a otras fórmulas de participación de la iniciativa privada en la provisión de los servicios sociales por la Administraciones Públicas, como es lógico, también se regula la actividad privada en el sector. Son centros o establecimientos de servicios sociales creados y explotados por personas físicas o jurídicas de naturaleza privada, con o sin ánimo de lucro, en el ejercicio de su libertad de empresa (artículo 98.1 de la LSSA). Los mismos sujetos pueden también gestionar servicios y prestaciones de esa naturaleza. En ambos casos deben hacerlo respetando las condiciones fijadas en la LSSA y las restantes disposiciones reguladoras de servicios sociales, entre las que destaca el régimen de autorización (artículo 83.1 de la LSSA), comunicación (artículo 83.4) o inscripción en el Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales (artículo 86). Además, el artículo 98.2 de la Ley prohíbe la creación de “centros o servicios reservados o que desempeñen funciones reservadas exclusivamente a la iniciativa pública”.

³¹ El Tribunal Constitucional ha indicado las condiciones que deben darse para que el servicio público siga siendo reconocible aun cuando en su provisión haya una intensa colaboración de entidades privadas: preservación de la titularidad pública del servicio también en los casos de externalización del servicio; definición de las prestaciones a las que tienen derecho los ciudadanos por parte de los poderes públicos; financiación a través de fondos públicos; y garantía de los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios (STC 84/2015, de 30 de abril).

de acceso, equidad, continuidad en la prestación, transparencia y calidad (artículo 25 de la LSSA). No obstante, el legislador impone ciertas reglas que modulan la libertad de configuración de las Administraciones competentes. En el caso de Andalucía, el apartado primero del artículo 100 de la LSSA prevé que la prestación de los servicios del Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía se organice “a través de las siguientes fórmulas: gestión directa, régimen de concierto social previsto en esta ley y gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación del sector público, garantizando, en todo caso, los principios de igualdad y no discriminación, publicidad y transparencia”; pero, a continuación, el legislador andaluz concede una clara preferencia al concierto social, puesto que solo permite recurrir a otros mecanismos de gestión indirecta (contratos del sector público y convenios con entidades de iniciativa social con experiencia acreditada) cuando no sea posible la utilización del concierto social (artículos 108 y 110).

Por todo ello es preciso analizar con detalle la regulación del concierto social en Andalucía y su configuración en los expedientes de contratación que hasta la fecha se han desarrollado. Con carácter previo resulta útil determinar los límites que impone al legislador andaluz en la configuración de los modos de gestión indirecta de los servicios sociales el Derecho europeo y español sobre contratos del sector público. Solo así puede valorarse correctamente si la regulación que se estudia los respeta.

1.2 La gestión indirecta de servicios sociales a la luz de la legislación europea y española sobre contratos del sector público

Como declara la jurisprudencia constitucional, la configuración que hagan las comunidades autónomas de los mecanismos de gestión indirecta está condicionada por la legislación española y europea sobre contratación del sector público (STC 84/2015, de 30 de abril)³². No obstante, esa regla debe modularse cuando se aplica a los servicios sociales, porque también de acuerdo con el Derecho europeo estos servicios no se someten al régimen general de contratos del sector público. Por el contrario, se considera que la forma de organizar la prestación de servicios sociales entra dentro de potestad de autoorganización de los Estados miembros, que no deben sentirse limitados por la lógica de mercado. Desde el punto de vista del Derecho de la UE, los servicios sociales tienen la consideración

³² Sobre el impacto de las directivas de contratos en la tipificación contractual de las formas de gestión indirecta que hace la legislación española vid. GIMENO FELIÚ, J.M., “La contratación pública en los contratos sanitarios y sociales”, en el blog del *Observatorio de Contratación Pública*, 2015 [<http://www.obcp.es/>, fecha de consulta: 1 de julio de 2019]; LÓPEZ-VEIGA BREA, J., “La contratación pública de servicios a las personas tras la aprobación de las directivas europeas de cuarta generación. Un nuevo horizonte en las políticas sociales autonómicas”, *Revista Galega de Administración Pública* n° 63 (2017), pp. 441-463; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., “Impacto de las directivas de contratos y de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público sobre la contratación en el ámbito sanitario”, *Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach*, Volumen I, Thomson-Reuters Aranzadi, 2018, pp. 913-941; o, de la misma autora, “Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n° 50 (2019); o GARRIDO JUNCAL, A., *Los servicios sociales en el S. XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*, Aranzadi, Pamplona, 2020, pp. 207-214.

de servicios de interés general no económicos, constituyen actividades que satisfacen necesidades básicas de la población y en su organización y prestación priman los criterios de solidaridad y cohesión social frente al de eficiencia económica³³.

1.2.1 Tratamiento en las directivas sobre contratación pública

Siguiendo las directrices que había marcado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, reconocen las peculiaridades de la gestión de este tipo de servicios³⁴. Ambas parten de la premisa de que, por sus características específicas, los procedimientos habituales para la adjudicación de contratos públicos de servicios no son adecuados en el caso de los servicios sanitarios y sociales. Por ejemplo, el considerando 6 de la Directiva 2014/24/UE advierte que los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos de su ámbito de aplicación. Y en su considerando 114 se afirma que los “servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales”. De acuerdo con esa lógica, se reconoce a los Estados miembros una amplia discrecionalidad para elegir la forma de organizar y prestar dichos servicios, siempre que la regulación que adopten garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación³⁵.

³³ El Protocolo núm. 26 del Tratado de Lisboa declara “las disposiciones de los Tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros, para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico” (artículo 2). Por su parte, el TJUE ha adoptado una interpretación de los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que permite justificar la inaplicación a estos servicios de las reglas europeas de contratación pública y de concurrencia en general. Vid. RODRÍGUEZ BEAS, M., “El encaje de las reglas de mercado en la gestión de los servicios sociales y sanitarios”, *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de Servicios Sociales. Una perspectiva interdisciplinar*, Atelier, Barcelona, 2020, p. 237.

³⁴ GIMENO FELIÚ, J.M., “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, *Anuario del Gobierno Local*, 2017, p. 49; FUENTES I GASÓ, J.R., “El règim jurídic de la provisió de serveis d’atenció a les persones a Catalunya: el concert social després de les directives europees contractació pública”, *La protecció jurídica de la atención a las personas en materia de Servicios Sociales. Una perspectiva interdisciplinar*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 209-210.

³⁵ En esa línea, la Directiva 2014/23/UE destaca que, “dada la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, los Estados miembros deben disponer de amplia discrecionalidad para seleccionar a los prestadores de los servicios de la manera que consideren más apropiada” (considerando 54). En el mismo sentido, en el considerando 114 de la Directiva 2014/24/UE se reconoce “la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios”, por lo que se ofrece “a los Estados miembros un amplio margen de maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno. Las normas de la presente Directiva tienen en cuenta este imperativo al imponer solo la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato y al asegurar que los poderes adjudicadores puedan aplicar, para la elección de los proveedores de servicios, criterios de calidad específicos, como los establecidos en el Marco Europeo Voluntario de Calidad para los Servicios Sociales publicado por el Comité de Protección Social”.

Dentro de ese marco general, las directivas de contratación ofrecen a los Estados miembros distintas alternativas para organizar la provisión de servicios sociales³⁶, como la posibilidad de gestión indirecta mediante fórmulas no contractuales (excluidas por ese motivo del ámbito de aplicación de aquellas³⁷); el establecimiento de un régimen de contratación particular para los “servicios sociales y otros servicios específicos”³⁸, para lo cual se fija un umbral más elevado que el aplicable a otros servicios³⁹ y se impone a los Estados unas garantías procedimentales mínimas⁴⁰; o la opción de reservar a determinadas organizaciones ciertos contratos sociales⁴¹.

³⁶ Al respecto vid. GIMENO FELIÚ, “La contratación pública...”, cit.; o LÓPEZ-VEIGA BREA, “La contratación pública...”, cit.

³⁷ En ese sentido, además del considerando 6 de la Directiva 2014/24/UE ya citado, debe señalarse lo indicado en los considerandos 54 de la Directiva 2014/23/UE y 114 de la Directiva 2014/24/UE, en los que se afirma que los Estados miembros y las autoridades públicas siguen siendo libres de prestar ellos mismos estos servicios o de organizar los servicios sociales sin asignar concesiones (Directiva 2014/23/UE), ni celebrar contratos públicos (Directiva 2014/24/UE), a través, por ejemplo, de la “simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”.

³⁸ La Directiva 2014/24/UE se ocupa de ello en el Capítulo I del Título III, que se dedica a los regímenes de contratación particulares. Reciben ese tratamiento particular los servicios enumerados en los anexos IV de la Directiva 2014/23/UE (servicios a los que se refiere su artículo 19) y XIV de la Directiva 2014/23/UE (servicios a los que se refiere su artículo 74).

³⁹ La Directiva 2014/24/UE establece que cuando el objeto de los contratos de servicios a las personas, entre los que se incluyen ciertos servicios sociales, de salud o de educación, tengan un valor inferior a un cierto límite económico carecen de interés para los prestadores de servicios de otros Estados. El artículo 4.d) fija ese límite en 750.000 euros. A partir de dicho umbral, se afirma en el considerando 114 de la directiva, los contratos de servicios a las personas deben estar sujetos a normas de transparencia en toda la Unión. Por tanto, en la medida en que los contratos de gestión de ciertos servicios sociales no superen los 750.000 euros los Estados miembros disponen de total libertad para definir los términos de sus relaciones con las entidades prestadoras. No obstante, se advierte en el considerando 114 “a menos que haya indicios concretos de lo contrario, como en la financiación por la Unión de proyectos transfronterizos”.

⁴⁰ Para el caso de las concesiones de servicios sociales, el artículo 19 de la Directiva 2014/23/UE dispone que “se someterán únicamente a las obligaciones contempladas en el artículo 31, apartado 3, y en los artículos 32, 46 y 47”. También refleja bien la discrecionalidad que se reconoce a los Estados el artículo 76 de la Directiva 2014/23/UE, que establece que los Estados establecerán normas nacionales para la adjudicación de dichos contratos “a fin de garantizar que los poderes adjudicadores respetan los principios de transparencia y de igualdad de trato de los operadores económicos”. Respetando esos principios, el mismo precepto dispone que “los Estados miembros serán libres de determinar las normas de procedimiento aplicables, siempre que tales normas permitan a los poderes adjudicadores tener en cuenta la especificidad de los servicios en cuestión”.

Si tomamos en consideración la Directiva 2014/24/UE comprobamos que su artículo 74 regula un régimen especial de adjudicación de contratos de servicios sociales y otros servicios específicos. Ese régimen es distinto del régimen general aplicable a otros contratos de servicios. La adjudicación de contratos de servicios sociales se somete a los artículos 75 y 76, que regulan un «régimen simplificado» que únicamente impone a los Estados miembros que regulen el procedimiento de contratación que respeten unas reglas básicas de publicidad y los principios enumerados en el artículo 76.

⁴¹ El artículo 77 de la Directiva 2014/24/UE permite que los Estados miembros faculten a los poderes adjudicadores para reservar a determinadas organizaciones el derecho de participación en procedimientos de

1.2.2 Tratamiento en la Ley de Contratos del Sector Público

Como es lógico, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) también da respuesta a las singularidades de la gestión de los servicios sociales. Las Administraciones competentes, además de canalizarlos a través de los contratos nominados⁴², pueden recurrir a cualquiera de las alternativas previstas en la LCSP.

Una primera opción es la contemplada en el artículo 11.6 LCPS, que excluye del ámbito de aplicación de esa ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas –no podía ser de otro modo– cuando esa actuación se sustente en un título que no tenga naturaleza contractual⁴³. La regulación de instrumentos no contractuales para la prestación de servicios sociales corresponde a las comunidades autónomas, como se reconoce en la disposición adicional cuadragésima novena de la LCSP⁴⁴. Así lo hizo, por ejemplo, la Comunidad Autónoma de Aragón cuando aprobó la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, y

adjudicación de contratos públicos exclusivamente en el caso de los servicios sociales, culturales y de salud enumerados en el anexo XIV [que se adjudican conforme al capítulo I del referido título III, cuando superen el umbral de 750.000 euros, según lo previsto en el artículo 4.d)] y que lleven los códigos enumerados en el propio artículo 77. Las entidades deben cumplir las condiciones fijadas en el apartado segundo:

- a) que su objetivo sea la realización de una misión de servicio público vinculada a la prestación de los servicios indicados;
- b) que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá basarse en consideraciones de participación;
- c) que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados o en principios de participación o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas, y
- d) que el poder adjudicador de que se trate no haya adjudicado a la organización un contrato para los servicios en cuestión con arreglo al presente artículo en los tres años precedentes.

⁴² Vid. DOMÍNGUEZ MARTÍN, “Impacto de las directivas...”, cit.; GALLEGO CÓRCOLES, I. y GAMERO CASADO, E. (coord.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; GIMENO FELIÚ, J.M. (director), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Pamplona, 2018; o MORENO MOLINA, J.A. y PINTOS SANTIAGO, J., *Los contratos administrativos y su aplicación: obras, suministros, servicios y concesiones de obras y servicios*, Wolters Kluwer, 2018, pp. 25-31.

⁴³ Y añade, a título ejemplificativo, que esto puede suceder, “a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”.

⁴⁴ En la misma se dispone que lo establecido en la LCSP no obsta para que las comunidades autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social.

posteriormente la Comunidad Valenciana con la Ley 7/2017, de 30 de marzo, sobre acción concertada para la prestación de servicios a las personas en el ámbito sanitario. En ambos casos los acuerdos de acción concertada se configuraron como instrumentos organizativos, que carecen por tanto de naturaleza contractual (artículo 2 del Decreto-Ley del Gobierno de Aragón 1/2016, de 17 de mayo), a través de los cuales las administraciones competentes organizan la prestación de servicios sociales y sanitarios a través de los recursos disponibles pertenecientes a entidades de iniciativa social⁴⁵. Son las Administraciones competentes en cada materia, como responsables de la prestación del servicio público, las que fijan su financiación, determinan qué usuarios acceden a los distintos centros y controlan que las prestaciones se desarrollen de acuerdo con lo establecido en el acuerdo. De acuerdo con esa lógica, la cantidad que perciben las entidades de iniciativa social retribuye como máximo los costes variables, fijos y permanentes de las prestaciones, garantizando la indemnidad patrimonial de la entidad prestadora, pero sin incluir beneficio industrial.

Como alternativa a esta primera opción encontramos en la LCSP otras soluciones para la gestión de servicios sociales de naturaleza contractual, que se configuran como especialidades frente al régimen ordinario de la contratación de servicios. Así, por ejemplo, el artículo 22 de la LCSP considera contratos de servicios sujetos a regulación armonizada los que tengan por objeto los servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV únicamente cuando su valor estimado sea igual o superior 750.000 euros, umbral muy superior al exigido para otros contratos de servicios.

Por su parte, la disposición adicional cuadragésima séptima de la LCSP (principios aplicables a los contratos de concesión de servicios del anexo IV y a los contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo del anexo IV) dispone lo siguiente:

Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de esta Ley y, entre otras, de las relativas al establecimiento de las prescripciones técnicas, de las condiciones mínimas de solvencia, de los criterios de adjudicación y de las condiciones especiales de ejecución, en los procedimientos de licitación de contratos de concesión de los servicios que figuren en el anexo IV y de contratos de carácter social, sanitario o educativo también del anexo IV, los órganos de contratación velarán en todas sus fases por la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad

⁴⁵ Esa configuración se ha confirmado con la aprobación de la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunidad Valenciana, en cuyo artículo 87.1 se dispone: “Los acuerdos de acción concertada son instrumentos organizativos de naturaleza no contractual a través de los cuales las administraciones competentes podrán organizar la prestación de servicios sociales por entidades de iniciativa social cuya financiación, acceso y control sean de su competencia ajustándose al procedimiento y a los requisitos que prevé esta ley y la normativa sectorial que sea aplicable”. Sobre este último inciso hay que insistir en que la regulación y la aplicación de estas fórmulas no contractuales, aunque no está limitada por lo dispuesto en la LCSP, deben respetar los principios de transparencia y no discriminación. De acuerdo con el Derecho de la UE, la preferencia que se concede a las entidades de iniciativa social solo es admisible si se cumplen los requisitos fijados por el TJUE y por la dimensión del servicio no se falsee la competencia.

y la exhaustividad de los servicios; las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables; la implicación de los usuarios de los servicios; y la innovación en la prestación del servicio.

Asimismo, al establecer los criterios de adjudicación de los contratos a que se refiere esta disposición adicional, el órgano de contratación podrá referirlos a aspectos tales como: la experiencia del personal adscrito al contrato en la prestación de servicios dirigidos a sectores especialmente desfavorecidos o en la prestación de servicios de similar naturaleza en los términos establecidos en el artículo 145; la reinversión de los beneficios obtenidos en la mejora de los servicios que presta; el establecimiento de mecanismos de participación de los usuarios y de información y orientación de los mismos.

Por último, la disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP transpone al Derecho español la previsión del artículo 77 de la Directiva 2014/24/UE y contempla la reserva del derecho a participar en los procedimientos de licitación de ciertos contratos de servicios sociales, culturales y de salud (los que se enumeran en el Anexo IV) a determinadas organizaciones⁴⁶. Lógicamente esa reserva se produce en el seno de una relación contractual y, por tanto, con “sometimiento a la LCSP de la relación negocial que ampara la prestación de los servicios a los que se refiere dicha disposición”.

Este es el marco normativo en el que deben incardinarse las regulaciones autonómicas sobre el concierto (o la acción concertada) social. Aunque hay que advertir que esa articulación no siempre se va a producir de forma sencilla, porque las comunidades autónomas redefinieron las fórmulas de prestación de los servicios sociales para adaptarlas a las directivas sobre contratación pública antes de que fueran transpuestas al Derecho español. Aprovecharon que España no adaptó la legislación de contratos del sector público en el plazo establecido para modificar sus leyes de servicios sociales, dando así respuesta en ese ámbito a la alteración experimentada por el modelo tradicional de gestión indirecta de los servicios públicos como consecuencia del efecto directo de las directivas. Unas lo hicieron configurando instrumentos de naturaleza no contractual, otras, como en el caso de Andalucía, regulando el concierto social como un contrato especial⁴⁷. En este capítulo se analiza la solución adoptada en esta última Comunidad Autónoma⁴⁸.

⁴⁶ Para ello esas organizaciones deben cumplir todas y cada una de las condiciones enumeradas en el artículo 77.2 de la Directiva 2014/24/UE y en la disposición adicional cuadragésima octava de la LCSP, que se han reproducido en la nota a pie núm. 37. Sobre los contratos reservados en materia de servicios sociales vid. RODRÍGUEZ BEAS, “El encaje...”, cit., p. 238-240..

⁴⁷ Tras País Vasco, Baleares, Asturias, Región de Murcia, Aragón y Galicia se reguló la figura en Andalucía. El proceso ha sido descrito por LÓPEZ-VEIGA BREA, “La contratación pública...”, cit., pp. 450-454. FUENTES I GASÓ explica la reforma en Cataluña. “El régimen jurídico...”, cit., pp. 211 y ss. GARRIDO JUNCAL también se ocupó tempranamente de esta cuestión, destacando las dudas que planteaban algunas de las soluciones adoptadas por las comunidades autónomas. Vid. “Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate”, *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 55 (2017), pp. 88-91; o *Los servicios sociales en el S. XXI*, cit., pp. 215-227.

⁴⁸ De la regulación en Andalucía han dado noticia CASTRO ARGÜELLES, M.A., “La nueva Ley de Servicios Sociales de Andalucía: una presentación”, *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 19, nº 2 (2016); CASTRO

2. EL CONCIERTO SOCIAL EN LA LEGISLACIÓN ANDALUZA

2.1 La preferencia por el concierto social como modo de gestión indirecta

Hasta la reciente adjudicación de los primeros conciertos sociales en Andalucía⁴⁹, la gestión indirecta de servicios sociales en la comunidad autónoma se realizaba a través de convenios de colaboración y de contratos de gestión de servicio público, en las modalidades de concierto y concesión. Pero debe señalarse que, aunque la legislación vigente respeta el esquema habitual de los modos de gestión en las leyes autonómicas de servicios sociales, también ha establecido una clara preferencia a favor del concierto social, que se configura como una variedad contractual con notables particularidades frente a los contratos típicos regulados en la LCSP.

En efecto, el artículo 100.1 de la LSSA prevé que la prestación de los servicios del Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía se organice “a través de las siguientes fórmulas: gestión directa, régimen de concierto social previsto en esta ley y gestión indirecta en el marco de la normativa de contratación del sector público, garantizando, en todo caso, los principios de igualdad y no discriminación, publicidad y transparencia”. Por tanto, con la excepción de un número reducido de prestaciones que se reservan a la gestión directa (artículo 44 de la LSSA), si la Administración recurre a la gestión indirecta debe emplear en primer lugar el concierto social. Conforme a los artículos 108 y 110 de la LSSA, únicamente cabría recurrir a otros instrumentos (contratos del sector público y convenios con entidades de iniciativa social con experiencia acreditada) cuando motivadamente no sea posible la aplicación del concierto social⁵⁰. El artículo 108

LÓPEZ, P., “El régimen jurídico administrativo de los servicios sociales en Andalucía: principales aportaciones de la nueva Ley 9/2016, de 27 de diciembre”, en GONZÁLEZ RÍOS, I. (directora), *Servicios de interés general y protección de los usuarios*, Dykinson, 2018, pp. 249-295; GARRIDO JUNCAL, A., “Análisis de la futura Ley de servicios sociales de Andalucía”, *Administración & Ciudadanía*, vol. 10, nº 2 (2015), pp. 235-250; y NÚÑEZ LOZANO, M.C., “La nueva regulación de los derechos y de la atención a las personas con discapacidad en Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 99 (2017), pp. 431-440.

⁴⁹ En el ámbito de competencias de la Consejería competente en materia de servicios sociales y de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía el primero ha sido el concierto de plazas para la prestación de los servicios de atención residencial, centro de día y centro de día con terapia ocupacional para personas con discapacidad en situación de dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía, adjudicado el 9 de mayo de 2019 (Número de expediente: CA-15/2018). Pero quedan por convocar los conciertos de atención a las drogodependencias y adicciones y los contratos vigentes que tienen por objeto servicios relacionados con infancia y familias (centros de protección de menores, servicios de inserción social y laboral, etc.).

⁵⁰ Esta posibilidad también se ha contemplado en los artículos 69 y 70 de la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma del País Vasco y en el artículo 44 octies de la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de servicios sociales del Principado de Asturias (en la redacción dada por la Ley 9/2015, de 20 de marzo). Este último precepto ha sido recientemente derogado, por la Ley del Principado de Asturias 3/2019, de 15 de marzo, sobre acción concertada con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro para la prestación de servicios de carácter social, que ha configurado la acción concertada como un instrumento de naturaleza no contractual.

solo permite recurrir a las figuras de la Ley de Contratos del Sector Público “cuando por la naturaleza o por el carácter del tipo de prestación de servicios sociales” no sea de aplicación el régimen de concierto social. El artículo 110 solo permite utilizar la figura del convenio “con entidades de iniciativa social con experiencia acreditada en la materia de que se trate para la provisión de prestaciones del Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales en aquellos supuestos que, por razones de urgencia, la singularidad de la actividad o prestación de que se trate, o su carácter innovador y experimental, aconsejen la no aplicación motivada del régimen de concierto social”.

De lo anterior se deduce que el concierto social es una modalidad contractual con entidad propia. Así lo afirma también el artículo 101.3 LSSA, cuando dispone que el concierto social “se establece como una modalidad diferenciada del concierto regulado en la normativa de contratación del sector público, siendo necesario establecer condiciones especiales, dadas las especificidades de los servicios sociales debiendo cumplir los principios informadores de la normativa europea en materia de concertación”⁵¹. Esto supondrá que, en la medida en que se vayan sustituyendo los conciertos y convenios vigentes⁵², las relaciones entre la Administración responsable del servicio social y las entidades que colaboren en su prestación van a dejar de someterse en primer término a la legislación de contratos del sector público para regularse por las normas que configuran ese nuevo contrato especial.

⁵¹ También los artículos 17 y 34 de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía califican el concierto social como “modalidades diferenciadas de las recogidas en la normativa de contratación del sector público”.

⁵² Hasta su paulatina sustitución por los correspondientes conciertos sociales, el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales, ha previsto el mantenimiento de los contratos de gestión de servicios públicos hasta la entrada en el servicio efectivo de la entidad adjudicataria del concierto social que los sustituya. Esta solución, que está en consonancia con la disposición transitoria primera de la LCSP, supone que hasta ese momento se regirán por el Derecho vigente en el momento en que fueron adjudicados. No obstante, esa misma disposición les pone fecha de caducidad, puesto que ha previsto la sustitución de los convenios o contratos vigentes por conciertos sociales (apartado primero) en el plazo de dos años desde la entrada en vigor del Decreto. Considera el Consejo de Gobierno que es un plazo suficiente para que las entidades interesadas puedan prepararse para el nuevo marco normativo y para que las Administraciones Públicas puedan preparar y adjudicar los nuevos conciertos sociales. Quizá sea una previsión demasiado optimista, pero, en cualquier caso, se trata de un plazo improrrogable, ya que que el apartado tercero de la disposición transitoria primera establece que “en todo caso, transcurrido el plazo de dos años desde la entrada en vigor del presente Decreto, quedarán extinguidos los convenios y contratos a los que se refiere el apartado 1”. Esta disposición ha causado graves problemas a la finalización del plazo de dos años, puesto que no se habían sustituido todos los contratos de gestión de servicios sociales celebrados durante la vigencia del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que, a diferencia de la vigente LCSP, no contemplaba expresamente la posibilidad de ordenar a la empresa adjudicataria la continuidad de la prestación del servicio, de forma transitoria, una vez vencido el plazo de duración del contrato. Por ello fue necesario modificar la disposición transitoria primera del Decreto 41/2018 por el Decreto 20/2020, de 10 de febrero, y prorrogar el plazo de dos años hasta el 24 de noviembre de 2020. Esto únicamente ha sido una patada adelante, puesto que llegada esa fecha el problema se reproduce para los contratos de servicios o prestaciones sociales que habiéndose celebrado conforme a la legislación de contratos del sector público no hayan sido sustituidos por conciertos sociales.

2.2 Marco jurídico

En Andalucía el concierto social se regula en el Capítulo II del Título IV de la LSSA (artículos 101 a 107), en el marco de la “regulación de la iniciativa privada y social”. Las Administraciones Públicas competentes pueden acogerse a esta figura para atender las necesidades específicas de las personas usuarias de los servicios o prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía. También la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía⁵³ (LDAPDA), prevé su utilización para la prestación de los servicios de atención infantil temprana (artículo 17.4) y los servicios sociales destinados a las personas con discapacidad prestados por la iniciativa privada (artículo 34.4).

Esa regulación precisaba del correspondiente desarrollo reglamentario, por lo que el artículo 101.4 LSSA remite a la aprobación de esa norma los aspectos y criterios a los cuales han de someterse los conciertos sociales⁵⁴. En cumplimiento de tal previsión se aprobó el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales⁵⁵. En su artículo 1, como tendremos ocasión de analizar posteriormente, el concierto social se configura como un contrato administrativo especial, de acuerdo con el artículo 25.1.b) de la LCSP, por lo que en defecto de regulación expresa en el Decreto 41/2018 se aplicarán la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP), en lo que no se opongan a la LCSP. Por último, con carácter supletorio se aplicarán las restantes normas de Derecho Administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho Privado.

⁵³ Vid. NÚÑEZ LOZANO, “La nueva regulación...”, cit., pp. 431-440.

⁵⁴ En el artículo 101.4 LSSA se dispone que “Estos aspectos y criterios se referirán al cumplimiento de los requisitos previstos, a la tramitación de la solicitud, a la formalización, condiciones de actuación de las entidades concertadas, a la vigencia o la duración máxima del concierto y sus causas de extinción, a las condiciones para su renovación o su modificación, a las obligaciones de las entidades que presten el servicio concertado y de la Administración Pública otorgante del concierto social, a la sumisión del concierto al derecho administrativo, y otras condiciones necesarias en el marco de lo previsto en la presente ley”.

⁵⁵ También en el Decreto 85/2016, de 26 de abril, por el que se regula la intervención integral de la Atención Infantil Temprana en Andalucía se ha previsto la posibilidad de organizar la prestación del servicio de Atención Infantil Temprana, dirigida a la población infantil menor de seis años afectada por trastornos en el desarrollo o con riesgo de padecerlos, a través de conciertos sociales, entendidos estos como modalidades diferenciadas de las recogidas en la normativa de contratación del sector público. En desarrollo de esta previsión se aprobó el Decreto 57/2020, de 22 de abril, que regula el concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana, que incorpora un modelo similar al del Decreto 41/2018. Vid. PIZARRO NEVADO, R., “El concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana en Andalucía”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, nº 14 (2020).

3. CONFIGURACIÓN LEGAL Y NATURALEZA JURÍDICA

Como se ha adelantado, en Andalucía el concierto social se ha configurado como una modalidad diferenciada de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público (artículo 101.3 LSSA). Es preciso por tanto detenerse en su configuración legal para indagar sobre sus rasgos característicos y determinar su naturaleza jurídica, aspecto este último que la LSSA no termina de precisar, y para entender en último término la razón de esa diferenciación.

3.1 Del ambiguo tratamiento del concierto social en la Ley de Servicios Sociales de Andalucía

No siempre resulta sencillo determinar la naturaleza jurídica del concierto social, puesto que, como se ha explicado, el legislador autonómico puede optar entre varias configuraciones para garantizar la satisfacción los intereses generales y los derechos de los destinatarios de los servicios sociales⁵⁶. El artículo 101.1 de la LSSA es buena muestra de esa dificultad, puesto que define el concierto social como “el instrumento por medio del cual se produce la prestación de servicios sociales de responsabilidad pública a través de entidades, cuya financiación, acceso y control sean públicos”. Se trata de una definición vaga, que podría dar cobertura, a la vista de las consideraciones hechas en el apartado anterior, tanto a soluciones de carácter organizativo como a las de naturaleza contractual.

El resto de los preceptos de la LSSA tampoco contribuyen a esclarecer la cuestión. Por ejemplo, la referencia contenida en el apartado tercero del artículo 101 al concierto social como “modalidad diferenciada” podía sugerir que el concierto social es una variedad del concierto regulado en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y por tanto su naturaleza contractual. También hay que tener en cuenta que el concierto social se regula en el capítulo II del Título IV de la LSSA (artículos 101 a 107), mientras que la participación de la iniciativa privada en el marco de contratación del sector público se regula en el capítulo III del mismo título. Este dato, que por sí solo puede parecer insuficiente para negar la naturaleza contractual del concierto social, adquiere más relevancia si se pone en relación con otros dos preceptos. El artículo 100 de la LSSA opta por una clasificación trimembre de los modos de gestión de los servicios sociales, distinguiendo entre “gestión directa, régimen de concierto social previsto en esta ley y gestión indirecta” (apartado primero); y el artículo 108 establece que “se podrá recurrir a la gestión indirecta”, prevista en la legislación general de contratación del sector público, cuando por la naturaleza o por el carácter del tipo de prestación de servicios sociales, de responsabilidad pública, que se pretende concertar con la iniciativa privada “no sea de aplicación motivada el régimen de concierto social”.

⁵⁶ Vid. GARRIDO JUNCAL, *Los servicios sociales en el S. XXI*, cit., pp. 227-237; o PIZARRO NEVADO, R., “El concierto social...”, cit., pp. 94 - 95.

3.2 El concierto social como contrato administrativo especial

Considero, sin embargo, que esa regulación, aun no siendo esclarecedora, no niega el carácter contractual del concierto social, sino que se explica porque se quiere configurar como un contrato especial, distinto a los contratos típicos de la legislación de contratos del sector público que también pueden emplearse para la gestión indirecta de servicios públicos⁵⁷.

Desde luego la llamada “diferenciación” no es razón para negar que estemos de un auténtico contrato administrativo, puesto que estamos ante un negocio jurídico mediante el que la Administración asume determinados compromisos, fundamentalmente la asignación de fondos públicos para el sostenimiento de los centros y servicios concertados, mientras que las entidades prestadoras se comprometen a proveer determinados servicios sociales a los usuarios que designe la Administración y de acuerdo con las normas administrativas que los regulen. Esa estructura sinalagmática es característica de un contrato administrativo. Esa misma consideración es la que parece inspirar los artículos 17 y 34 LDAPDA, en los que se alude a los conciertos sociales para la prestación del servicio de atención infantil temprana y los que se suscriban para la prestación de servicios sociales destinados a las personas con discapacidad como “modalidades diferenciadas de las recogidas en la normativa de contratación del sector público”. En ambos casos se asume la naturaleza contractual del concierto social y consecuentemente los procedimientos para su formalización se someten a los principios de publicidad, transparencia y no discriminación (34.4 LDAPDA). Así lo ha entendido también el Consejo de Gobierno, que en el Decreto 41/2018 ha definido el concierto social como un contrato administrativo especial.

Esa calificación supone un cambio radical en su régimen jurídico, puesto que el concierto social va a contar con una regulación *ad hoc* fundamentada en la necesidad de “establecer condiciones especiales” para dar respuesta a las especificidades y principios informadores de los servicios sociales, considerando la “normativa europea en materia de concertación”⁵⁸. Esa regulación especial será la que se aplicará directamente al concierto social, en lugar de la LCSP, que pasa a funcionar en relación con el concierto social como una red de cobertura frente a eventuales lagunas en su regulación. Como ha señalado

⁵⁷ Es la misma consideración que se le atribuye en otras leyes autonómicas, como la Ley 13/2008, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia (tras su reforma por Ley 8/2016, de 8 de julio), en cuyo artículo 33 *bis* se afirma que el concierto social es una “modalidad contractual diferenciada de la del concierto general recogido en la norma general de contratos del sector público”; o la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de servicios sociales del Principado de Asturias (tras su reforma por Ley 9/2015, de 20 de marzo). Debe recordarse que la vigente Ley del Principado de Asturias 3/2019, de 15 de marzo, sobre acción concertada con entidades de iniciativa social sin ánimo de lucro para la prestación de servicios de carácter social, ha configurado la acción concertada como un instrumento de naturaleza no contractual.

⁵⁸ Esa justificación es asumida por la propia LSSA, en cuya exposición de motivos se indica que la especificidad del concierto social “radica en la singularidad de los servicios sociales que se prestan y que tiene amplia acogida en derecho comparado español”.

oportunamente el Consejo Consultivo de Andalucía, la configuración del concierto social como contrato administrativo especial permitirá aplicar la LCSP para colmar las numerosas lagunas de su régimen jurídico⁵⁹, que son comunes en la normativa de otras Comunidades Autónomas que han optado por su configuración como un instrumento no contractual y en la que no resulta tan clara esa solución⁶⁰.

Además, optar por esta configuración supone que la aplicación de esa regulación especial seguirá unos esquemas bien conocidos por la Administración. Por ejemplo, el Decreto 41/2018 regula un procedimiento típicamente contractual: expediente de contratación, convocatoria de la licitación, pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas, presentación de ofertas, etc.

3.3 Prioridad condicionada de las entidades de iniciativa social

La naturaleza especial del concierto social sirve también para justificar que el legislador andaluz le otorgue el carácter preferente al que aludimos en el apartado 2.1, por lo que solo se admitirá la utilización de los contratos típicos de la LCSP como modo de gestión indirecta con carácter subsidiario. Pero ahora lo que interesa es llamar la atención sobre posición de ventaja que la LSSA reconoce a las entidades de iniciativa social frente a las entidades mercantiles en la adjudicación del concierto social.

Este es uno de los puntos más controvertidos del régimen jurídico del concierto social⁶¹. Sin duda, este tipo de entidades, que actúan sin ánimo de lucro, movidas únicamente por un objetivo de solidaridad, han demostrado -especialmente en el ámbito de los servicios sociales (centros de salud mental)- que son capaces de ofrecer resultados económicos,

⁵⁹ En particular habrá que prestar atención a las reglas del contrato de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía. También se aplicarán con carácter supletorio el Real Decreto 817/2009, el Real Decreto 1098/2001 y las restantes normas de Derecho Administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho Privado.

⁶⁰ Véase el Dictamen 58/2018, de 7 de febrero, sobre el Proyecto de Decreto por el que se regula la prestación de los Servicios Sociales a través de la figura del Concierto Social en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Sobre la inseguridad jurídica en los conciertos sociales regulados como instrumentos organizativos vid. EZQUERRA HUERVA, A., “Epílogo. Algunas reflexiones jurídicas acerca del futuro de los servicios sociales”, *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de Servicios Sociales. Una perspectiva interdisciplinar*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 442; o FUENTES I GASÓ, “El régimen jurídico..., cit., pp. 221-223.

⁶¹ GIMENO FELIU ha advertido de los riesgos de romper el principio de igualdad entre distintos proveedores y de la necesidad de justificar que realmente se dan las circunstancias que permiten ese trato “privilegiado”. Recuerda que no es suficiente con ser una entidad sin ánimo de lucro, pues el Derecho europeo exige que se trate de organizaciones vinculadas al principio de solidaridad, e insiste en que no puede pervertirse la regla de la mejor eficiencia y calidad en la prestación de los servicios sociales, pues es esta la única justificación admisible para este tipo de soluciones (y no las preferencias ideológicas). Vid. GIMENO FELIU, J.M., “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 52 (2018), p.41; GARRIDO JUNCAL, “Análisis..., cit. p. 244-245; o EZQUERRA HUERVA, “Epílogo..., cit., p. 441.

responsabilidad institucional y una elevada calidad prestacional. Seguramente esa evidencia explica las notables singularidades que el Derecho de la UE y el español han incorporado al régimen jurídico de las entidades de iniciativa social⁶². Una de las más evidentes es el papel privilegiado que las leyes autonómicas de servicios sociales conceden a este tipo de entidades como colaboradoras de la Administración en la provisión de estos servicios.

Pero a partir de ese rasgo común hay que diferenciar varios modelos en la legislación autonómica. Sin duda, el más criticado ha sido el que solo permite establecer conciertos sociales con entidades privadas sin ánimo de lucro, a las que se concede por tanto un régimen de exclusividad. Así está previsto, por ejemplo, en el reciente Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y sociosanitario en Extremadura⁶³. Es el mismo esquema sobre el que se construyen también los acuerdos de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario que regula la Ley de la Comunidad de Aragón 11/2016, de 15 de diciembre, que solo pueden celebrarse con otras entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro (artículo 2), aunque en la legislación aragonesa se sirven para ello de un instrumento de naturaleza no contractual y se limita su retribución al reintegro de los costes de la prestación, excluyendo la posibilidad de que la entidad concertada obtenga cualquier tipo de beneficio industrial⁶⁴.

En la regulación andaluza se ha optado por otra alternativa, que podemos denominar de “prioridad condicionada”. Dado que en Andalucía la gestión indirecta de servicios sociales se canaliza a través de instrumentos contractuales, se respeta la lógica de la competencia. Por ello para colaborar en la provisión de servicios del Sistema Público de Servicios Sociales pueden concurrir tanto entidades con ánimo de lucro como entidades que carezcan de él. No obstante, la legislación andaluza prioriza a las entidades de iniciativa social frente al resto de licitadores cuando presenten ofertas equivalentes. Esa regla se establece con carácter general en el artículo 100 de la LSSA, que obliga a las Administra-

⁶² LOPES MARTINS incluso ha concluido que las directivas de contratos públicos han configurado un estatuto autónomo para las entidades privadas sin ánimo de lucro, que se justificaría por la importancia estratégica que estas entidades adquieren para la UE y para las políticas de los distintos Estados. Vid., “Breves nótulas sobre o “novo estatuto” das instituições particulares de solidariedade social no Direito nacional e no Direito da União Europeia”, *Cooperativismo e Economía Social*, núm. 37 (2015), pp. 143-144.

⁶³ En su artículo 5 se establece como primer requisito para acceder al régimen de concierto social ser “entidades sin ánimo de lucro constituidas y registradas como tales, que tengan asumidas estatutariamente la reinversión en sus fines sociales de cualquier posible beneficio”.

⁶⁴ LAZO VICTORIA se ha ocupado del Decreto-ley aragonés, que justifica ese trato diferenciado en el hecho de que la entidad sin ánimo de lucro solo percibe el coste de las prestaciones concertadas, sin incluir beneficio industrial. La entidad con ánimo de lucro que legítimamente aspira a obtenerlo por su colaboración con la Administración debería someterse para ello a un proceso de contratación en el que se garanticen los principios de publicidad y competencia. Vid. LAZO VICTORIA, X., “La figura del “concierto social” tras las Directivas europeas de contratación pública”, en el blog del *Observatorio de Contratación Pública*, 2016 [Disponible en: <http://www.obcp.es/>. Fecha de consulta: 25 de marzo de 2019].

ciones contratantes a dar prioridad en el establecimiento de conciertos y contratos “a las entidades de la iniciativa social, de economía social, cooperativas y pequeñas y medianas empresas” cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social (apartado cuarto). La preferencia por las entidades de iniciativa social se potencia en el caso del concierto social, puesto que el artículo 101 de la LSSA concede esa prioridad a las entidades de ese tipo “cuando existan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social” en las ofertas presentadas para la gestión de los servicios previstos en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía mediante este contrato especial (apartado primero). Solo cabría celebrar un concierto social con entidades privadas con ánimo de lucro excepcionalmente, cuando se compruebe por la Administración contratante que no existen entidades de iniciativa social que cumplan las condiciones establecidas en la LSSA (artículo 101.2). Y la misma regla se encuentra en el artículo 34 LDAPDA, que concede preferencia en el establecimiento de conciertos sociales a las entidades “sin ánimo de lucro, promovidas por las personas con discapacidad, sus familiares o sus representantes legales” frente a otros sujetos en caso de “igualdad de condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social” (apartado quinto).

Para determinar qué se considera entidad de iniciativa social hay que acudir al artículo 3 de la LSSA, que las caracteriza por la ausencia de ánimo de lucro. En su apartado séptimo se incluyen en el concepto de entidad de iniciativa social “[l]as fundaciones, asociaciones, organizaciones de voluntariado y demás entidades e instituciones sin ánimo de lucro, a excepción de las entidades públicas territoriales, que realizan actividades de servicios sociales”. Añade, además, que se consideran entidades de iniciativa social las sociedades cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro conforme a su normativa específica. Como cautela adicional podría haberse indicado, como hace alguna otra norma autonómica⁶⁵, que debe comprobarse que sobre dichas entidades no ostenten un dominio efectivo entidades que operen con ánimo de lucro.

4. ELEMENTOS SUBJETIVOS

Los sujetos que intervienen en el concierto social son dos, los entes públicos con competencias sobre servicios sociales y sus contrapartes, a las que el artículo 2 del Decreto 41/2018 alude como las «entidades prestadoras de servicios sociales de los previstos en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía». En relación con estas últimas hay que identificar los requisitos que deben reunir para concurrir en el procedimiento de contratación.

⁶⁵ Véase el art. 7 bis de la Ley 3/2003, de 10 de abril, de servicios sociales de la Región de Murcia (reformada por Ley 5/2016, de 2 de mayo)

4.1 Las Administraciones contratantes

El régimen jurídico que se analiza se aplica a los conciertos sociales que suscriban en el ámbito de sus competencias sobre servicios sociales la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales, así como las Entidades Locales y sus entes vinculados o dependientes (artículo 2 del Decreto 41/2018). Por tanto, para determinar cuál de estos entes puede adjudicar un concierto social hay que estar a la responsabilidad en la prestación del servicio⁶⁶.

También hay que advertir que, además de ser un contrato administrativo, el Decreto 41/2018 atribuye a la entidad pública que suscribe el concierto social importantes prerrogativas para la interpretación y modificación del concierto social, lo que limita el ámbito subjetivo de este reglamento, que queda reducido a las entidades de naturaleza jurídico-administrativa que integran el sector público andaluz o local. En el caso de la Administración de la Comunidad Autónoma es inevitable aludir a la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, creada en virtud del artículo 18.1 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, y adscrita en la actualidad a la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación. Entre sus fines generales destaca 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, para lo cual ha comenzado a suscribir conciertos sociales. Por el contrario, no pueden suscribir conciertos sociales las sociedades mercantiles del sector público andaluz, que tienen por objeto “la realización de actividades comerciales o de gestión de servicios en régimen de mercado, actuando bajo el principio de la libre competencia”, y que “[e]n ningún caso podrán ejercer potestades administrativas” (artículo 75.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía) ni las fundaciones del sector público andaluz (artículo 78 de la misma Ley).

El mismo razonamiento debe aplicarse al sector público local, por lo que solo es admisible la suscripción de conciertos sociales por parte de las corporaciones locales o las entidades de su sector público naturaleza administrativa⁶⁷. Por no poder ejercer potestades administrativas y carecer de esa naturaleza no podrán suscribirlos las sociedades mercantiles locales que eventualmente puedan colaborar en la gestión de estos servicios (artículo 38 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía) ni las fundaciones públicas locales (artículo 40 de la misma Ley).

⁶⁶ Si tomamos como ejemplo una de las prestaciones garantizadas del Catálogo de Prestaciones enumeradas en el artículo 42 LSSA, el servicio de ayuda a domicilio de los servicios sociales comunitarios, comprobamos que se atribuye como competencia propia a los entes locales (artículo 51 LSSA). Serán por tanto estas entidades, o sus entes instrumentales cuando la tengan atribuida, quienes suscriban los conciertos sociales necesarios para su gestión indirecta, si se opta por esa fórmula.

⁶⁷ Entes como, por ejemplo, el Instituto Provincial de Bienestar Social, Organismo Autónomo Local de naturaleza administrativa creado por la Diputación Provincial de Córdoba, que tiene encomendada, entre otras materias, la gestión de los servicios sociales comunitarios de competencia provincial.

4.2 Requisitos que deben reunir las entidades que suscriban el concierto social

Esta es precisamente una de las cuestiones en que la regulación del concierto social muestra mayores diferencias con el régimen ordinario de los contratos del sector público, además de haber supuesto un aumento de los requisitos para poder colaborar con la Administración en la gestión de servicios sociales. Para suscribir este tipo de contrato la entidad prestadora de servicios sociales de los previstos en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía debe cumplir los requisitos fijados en el artículo 105 de la LSSA y los que reglamentariamente puedan establecerse.

Lógicamente, aunque en el Decreto 41/2018 no se aluda expresamente a ello⁶⁸, solo podrán celebrar este tipo de contrato las personas naturales o jurídicas⁶⁹, españolas o extranjeras⁷⁰, que tengan plena capacidad de obrar (artículo 65.1 de la LCSP). A partir de ese punto, el artículo 105.1 de la LSSA establece determinados requisitos relativos a la organización, actividad previa, etc., que el licitador debe acreditar al concurrir en el procedimiento de adjudicación, y que se resumen básicamente en disponer de la acreditación administrativa (artículo 84.1) y de los medios y recursos necesarios para prestar los servicios concertados, y estar inscrito en el Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales (artículo 100.6), todo ello en los términos que reglamentariamente se determinen⁷¹. Los requisitos enumerados en el artículo 105 de la LSSA no son otra cosa que una concreción de lo anterior que, en último término, pretenden constatar que el centro o servicio objeto de concierto reúnen un elevado nivel de calidad. Esa comprobación debe hacerse considerando en cada caso a las características del centro o servicio que se pretende concertar, lo que se consigue con la remisión al contenido de normas reglamentarias y con el recurso al mecanismo de control administrativo de la calidad regulado en el artículo 84 de la LSSA, la acreditación administrativa, que es en definitiva una homologación técnica del centro o del servicio social de acuerdo con un protocolo definido por la Administración⁷², puesto que dicho centro o servicio va a convertirse en una pieza del Sistema Público de Servicios Sociales.

⁶⁸ Únicamente el artículo 14.3 del Decreto 41/2018 alude indirectamente a esta cuestión, cuando dispone que “[l]a convocatoria de licitación podrá contemplar la posibilidad de presentar declaración responsable sobre la aptitud para contratar de la entidad”. Entendemos que alude a la aptitud para contratar con las Administraciones Públicas, que en todo caso incluye la plena capacidad de obrar (artículo 65 de la LCSP).

⁶⁹ Debe recordarse, además, que el artículo 66.1 de la LCSP solo permite la adjudicación de contratos administrativos a personas jurídicas cuando las prestaciones comprometidas estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad establecido en sus estatutos o reglas fundacionales.

⁷⁰ Para las entidades comunitarias o de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y entidades no comunitarias habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 67 y 68 de la LCSP.

⁷¹ Este conjunto de exigencias es común a las diversas regulaciones de la acción concertada en España. Vid. GARRIDO JUNCAL, *Los servicios sociales en el S. XXI*, cit., pp. 270-276

⁷² El artículo 84 de la LSSA configura la acreditación administrativa como un requisito básico para concertar plazas o servicios con la Administración de Servicios Sociales y su finalidad es clara: asegurar el cumplimiento de los requisitos de calidad de los centros y servicios objeto de concierto. Mediante la acreditación la Consejería

El artículo 105.1 de la LSSA establece los siguientes requisitos, que reitera con mínimas precisiones el artículo 8.1 del Decreto 41/2018:

- a) Haber prestado atención de manera continuada, durante el tiempo que se determine en función de la naturaleza del servicio, a personas, familias o grupos con necesidades similares a las de las personas destinatarias del servicio o centro cuya concertación solicita.
- b) Acreditar su presencia previa en la zona en la que se vaya a prestar el servicio.

La controversia provocada por este requisito fue resuelta por Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía⁷³, que ha supuesto que se interprete en el sentido de que basta con que en el momento de presentar su oferta la entidad disponga de medios materiales y personales suficientes para prestar el servicio ofertado, según el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, así como en la normativa que le sea de aplicación. Para mayor claridad, el Decreto 41/2018 ha precisado que “Ello no implicará acreditar la implantación funcional o prestación efectiva del servicio objeto de prestación en dicha área” (artículo 8.1.b).

competente en materia de servicio sociales constata que la entidad solicitante cumple con las “especificaciones concretas, parámetros y estándares de calidad de referencia de las infraestructuras físicas y rotacionales, recursos humanos y demás aspectos de carácter organizativo y de funcionamiento de los servicios y centros” que se fijen reglamentariamente (apartado tercero). En relación con el desarrollo reglamentario hay que tener en cuenta el Decreto 187/2018, de 2 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Comunicación, Autorización y Acreditación Administrativas en el ámbito de los Servicios Sociales de Andalucía, y del Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales y deroga el Decreto 87/1996, de 20 de febrero, por el que se regula la autorización, registro y acreditación de los servicios sociales de Andalucía. En el Decreto 187/2018 se faculta a la persona titular de la Consejería para adoptar las disposiciones necesarias para la aprobación de las guías sobre condiciones y criterios comunes que han de reunir, para su acreditación administrativa, los servicios, centros y, en su caso, entidades para concertar plazas o servicios con la Administración de servicios sociales, o sus entidades instrumentales. En esas guías se determinarán los parámetros y criterios de calidad de referencia de las infraestructuras físicas y dotacionales, recursos humanos y demás aspectos de carácter funcional y organizativo que han de cumplir los servicios y centros de servicios sociales, para el otorgamiento de las acreditaciones administrativas. En tanto no se aprueben las nuevas guías, seguirá siendo de aplicación la regulación vigente a la entrada en vigor del Decreto 187/2018, como la Orden de 1 de julio de 1997, por la que se regula la acreditación de los centros de atención especializada a las personas mayores y personas con discapacidad, en cuanto no se oponga a sus disposiciones.

⁷³ La controversia fue resuelta por Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía, publicado en el BOE por Resolución de 26 de octubre de 2017, de la Secretaría General de Coordinación Territorial (BOE n.º 273 de 10 de noviembre de 2017), interpretado en el siguiente sentido:

La “presencia previa” se entiende en su sentido más literal como mera existencia, real o hipotética, de la entidad en el área territorial en su sentido más amplio, es decir, no supone una implantación funcional o prestación efectiva del servicio objeto de prestación como requisito previo de acceso al concierto social. No implica exigir una experiencia prestadora de servicio social de forma necesaria, ni siquiera que haya estado operando en el momento de acceder al concierto.

De la misma manera, la “zona” es un concepto genérico sin significado técnico preciso, por lo que no se entiende como zona acotada específica que pueda significar una restricción territorial.

- c) Acreditar que en su organización actúan con pleno respeto y cumplimiento de la normativa laboral, mediante la articulación de medidas orientadas a la estabilidad laboral y la calidad del empleo⁷⁴.
- d) Acreditar la titularidad del centro o ser titulares de un derecho real de uso y disfrute sobre el mismo, que, en cualquier caso, no podrá ser inferior al período de vigencia del concierto. Cuando la persona titular del centro no sea propietaria del local o edificio, deberá acreditar que cuenta con la autorización de la persona titular propietaria para destinarlo al fin del concierto.
- e) Acreditar que en su organización, funcionamiento e intervención actúan con pleno respeto al principio de igualdad, mediante la integración efectiva de la perspectiva de género y la articulación de medidas o planes de igualdad orientados a dicho objetivo, en particular medidas orientadas a la conciliación de la vida familiar y laboral.
Este inciso ha sido objeto de una mayor precisión en el artículo 8.1.e) del Decreto, en el que se han establecido dos modos de acreditarlo. Cuando la entidad cuente con más de con más de doscientas cincuenta personas trabajadoras debe acreditar que cuenta con un Plan de Igualdad y su efectiva aplicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 45.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Cuando la entidad cuente con un número inferior de trabajadores puede acreditar el cumplimiento de este requisito aportando los “documentos que justifiquen su aplicación o mediante la relación de personas trabajadoras que se beneficien de las medidas, que en su organización, funcionamiento e intervención actúan con pleno respeto al principio de igualdad entre mujeres y hombres, mediante la integración efectiva de la perspectiva de género y la articulación de medidas o planes de igualdad orientados a dicho objetivo, en particular medidas orientadas a la conciliación de la vida familiar y laboral”.
- f) Contar con la debida autorización de funcionamiento.
- g) Estar inscritas en el Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales⁷⁵.
- h) Contar con autorización y acreditación administrativa debidamente inscrita en el Registro de Entidades, Centros y Servicios Sociales, en los términos que reglamentariamente se determinen.

El artículo 8.4 del Decreto 41/2018 añade a lo anterior un nuevo requisito, que en realidad es la constatación del cumplimiento de una obligación derivada de normas sectoriales. Así, exige que la entidad licitadora acredite que cumple con la cuota de reserva en favor de las personas trabajadoras con discapacidad o que ha adoptado las medidas alternativas previstas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril⁷⁶.

⁷⁴ El Decreto exige en su artículo 8.1.c) que las medidas implantadas se justifiquen documentalmente.

⁷⁵ Este inciso recoge lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 86 de la LSSA, en el que se dispone que la inscripción de las entidades, de los centros y de los servicios en dicho Registro “será requisito para la celebración de conciertos, concesión de subvenciones o cualquier clase de ayuda de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de servicios sociales”.

⁷⁶ De acuerdo con lo previsto en el artículo 42.1 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de

Además de las precisiones a los requisitos del artículo 105 de la LSSA ya comentadas, el artículo 8 del Decreto 41/2018 contempla la posibilidad de que en los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares se introduzcan una serie de requisitos adicionales. El apartado segundo recuerda que las entidades licitadoras deben contar con las autorizaciones de funcionamiento que la legislación sectorial haya podido establecer para la concreta actividad que se quiere concertar y establece, para mayor seguridad jurídica, que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que rijan el procedimiento de contratación se especifiquen las requeridas en cada concierto social.

Por otra parte, el apartado tercero del artículo 8 prevé que en los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares se incluyan requisitos adicionales para constatar las condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social, siempre teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la prestación de servicios sociales a concertar. Se abre así un ámbito de discrecionalidad que lógicamente queda acotado por la finalidad señalada. Además, hay que entender que esos requisitos adicionales a los que alude el artículo 8.3 del Decreto 41/2018 son las condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social que se regulan en el artículo 9 de la misma norma y de las que nos ocuparemos en el apartado 5.2.2.

4.3 Las prohibiciones para contratar

Además de cumplir estos requisitos, el licitador no puede estar incurso en ninguna de las prohibiciones para contratar. Este aspecto se regula en el artículo 11 del Decreto 41/2018, que lleva por título precisamente el de “prohibiciones para contratar”, aunque en él no se encuentra una regulación autónoma. En realidad, contiene una doble remisión: al artículo 71 de la LCSP y al artículo 13.2 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía. En ambos casos las prohibiciones para contratar se han configurado como circunstancias objetivas que impiden la contratación con el sector público por quien se encuentre incurso en ellas.

Tampoco existe en el Decreto 41/2018 ninguna regla especial sobre el procedimiento a seguir para apreciar la existencia de alguna de esas causas, porque el apartado segundo de su artículo 11 indica que el procedimiento de declaración, competencia, alcance y duración de las prohibiciones para contratar se regirá por lo establecido en la normativa de contratos del sector público⁷⁷.

noviembre, debe tener en su plantilla un número de personas trabajadoras con discapacidad que constituya al menos el dos por ciento, siempre que se trate de entidades con un número igual o superior a cincuenta personas trabajadoras. Excepcionalmente podrían quedar exentos de esa obligación si se dan las condiciones previstas en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de las personas trabajadoras con discapacidad.

⁷⁷ Sobre esos extremos vid. AYMERICH CANO, C., “Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 53 (2019), pp. 306-343; DÍEZ

4.4 Solvencia técnica o profesional, compromiso de adscripción de medios y solvencia económica y financiera

Además de satisfacer las condiciones reglamentarias para poder suscribir un concierto social y de no incurrir en ninguna prohibición para contratar, circunstancias todas ellas que tienen que ver con la capacidad del licitador para contratar con la Administración, en el procedimiento de contratación las entidades también deben acreditar que reúnen las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se especifiquen en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) en atención al concreto objeto del concierto social. Este segundo grupo de exigencias persigue comprobar la aptitud de los licitadores para ejecutar la prestación objeto del contrato. Consecuentemente se constituye en un requisito para participar en el procedimiento y no es un criterio de valoración de las ofertas.

En relación con este aspecto no se aplican las reglas generales de la LCSP, sino las establecidas en la legislación andaluza de servicios sociales y las que puedan fijarse en los pliegos. En el apartado segundo del artículo 105 de la LSSA únicamente se exige que acrediten “los medios y recursos suficientes para garantizar el cumplimiento de las condiciones estipuladas en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, así como el cumplimiento de la normativa que, con carácter general o específico, les sea de aplicación, tanto en función de la naturaleza jurídica de la entidad como en función del tipo de servicio objeto del concierto”. Hay que entender que la entidad que se presente a la licitación debe acreditar que dispone de medios y recursos suficientes, tanto materiales como personales, y que estos son adecuados para la prestación del servicio⁷⁸ (artículo 10.1 del Decreto 41/2018).

La acreditación de la suficiencia e idoneidad de medios y recursos se realiza mediante declaración responsable del licitador, en la que detallará los medios con que cuenta la entidad para la ejecución del concierto social (artículo 10.2 del Decreto 41/2018). No obstante, cuando el objeto del concierto social lo precise, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de cada contrato se indicará si es necesario aportar documentación adicional, como títulos académicos, contratos de trabajo o cualquier otra documentación referida a las instalaciones, medios materiales, personales y equipamiento técnico⁷⁹.

SASTRE, S. et alii, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Iuris Utilitas, A Coruña, 2018, 2ª edición ampliada, pp. 135-146; GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Capítulo XXIII. Las prohibiciones de contratar”, *Tratado de contratos del sector público*, coordinado por GALLEGO CÓRCOLES, I. y GAMERO CASADO, E., Tomo II, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1286-1350; o MEDINA ARNÁIZ, T., “Las prohibiciones de contratar”, en GIMENO FELIU, *Estudio Sistemático...*, cit., pp. 749-802.

⁷⁸ Los criterios para valorar la suficiencia y la adecuación de medios materiales y personales serán los recogidos en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía y en la normativa que le sea de aplicación al servicio objeto del concierto social.

⁷⁹ Como es lógico, la acreditación de esta circunstancia no será necesaria cuando los justificantes obren en poder de la Administración concertante como consecuencia de anteriores procedimientos de contratación. Al respecto debe recordarse lo dispuesto en el artículo 53.1.d) de la Ley 39/2015, de 31 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación a la documentación que ya se encuentre en poder de la Administración Pública o que haya sido elaborada por ésta.

Es una regulación en exceso genérica, por lo que resulta ilustrativo lo que al respecto se ha establecido en el pliego del concierto que se ha adjudicado por la ASSDA para la prestación de servicios sociales a personas con discapacidad en situación de dependencia (expediente CA-15/2018). En este caso la solvencia técnica se acreditaba habiendo prestado de manera continuada durante tres años a personas, familias o grupos con necesidades similares a las de las personas destinatarias de los servicios que se querían concertar.

Para acreditar la solvencia económica y financiera la regla es la misma. En el PCAP del concierto para la prestación de servicios sociales a personas con discapacidad en situación de dependencia se preveía que las entidades pudieran optar entre tres alternativas: declarar que se cuenta con un seguro de responsabilidad civil por los daños que deriven del funcionamiento del centro en el que se encuentren las plazas concertadas y sus instalaciones, por los daños que puedan causar los profesionales y en general cualquier persona dependiente del centro, con unas coberturas de 300.000 euros por siniestro y año; justificar la solvencia económica mediante la cobertura del seguro contratado como condición de la autorización sectorial (por ese importe mínimo); o presentar una declaración apropiada de entidad financiera que indique, de manera expresa, que la entidad tiene solvencia económica y financiera propia o crediticia para cumplir con las obligaciones derivadas del objeto del concierto por un importe equivalente como mínimo, a lo que sería el importe de la anualidad de concertación de todas las plazas ofertadas.

5. OBJETO Y CONTENIDO DEL CONCIERTO SOCIAL

5.1 Objeto

Como expresivamente indica el artículo 103 de la LSSA el concierto social puede tener por objeto⁸⁰:

- a) La reserva y ocupación de plazas para su uso exclusivo por las personas usuarias del Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, cuyo acceso al servicio venga autorizado por el órgano competente mediante la aplicación de los criterios de acceso previstos.

Para entender mejor este primer punto resulta expresiva la práctica administrativa (expediente CA-15/2018). Puesto que el SPSSA se basa, entre otros, en los principios de atención personalizada, arraigo de la persona en el entorno de atención social y libre elección (artículo 102 LSSA), la prestación de los servicios de atención residencial, centros de día y centros de día ocupacionales para personas con discapacidad en situación

⁸⁰ Lo mismo establece el artículo 4 del Decreto. Con una redacción más específica, el artículo 34.4 de la LDAP-DA contempla su utilización para la prestación de servicios sociales destinados a las personas con discapacidad y el 17.4 para la prestación del servicio de atención infantil temprana.

de dependencia se organiza a través de un sistema dinámico y abierto de altas y bajas de los usuarios en el que cabe diferenciar dos momentos. En un primer momento se suscriben los conciertos sociales necesarios para disponer de las plazas necesarias en centros privados tras comprobar la capacidad y solvencia financiera y económica y técnica o profesional de la entidad licitadora y la acreditación de la calidad del centro de servicios sociales donde se propone la concertación de plazas. En esta primera fase se obtiene el estatus de entidad seleccionada por el órgano competente. De hecho, lo que en la práctica suscriben las entidades concertadas es un compromiso de oferta de plazas que quedan a disposición de la Administración concertante para asignarlas a los usuarios que las necesiten, y esta última solo se obliga a abonar el coste de las plazas que hayan sido efectivamente ocupadas por un usuario y por el tiempo que dure su utilización. La adjudicación de plazas a los usuarios se produce por tanto en un momento posterior, a la vista de las preferencias que indique cada usuario, decisión que se recoge en la resolución que aprueba el correspondiente Programa Individual de Atención (PIA). Para ello como es lógico, el órgano competente da traslado previamente a las personas usuarias de las plazas ofertadas y de las mejoras que en su caso hayan incorporado las distintas ofertas⁸¹.

- b) La gestión integral de las prestaciones, programas, servicios o centros, a excepción de las de gestión pública directa contempladas en el artículo 44 de la LSSA, muchas de las cuales (como las valoraciones o la adopción de medidas de internamiento no voluntario) suponen ejercicio de autoridad que, de acuerdo con el artículo 9 del EBEP, únicamente debería realizar personal funcionario. Fundamentalmente este segundo objeto va a suponer la gestión de los servicios dirigidos a promover la autonomía personal y garantizar la atención y protección a las personas en situación de dependencia de acuerdo con las previsiones de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Podrá suscribirse un único concierto que englobe a varios servicios o centros, siempre que éstos tengan el mismo titular (artículo 103.2 de la LSSA y 4.2 del Decreto 41/2018).

5.2 Contenido

A partir del concreto objeto que se quiera concertar se definirá el contenido de cada concierto social, en el que no solo se definirán las relaciones entre la Administración con-

⁸¹ Así se ha previsto 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, que contempla la participación y previa consulta a la persona beneficiaria y en su caso, a sus familiares o entidades tutelares, para la elección del recurso idóneo entre las alternativas previstas en la normativa vigente; y en 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. La asignación de cada plaza corresponde al órgano de contratación, que tendrá en cuenta las solicitudes de asignación de plazas formuladas por los usuarios, según disponibilidad sobre el orden de prioridades marcado por la normativa indicada.

certante y la entidad adjudicataria, sino que también se establecerán las condiciones de funcionamiento del servicio para los usuarios. Es decir, la concreción de las reglas que rigen las relaciones entre la persona usuaria y la entidad que prestará el servicio.

5.2.1 Reglamentación del servicio y pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas

El contenido concreto de cada concierto social, al igual que sucede con cualquier otro contrato administrativo, se articula en torno a dos piezas.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta el marco reglamentario en el que Administración competente fija los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes aplicables a los servicios sociales⁸² y que lógicamente se incorporan a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los pliegos de prescripciones técnicas. A los mismos se incorporan además las condiciones mínimas de eficacia, calidad y rentabilidad social que sean necesarias en cada licitación para atender las necesidades que se quieran atender con el concierto social y las cláusulas sociales y ambientales, que serán comentadas en los siguientes apartados.

Como segundo elemento debe tenerse en cuenta el concierto social propiamente dicho, que incorpora al elemento anterior el contenido de la oferta de la adjudicataria, concretando con mayor detalle los recíprocos derechos y obligaciones de las partes⁸³.

5.2.2 Condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social

Otra de las razones que se han empleado para justificar la singularidad del concierto social es que este este contrato especial contribuye a que el servicio social se preste con mayor calidad y rentabilidad social. Por ello no debe sorprender que el artículo 9 del Decreto

⁸² Corresponde a la legislación sobre servicios sociales definir, por ejemplo, el contenido de las prestaciones, al igual que establecer los requisitos para adquirir la condición de beneficiario. En concreto, las prestaciones se regularán mediante el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, que aprobará el Consejo de Gobierno, y definirá cada uno de los servicios y prestaciones ofrecidas, su ámbito y alcance, las condiciones requeridas para acceder a los mismos y su disponibilidad dentro del sistema (artículo 41 de la LSSA).

⁸³ En el caso del concierto social para la prestación de los servicios de atención residencial, centro de día y centro de día con terapia ocupacional para personas con discapacidad en situación de dependencia (expediente CA-15/2018), por ejemplo, en éste quedan fijados los derechos y obligaciones del titular centro concertado y de la Administración. Esta última básicamente asume la obligación de asignar fondos públicos al centro o servicio concertado. A cambio, el titular del centro se compromete a mantener a disposición de la Administración durante el tiempo de duración del concierto social un número de plazas y a prestar a los usuarios a los que se asigne una de ellas las prestaciones acordadas en los términos de la oferta del adjudicatario.

41/2018 regule las llamadas “condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social” y remita su concreción (y cómo deben acreditarse) a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y pliegos de prescripciones técnicas. No obstante, el órgano redactor de los pliegos está condicionado por varios límites que derivan de ese artículo 9.

El primero es de carácter general y supone que las condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social deben estar vinculadas al objeto del concierto y ser proporcionadas al mismo (apartado primero).

Los siguientes son específicos, afectando a cada tipo de condiciones, por lo que deben exponerse separadamente. Por una parte, las condiciones de eficacia deben fijarse por referencia “a la capacidad económica y financiera, técnica o profesional de la entidad concertante” (artículo 9.2 del Decreto 41/2018).

Por otra parte, están las condiciones de calidad, que deben conectarse con el modelo de calidad del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía (artículo 78 de la LSSA). Esta Ley prevé que los instrumentos que ponga en marcha la Consejería competente en materia de servicios sociales para la mejora continua de la calidad de los servicios son de aplicación a la totalidad de agentes involucrados en el Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía (apartado tercero) y, consecuentemente, las Administraciones responsables de los servicios deben incorporarlos a los pliegos de los conciertos sociales. Esas medidas serán las establecidas en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales “de acuerdo con el artículo 79 y el artículo 84 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre”, que regulan respectivamente la certificación de la calidad de los servicios sociales y la acreditación administrativa de la calidad de centros y servicios⁸⁴.

Puesto que aún no se ha producido la aprobación del Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales, la disposición transitoria segunda establece que la esta exigencia se entenderá cumplida mediante la resolución de acreditación administrativa prevista en el artículo 84 de la LSSA. Esto supone que hasta que no se apruebe el Catálogo, se presumirá que solo reúnen las condiciones de calidad las entidades que disponen de una resolución de acreditación administrativa.

Por último, hay que aludir a las condiciones de rentabilidad social (artículo 9.4 del Decreto 41/2018), que deber conectarse “a la concreta experiencia de la entidad en materias de carácter social como la inserción sociolaboral, atención a la infancia, adicciones, discapacidad, dependencia, igualdad entre mujeres y hombres, entre otras, que se especifiquen en la correspondiente convocatoria”.

84 Solo se van a considerar las condiciones acreditadas por la propia Administración. A este respecto no produce tal efecto lo que pueda acreditar cualquier otra entidad, ni siquiera las que estén homologadas en materia de calidad.

5.2.3 Cláusulas sociales y ambientales

Por último, en esta apretada síntesis sobre el contenido de los conciertos sociales hay que aludir a la obligatoriedad de la incorporación en los mismos de cláusulas sociales y ambientales (artículo 26 del Decreto 41/2018), aspecto este que entronca con la idea de que la contratación pública no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para alcanzar otros fines generales. En el caso de las cláusulas sociales y ambientales esos fines son la estabilidad laboral, la integración social y la protección del medio ambiente. Los contratos administrativos se convierten de ese modo en medios para dar efectividad a los valores superiores que recoge el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por lo que la regulación de este tipo de cláusulas puede encontrarse en las directivas de contratos del sector público y en el artículo 202 de la LCSP⁸⁵, que las contempla como condiciones especiales de ejecución del contrato o como criterios para valorar las ofertas.

Cuando se configuran como condiciones especiales de ejecución del contrato (artículo 26.3 del Decreto 41/2018) adquieren una especial relevancia, puesto que, como contempla el artículo 202.3 de la LCSP, los pliegos pueden establecer penalidades para el caso de incumplimiento de tales cláusulas (artículo 192.1 de la LCSP) o atribuirles el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos señalados en la letra f) del artículo 211, lo que supone que su incumplimiento se considera causa de resolución del concierto social. Y, aun cuando el incumplimiento de estas cláusulas no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71 de la LCSP, por lo que puede desembocar en una prohibición para contratar con las Administraciones Públicas.

En concreto, en el caso del concierto social los artículos 25.2 y 26.3 del Decreto 41/2018 permiten que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se atribuya la consideración de obligaciones esenciales a estas condiciones especiales de ejecución, y consecuentemente su incumplimiento por la entidad concertada será una causa de resolución del concierto. En el apartado tercero del mismo precepto, se ha previsto que cuando los pliegos no les atribuyan la consideración de obligación esencial, su incumplimiento podrá dar lugar a la imposición de penalidades hasta un máximo del diez por ciento del importe del concierto. Como es lógico, en ambos casos será necesario tramitar el correspondiente procedimiento administrativo con audiencia del interesado.

También pueden introducirse criterios sociales y ambientales entre los criterios de adjudicación (artículo 26.1 del Decreto 41/2018), siempre que estén vinculados al objeto del contrato, sean proporcionales al mismo y figuren expresamente determinados en el

⁸⁵ Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I., “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Documentación Administrativa: Nueva Época*, nº 4 (2017), pp. 92-113; o ROMEO RUIZ, A., “Las cláusulas sociales en la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público”, *Revista española de derecho administrativo*, nº 191 (2018), pp. 297-325.

anuncio y en el pliego, en aplicación de los principios de transparencia e igualdad de trato que deben regir la contratación pública⁸⁶. Además, el apartado segundo obliga a que los pliegos de cláusulas administrativas particulares establezcan las estipulaciones sociales y ambientales con un orden de prelación entre ellas para los casos de desempate.

En la actualidad, existe un compromiso del Gobierno andaluz de incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma⁸⁷, que obliga a que los contratos de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales incorporen estipulaciones tendentes a lograr objetivos de política social, ética y ambiental, en su versión más amplia⁸⁸, aunque para ello deben darse tres condiciones: que dichos aspectos se puedan incorporar al objeto del contrato, sean compatibles con el derecho comunitario y se indique en el anuncio de licitación y en los pliegos del contrato.

6. PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN DEL CONCIERTO SOCIAL

La celebración del concierto social, como contrato administrativo especial que es, requiere la previa tramitación del correspondiente procedimiento (artículo 116 de la LCSP), procedimiento que en primer término está regulado por la normativa propia de ese contrato. Sin embargo, son pocas las disposiciones que se encuentran en la legislación andaluza de servicios sociales. La LSSA no contiene ninguna previsión sobre la preparación y adjudicación del concierto social y las reglas contenidas en el Decreto 41/2018, de 20 de febrero (artículos 12-21), solo afectan a aspectos concretos de las fases de preparación y adjudicación, por lo que para explicar la estructura del procedimiento y para determinar el régimen aplicable al resto de las cuestiones conectadas con el mismo hay que acudir a lo dispuesto “en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, así como las demás disposiciones de desarrollo de las anteriores” (artículo 7 del Decreto 41/2018).

⁸⁶ Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I., “La introducción de cláusulas sociales como criterios de adjudicación”, en *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 81-112.

⁸⁷ El Acuerdo de 18 de octubre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA número 203, de 21 de octubre de 2016). Vid. NÚÑEZ LOZANO, M.C., “El impulso de la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía: informe”, *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, nº 96 (2016), pp. 421-429.

⁸⁸ A título ejemplificativo se enumeran las oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento de los derechos sociales y laborales establecidos en la normativa y en los convenios colectivos, inclusión social, incluidas las personas con discapacidad, igualdad de oportunidades, accesibilidad universal y diseño para todas las personas, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad social de las empresas, respeto al medio ambiente y al ciclo de la vida, estímulo de los mercados de los productos con ventajas ambientales, para reducir los efectos adversos sobre la salud humana, así como para reducir el uso de la energía, las emisiones tóxicas o el agotamiento de los recursos naturales.

6.1 Órgano de contratación

De acuerdo con el artículo 12 del Decreto 41/2018, el procedimiento de adjudicación del concierto social se inicia de oficio por el órgano competente, que tramitará el preceptivo expediente con arreglo a lo establecido en la LCSP. La primera determinación que debe hacerse es por ello la identificación del órgano de contratación, a quien corresponde en una primera fase iniciar el expediente y motivar la necesidad del concierto social⁸⁹, y en la segunda aprobar la convocatoria, impulsar el procedimiento de adjudicación y formalizar el concierto social.

El artículo 5 del Decreto 41/2018 indica que será cada Administración Pública con competencia en materia de servicios sociales la que determine el órgano que convocará y formalizará el concierto social. Queda pues este aspecto dentro del ejercicio de la potestad de autoorganización de las Administraciones Públicas, con los límites que puedan derivar de la legislación aplicable a cada una de ellas⁹⁰.

En la Administración de la Junta de Andalucía, por ejemplo, convoca y formaliza los conciertos sociales la persona titular de la Consejería competente en materia de servicios sociales y las personas titulares de los entes, organismos o entidades adscritos a ésta que tengan competencia para contratar (artículo 5.2 del Decreto 41/2018). En el caso de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía la competencia para actuar como órgano de contratación y celebrar en su nombre los contratos relativos a los asuntos propios de la misma corresponde a la persona titular de la Dirección Gerencia, salvo en los casos en que tal atribución corresponda a la persona titular de la Consejería a la que se adscribe la Agencia o al Consejo de Gobierno⁹¹.

⁸⁹ El órgano de contratación también es competente para iniciar el expediente de contratación, que debe impulsar con arreglo a lo establecido en la LCSP (artículos 12.1 del Decreto 41/2018 y 73 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

⁹⁰ Es importante recordar que tradicionalmente han existido reglas especiales para la contratación de las entidades locales, de lo cual son buen reflejo aún las disposiciones adicionales segunda y tercera de la LCSP. Vid. COLÁS TENAS, J., "Las especialidades de la contratación pública en la administración local", en GIMENO FELIU, *Estudio Sistemático...*, cit., pp. 1565-1614; o vid. DÍEZ SASTRE, S. et alii, *La nueva Ley de Contratos...*, cit., pp. 65-77.

⁹¹ Así lo establece el artículo 15.2.x) del Decreto 101/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia. Todo ello además debe entenderse sin perjuicio de la autorización que pueda exigirse con carácter previo a la aprobación del expediente de contratación, en los supuestos regulados por el artículo 43.4 y 5 de sus Estatutos. Por ejemplo, el artículo 28 de la Ley 5/2017, de 5 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2018, requiere acuerdo del Consejo de Gobierno para autorizar cualquier tipo de expedientes de gastos cuyo importe global sea igual o superior a doce millones de euros (12.000.000 €). Por ello hubo que obtenerlo en el expediente CA-15/2018, que se convocó por un importe total 350.989.911,34 €, IVA excluido.

6.2 Preparación del concierto social

Como es bien conocido, el expediente de contratación debe servir para determinar la necesidad del concierto social, bien por figurar ésta en planes previamente aprobados o autorizados, bien por estimarse singularmente necesario⁹². La necesidad del concierto debe ponerse en relación con la programación de las necesidades que se quieren cubrir con el servicio. Si pensamos, por ejemplo, en el expediente CA-15/2180, con el que se pretendía cubrir las necesidades en Andalucía de los servicios de atención residencial, centros de día y centros de día con terapia ocupacional para personas con discapacidad en situación de dependencia, era un presupuesto básico establecer el número y la distribución más adecuada de las plazas, tarea que se abordó con el Mapa de Servicios Sociales de Andalucía⁹³. Ese diagnóstico permitió estimar que en Andalucía era necesario concertar 12.520 plazas en centros privados debidamente acreditados, que fueron las licitadas en el expediente CA-15/2018 por partes mediante su división en lotes. Cada uno de esos lotes contenía las plazas necesarias en cada una de las diferentes zonas de trabajo social especificadas en el Mapa de Servicios Sociales de Andalucía.

Pero la preparación del concierto social no solo es el momento en que se justifica la necesidad del concierto social y se define con precisión su objeto (cómo ofrecer alguna o algunas de las prestaciones contenidas en el catálogo); es también el momento en que la Administración determina unilateralmente el contenido del concierto, porque el concierto social es básicamente un contrato de adhesión. En cuanto a la determinación unilateral del contenido del concierto social hay que señalar que se plasma en distintos documentos administrativos (artículo 12.2 del Decreto 41/2018): el pliego de cláusulas administrativas particulares, en el que básicamente se recogen los derechos y obligaciones de las partes, por un lado, y las reglas de procedimiento y adjudicación, por otro (artículo 122 de la LCSP); y el pliego de prescripciones técnicas, en el que se recoge la descripción técnica del objeto del contrato, en este caso las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación contratada⁹⁴. La importancia de ambos documentos es conocida, puesto que el contenido de los contratos se ajustará al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante

⁹² Para ello, durante la tramitación del expediente de contratación debe recabarse un “informe razonado del servicio que promueva la contratación, exponiendo la necesidad, características e importe calculado de las prestaciones objeto del contrato” (artículo 73.2 del Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

⁹³ El Mapa de Servicios Sociales de Andalucía ha configurado el despliegue del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, definiendo los criterios poblacionales más idóneos para la implantación de las prestaciones, atendiendo a la naturaleza de las mismas, a la media de demandantes reales en el caso de prestaciones que ya se estén prestando, al número de personas potencialmente demandantes y a la necesidad de garantizar su mayor proximidad para facilitar la integración de las personas usuarias en el entorno social habitual.

⁹⁴ La referencia a los aspectos técnicos del objeto del contrato no debe llevarnos a engaño, porque las prescripciones técnicas se integran en el contenido del contrato, obligan a las partes, y -desde ese punto de vista- tienen los mismos efectos jurídicos que las cláusulas administrativas.

de los mismos (artículo 122.4 de la LCSP). Y el artículo 35.2 de la LCSP prohíbe que los contratos incluyan estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintas de las previstas en los pliegos, permitiendo únicamente que se concreten las condiciones derivadas, en su caso, de las proposiciones del adjudicatario.

A estas reglas generales, extraídas de la LCSP, habría que añadir lo dispuesto al respecto en el Decreto 41/2018, que dispone que los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas contendrán, como mínimo, la descripción de las características y condiciones de la actividad a concertar, la duración del periodo inicial y las sucesivas renovaciones, y, en su caso, las condiciones especiales de ejecución, las cláusulas sociales y ambientales que procedan, las previsiones de pago del importe del concierto con arreglo a la normativa vigente, así como los seguros, garantías y otros requisitos previos a la adjudicación del concierto social.

Por último, en el expediente de preparación del concierto social debe acreditarse, mediante el correspondiente certificado, la existencia de crédito o, en el caso de entidades del sector público, el documento equivalente que acredite la existencia de crédito, así como producirse la fiscalización previa de la intervención en los casos en los que ésta sea preceptiva (artículo 12.1 del Decreto 41/2018). Como es lógico, con carácter previo la entidad pública concertante debería haber consignado en los presupuestos destinados a la prestación de los servicios sociales el crédito suficiente para la celebración de los conciertos que haya previsto adjudicar (artículo 6 del Decreto 41/2018).

6.3 Adjudicación del concierto social

Ni la LSSA ni el Decreto 41/2018 regulan el procedimiento de adjudicación. Se limitan a establecer algunas reglas especiales que se aplican junto a las previsiones de la LCSP sobre esta materia. En concreto, los procedimientos de adjudicación se regulan en el Libro II “De los contratos de las Administraciones públicas”, Título I, Capítulo I, sección 2ª de la LCSP (artículos 156-182)⁹⁵.

Así pues, de acuerdo con el artículo 131.2 de la LCSP, la adjudicación se realizará ordinariamente utilizando el procedimiento abierto (artículos 156-159 de la LCSP) o el restringido. Es difícil imaginar que se den las condiciones para aplicar cualquiera de los procedimientos extraordinarios, como exige el artículo 131.2. 2º párrafo. No obstante, no se van a comentar con detalle estos procedimientos, sino que nos limitaremos a exponer las reglas especiales

⁹⁵ Sobre la nueva regulación de los procedimientos de adjudicación vid. DÍEZ SASTRE, S. et alii, *La nueva Ley de Contratos...*, cit., pp. 171-217; GALLEGO CÓRCOLES, I. y GAMERO CASADO, E. (coordinadores), *Tratado de contratos del sector público*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los procedimientos abiertos, restringido, licitación con negociación, negociado sin publicidad y diálogo competitivo”, en GIMENO FELIU, *Estudio Sistemático...*, cit., pp. 1073-1146; o HERNANDO RYDINGS, M., “Procedimientos de contratación y su incidencia en las entidades locales: principales novedades”, *Anuario del Gobierno Local*, nº 1 (2018, ejemplar dedicado a: Contratación pública y Administración local), pp. 129-172.

(que no siempre son auténticas especialidades) que el Decreto 41/2018 introduce en estos procedimientos. En concreto, en su capítulo III encontramos reglas sobre la convocatoria y su publicidad, la selección de la entidad o la formalización del concierto social.

6.3.1 Convocatoria y presentación de ofertas

Una vez aprobado el expediente de contratación, así como el gasto correspondiente, el órgano competente dictará la resolución de convocatoria a la que se acompañarán los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de prescripciones técnicas y la copia del documento mediante el cual se formalizará el concierto (artículo 12.3 del Decreto 41/2018).

El anuncio de licitación para la adjudicación de los contratos será publicado en el Perfil del Contratante del órgano convocante y en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía o, en el caso de los contratos promovidos por las Entidades Locales, en el boletín oficial de la provincia respectiva (artículo 13 del Decreto 41/2018). Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada, por superar el umbral que a tales efectos establecen los artículos 20.1 y 22.1.c) de la LCSP, la licitación deberá publicarse, además, en el Diario Oficial de la Unión Europea. Es importante destacar la relevancia de esta regla, puesto que el artículo 39.2.c) de la LCSP establece la nulidad de los contratos por la “falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo”.

A partir de ese momento las entidades interesadas en participar en el procedimiento de adjudicación pueden presentar sus ofertas (artículo 14.1 del Decreto 41/2018). Como es lógico, la oferta y la documentación complementaria requerida debe presentarse en el plazo, forma y lugar que se indique en la convocatoria de licitación⁹⁶ (apartado segundo).

La entidad que concurra queda obligada a mantener su propuesta hasta la completa finalización del procedimiento de adjudicación (artículo 14.1 del Decreto 41/2018).

6.3.2 Selección de la entidad

Esta es la fase del procedimiento de adjudicación con una regulación más completa en el Decreto 41/2018. En concreto, se regula un órgano de valoración, los criterios de adjudicación y el procedimiento de admisión y valoración de las ofertas (sección segunda del capítulo III, artículos 15-17).

⁹⁶ El artículo 14 del Decreto 41/2018 precisa que esto debe entenderse sin perjuicio de lo previsto en el artículo 53.1.d) de la Ley 39/2015, de 31 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación a la documentación que ya se encuentre en poder de la Administración Pública o que haya sido elaborada por ésta.

En primer lugar, hay que destacar que el Decreto 41/2018 configura un órgano especializado para valorar las ofertas presentadas. Ese nuevo órgano se denomina comisión de valoración y su composición se fija en la convocatoria de licitación (artículo 16.1 del Decreto 41/2018). En su configuración el órgano competente para la adjudicación debe respetar los requisitos establecidos en el apartado segundo del artículo 16, en el que se dispone que la comisión de valoración “estará compuesta por personas, sin vínculos ni relación mercantil con las entidades licitadoras, con conocimientos y experiencia en la materia, designadas por el órgano competente para la adjudicación del concierto social, debiendo tener, al menos, las personas designadas para la Presidencia y Secretaría de la misma, la condición de personal funcionario. Entre sus miembros deberá figurar un representante del órgano encargado del asesoramiento jurídico de la Administración o entidad concertante y un representante de la respectiva Intervención”.

Se trata de una regulación de mínimos que permite establecer el número y perfil de los miembros de la comisión en función de las necesidades que se pretendan cubrir con cada concierto social. Por ello habrá que completar su regulación con las disposiciones de las leyes administrativas generales. Por ejemplo, dado que la comisión de valoración se nombra en la convocatoria de licitación, hay que entender que la referencia del artículo 16.2 del Decreto 41/2018 a que sus miembros no tengan “vínculos ni relación mercantil con las entidades licitadoras” es una causa de abstención que debe sumarse a las previstas en el artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). En cuanto a su régimen de funcionamiento (artículo 16.3 del Decreto 41/2018), será el previsto para los órganos colegiados en el Capítulo II del Título Preliminar de la LRJSP y en la Sección 1ª del Capítulo II del Título IV de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

El órgano competente para la adjudicación del concierto social es también el órgano a quien corresponde el análisis de la documentación presentada por los licitadores y la admisión de las ofertas (artículo 17.1). La comisión de valoración se encarga únicamente de valorar las ofertas presentadas y formular una propuesta de adjudicación, debidamente motivada y ajustada a las previsiones presupuestarias (artículo 17.5).

En un primer momento, el del análisis de la documentación presentada, si el órgano de contratación observa defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo debe comunicar a los interesados de acuerdo con lo previsto en la normativa en materia de contratación pública, otorgando un plazo no superior a cinco días hábiles para la subsanación⁹⁷. Seguidamente, el órgano competente para la adjudicación del concierto

⁹⁷ Esta situación es distinta a la regulada en el apartado tercero del mismo artículo, que alude al supuesto en que se requiera a las entidades que aporten documentación aclaratoria o complementaria. En ese caso el requerimiento le corresponde a la comisión de valoración, que podrá otorgar un nuevo plazo (distinto al de subsanación), no superior a cinco días hábiles, comunicándolo a las personas interesadas de acuerdo con lo previsto en la normativa en materia de contratación pública.

elaborará una relación de entidades admitidas y excluidas con expresa mención de las causas de inadmisión, que será publicada en el Perfil del Contratante, otorgando un plazo de cinco días para alegaciones, que serán examinadas por la comisión de valoración⁹⁸.

Para la valoración de las ofertas la comisión tendrá en cuenta una pluralidad de criterios de adjudicación⁹⁹, los que en cada caso se establezcan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares en función del objeto del concierto social (artículo 15.2 RCS). A tal efecto el mismo artículo alude a los siguientes criterios:

- a) La continuidad de las personas usuarias atendidas.
- b) La elección de la persona usuaria en los casos en que proceda.
- c) El arraigo de la persona en el entorno de atención social¹⁰⁰.
- d) La vinculación afectiva o terapéutica.
- e) La atención personalizada, integral e interdisciplinar.
- f) La experiencia y trayectoria acreditada.
- g) La calidad en el servicio.
- h) Otros criterios establecidos, en su caso, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

Aunque quizá lo más llamativo de este apartado es que no se atiende a la mejor relación calidad-precio, interesa señalar una doble cautela a la hora de elaborar los pliegos de cláusulas administrativas particulares. En relación con el último inciso, el h), hay que recordar que esos criterios adicionales deben estar relacionados con el objeto del contrato y no pueden conferir a la entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección del adjudicatario. También debe insistirse en la necesidad de que en la elaboración de los pliegos no se mezclen los requisitos exigidos al licitador para concurrir en el procedimiento con los criterios de adjudicación. Entre estos últimos no procede la inclusión de los relativos

⁹⁸ Contra el acuerdo de exclusión cabrá recurso en vía administrativa (artículo 17.3 del Decreto 41/2018).

⁹⁹ Debe recordarse que el artículo 145.3 de la LCSP se impone la valoración de más de un criterio y se añade, en su apartado g), que “en los contratos de prestación de servicios sociales si fomentan la integración social de personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato, promueven el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral o cuando se trate de los contratos de servicios sociales, sanitarios o educativos a que se refiere la Disposición adicional cuadragésima octava, o de servicios intensivos en mano de obra, el precio no podrá ser el único factor determinante de la adjudicación”.

¹⁰⁰ En relación con este punto hay que advertir que la inclusión en la LSSA de la cláusula de arraigo territorial fue cuestionada por su carácter general, ya que este tipo de cláusulas solo se admite excepcionalmente y tras considerar detenidamente las prestaciones propias de cada contrato para encontrar su justificación. GARRIDO JUNCAL ha estudiado si algunas de estas regulaciones vulneran el principio de no discriminación, como las que valoran «el arraigo de la persona en el entorno de atención» o «la implantación en la localidad donde vaya a prestarse el servicio» y explica por qué los considera discriminatorios, citando jurisprudencia reciente. Vid. “Las nuevas formas...”, cit., pp. 91-94.

a la acreditación de la solvencia de los licitadores, sino que han de estar directamente vinculados con el objeto del contrato.

El artículo 15 del Decreto 41/2018 también establece las reglas para resolver la adjudicación cuando las ofertas presentadas tengan análogas condiciones de eficacia, calidad y rentabilidad social. En primer lugar, se concede prioridad a las entidades de la iniciativa social, entre las que se consideran incluidas las sociedades cooperativas calificadas como entidades sin ánimo de lucro (apartado primero). En defecto de las anteriores, tendrán preferencia, por el siguiente orden, las entidades de la economía social, las cooperativas y las pequeñas y medianas empresas. Solo cuando en el procedimiento de adjudicación no concurra ninguna de las entidades del tipo indicado, se permite que la Administración contrate con el resto de las entidades privadas con ánimo de lucro (párrafo segundo).

La comisión valorará las solicitudes admitidas de acuerdo con los criterios de preferencia y criterios específicos de valoración determinados en el artículo 15 y elevará al órgano convocante la propuesta de resolución de adjudicación del concierto social. Lógicamente, aunque no lo diga el Decreto 41/2018, esa propuesta de resolución debe ser publicada en el Perfil del Contratante del órgano competente para la formalización del concierto. En el caso de que se hayan ofertado plazas residenciales o en centros de día, los pliegos contemplan que el órgano de contratación también les dará publicidad para que los usuarios interesados puedan solicitar la que convenga a sus intereses y situación de entre las ofrecidas por las entidades adjudicatarias.

6.3.3 Adjudicación y formalización del concierto social

La adjudicación y formalización del concierto social se regula en el artículo 107 de la LSSA y en la sección tercera del capítulo III del Decreto 41/2018 (artículos 18-21).

Con carácter previo a la adjudicación definitiva y a la formalización del concierto social, la entidad adjudicataria debe presentar una serie de documentos. El artículo 18 RCS ha previsto que a la vista de la propuesta de resolución de adjudicación el órgano contratante requiera a la entidad seleccionada para que presente en el plazo de quince días hábiles la documentación acreditativa de estar al corriente en sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social (artículo 18.1 del Decreto 41/2018) y, cuando así se haya previsto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, que constituya garantía definitiva, con la finalidad de “asegurar el posible incumplimiento de las obligaciones asumidas por la entidad concertada ante la entidad pública concertante” (artículo 18.2) y, con anterioridad al inicio de la ejecución del concierto social, que se acredite la suscripción de un seguro de responsabilidad civil que cubra el servicio objeto del concierto, así como todas las prestaciones técnicas y, en su caso, complementarias que lo integran (artículo 18.4).

Además, el órgano competente podrá determinar que las entidades prestadoras de servicios sociales aporten certificados relativos al cumplimiento de las normas de garantía de

la calidad en la prestación del servicio. En este caso la exigencia no se configura como una obligación derivada de los pliegos, sino como una potestad del órgano, que podrá exigirlos tras considerar las circunstancias que concurren en cada caso y valorando la mejor satisfacción del interés general.

Si los adjudicatarios no atendiesen satisfactoriamente estos requerimientos, se presume que el licitador ha retirado su oferta (artículo 18.5). En tal caso, el órgano de contratación procederá a recabar la misma documentación a la entidad licitadora siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

Una vez recibida la documentación necesaria, el órgano competente para la adjudicación del concierto social procederá a dictar una resolución motivada, cuyo contenido debe ajustarse a lo dispuesto en el artículo 19.2 del Decreto 41/2018 y a las previsiones de la Ley 39/2015, de 31 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). En la resolución se incluirá al menos el siguiente contenido:

- a) Listado con las solicitudes admitidas y excluidas, con sucinta referencia a las causas de exclusión.
- b) La entidad seleccionada, así como los motivos determinantes para su selección y el resultado de la baremación.
- c) Los recursos que contra dicha resolución procedan, el órgano ante el que han de dirigirse y el plazo de interposición conforme a la normativa vigente.

La resolución de adjudicación se notificará a las entidades que hayan concurrido en la convocatoria de licitación y además se publicará en el Perfil del Contratante del órgano de concertación. En ambas comunicaciones se indicará expresamente el plazo en que se procederá a la formalización del concierto social con cada entidad¹⁰¹.

Sobre este último extremo el artículo 107 de la LSSA dispone que la formalización de los conciertos sociales se plasmará en documento administrativo¹⁰², que concretará, además de los que se establezcan reglamentariamente, los siguientes aspectos:

¹⁰¹ En el artículo 21 del Decreto 41/2018 se ha precisado que la formalización del concierto social debe realizarse en el plazo de quince días hábiles desde la notificación de la adjudicación.

¹⁰² En consonancia con lo dispuesto en el artículo 4 de Decreto 41/2018, el apartado tercero del artículo 21 contempla la suscripción de un único contrato para la reserva y ocupación de plazas en varios centros o para la gestión integral de una pluralidad de prestaciones o servicios cuando todos ellos dependan de una misma entidad titular y se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Previamente deben haberse establecido en la convocatoria las condiciones específicas de prestación del servicio conjunto, de acuerdo con las singularidades de las prestaciones o servicios a concertar.
- b) Deben haberse delimitado perfectamente y cumplirse los requisitos específicos exigibles a cada centro o para cada servicio.

- a) Determinación del objeto del concierto y estimación del volumen global de actividad.
- b) Duración, causas de extinción y procedimiento para su modificación y renovación.
- c) Cantidad global consignada por la Administración para el sostenimiento de la entidad concertada.
- d) Periodicidad y procedimiento de realización de los pagos y justificación de los gastos.
- e) Procedimiento y mecanismos de seguimiento, control y auditoría por parte de la Administración.
- f) Obligaciones que adquieren las partes.

La remisión del artículo 107 de la LSSA a lo que se disponga reglamentariamente sobre el contenido del concierto social ha sido desarrollada en el apartado primero del artículo 21 del Decreto 41/2018, en el que se dispone que además de las previsiones contenidas en el artículo 107.1 de la LSSA, el documento de formalización incluirá además los derechos y obligaciones recíprocas, así como las características del servicio a contratar¹⁰³. Junto al contrato, el adjudicatario firmará el pliego de cláusulas administrativas particulares, el de prescripciones técnicas particulares y cualquier otro documento integrante del contrato.

La formalización de los conciertos sociales será también objeto de publicación, para lo cual se utilizarán los mismos medios que la convocatoria de licitación (artículo 21.2); a saber, en el Perfil del Contratante del órgano convocante y en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía o, en el caso de los contratos promovidos por las Entidades Locales, en el boletín oficial de la provincia respectiva (artículo 13 del Decreto 41/2018). Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada, por superar el umbral que a tales efectos establecen los artículos 20.1 y 22.1.c) de la LCSP, la licitación deberá publicarse, además, en el Diario Oficial de la Unión Europea.

7. EJECUCIÓN DEL CONCIERTO SOCIAL

Queda por analizar la fase de ejecución del concierto social, que está marcada por los principios estructurales y buena parte de las reglas de la ejecución de los contratos administrativos. Por ello hay que comenzar indicando que el concierto social se ejecutará con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas y sus efectos se regirán en primer término por la LSSA y por el Decreto 41/2018, y supletoriamente por la legislación de contratos del sector público. Ese marco normativo va a suponer la atribución a una de las partes, la

¹⁰³ Cuando el objeto del concierto social sea la reserva y ocupación de plazas para su uso exclusivo por las personas usuarias del Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía el documento que se formalizará se denomina “Compromiso de Oferta de Plazas”, en el que se recogerá el número de plazas ofertadas, el precio que corresponde a las mismas, las condiciones especiales de ejecución, mejoras, duración, etc. Posteriormente, una vez que el usuario haya elegido una de esas plazas y le haya sido adjudicada por resolución de la Administración competente, es cuando se produce realmente la concreción del compromiso contractual. La factura mensual que genera la entidad adjudicataria se calcula en función de las plazas efectivamente ocupadas.

Administración, de poderes y prerrogativas en relación con la ejecución y extinción del concierto social que no tienen comparación en el Derecho privado¹⁰⁴ y cuyo régimen jurídico encontramos en la legislación de servicios sociales y, en su defecto, en el Libro II, Título I, Capítulo I, sección 3ª de la LCSP, que lleva por título “De los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”. El órgano de contratación tiene las prerrogativas de interpretar el concierto social, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlo por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable a la entidad concertada a raíz de la ejecución del concierto, suspender la ejecución del mismo o acordar su resolución dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la LCSP y la normativa que la desarrolla (artículo 190 de la LCSP). No obstante, a continuación, se expondrán solo las reglas especiales contenidas en el Decreto 41/2018, que se refieren fundamentalmente a los efectos, modificación, duración y extinción del concierto social.

Antes es oportuno indicar que, además de los poderes que derivan de la regulación contractual, las Administraciones competentes en materia de servicios sociales conservan los poderes de policía necesarios para asegurar el cumplimiento de las normas administrativas, económicas y asistenciales que forman el estatuto jurídico del usuario, que no es otra cosa que garantizar la buena marcha de los servicios sociales. No puede ser de otra forma, en tanto que como titular de los mismos son responsables de su adecuado y continuado funcionamiento.

7.1 Efectos del concierto social

Como es lógico, la regulación más específica sobre los efectos del concierto social se contiene en la Sección 1ª del capítulo IV del Decreto 41/2018, que enumera las obligaciones de la entidad concertada (artículo 22), de la entidad pública concertante (artículo 23) y de los usuarios de los servicios concertados (artículo 24).

7.1.1 Obligaciones de la entidad concertada

Ante todo, hay que insistir en que, en el concierto social, la relación que se establece entre la entidad concertada y el usuario del servicio es tan importante como la establecida entre la entidad concertada y la Administración. La regulación de la fase de ejecución es un buen ejemplo, puesto que solo puede entenderse desde la necesidad de garantizar que el usuario del servicio concertado disfrute de unas prestaciones de calidad, continuadas, accesibles, etc. Por ello, la primera obligación de la entidad concertada es la de “proveer

¹⁰⁴ Estas potestades encuentran su justificación y su causa en la tutela del interés general que se quiere atender con el concierto social, como no podía ser de otra forma en atención al propio fin institucional de la Administración que contrata (artículo 103.1 CE).

el servicio en las condiciones establecidas en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía” (artículo 104.1 de la LSSA) y, añade el artículo 22.1 del Decreto 41/2018, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas¹⁰⁵.

Además, la entidad concertada pasa a formar parte del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía y consecuentemente asume un elevado número de obligaciones que tratan de asegurar la regularidad y la calidad del servicio. Por ello, se alude a ellas en el apartado segundo del artículo 22 del Decreto 41/2018 como concreciones de la que sería la obligación principal, la enunciada en el apartado primero, y que por ello mismo deben interpretarse “de acuerdo con la naturaleza de la actividad concertada”. Estas obligaciones son las siguientes:

- a) Proporcionar a las personas usuarias una atención adecuada, interprofesional, integral, personalizada y continuada, adaptada a sus necesidades específicas de apoyo y a las necesidades multidimensionales, capacidades y preferencias de las personas usuarias y, cuando proceda, de sus familias.
- b) Promover la utilización del servicio en condiciones de igualdad por las personas usuarias, salvaguardar en todo caso su derecho a la dignidad e intimidad y cumplir con el deber de confidencialidad y reserva de los datos personales, familiares o sociales de las mismas.
- c) Promover la participación de las personas destinatarias de los servicios sociales, así como, en su caso, de sus familiares en la prestación del servicio.
- d) Solicitar previamente a la entidad pública concertante cambio o variación en el servicio prestado que deberá ser autorizado y, en especial, cualquier cambio de titularidad de los centros. La modificación en la estructura o cualificación de la plantilla, así como cualquier cambio en la gestión deberá ser autorizado, cuando esté previsto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.
- e) Proveer el servicio concertado de manera diligente, y en condiciones de accesibilidad universal y diseño para todas las personas, de forma continuada y con la calidad requerida en los pliegos de prescripciones técnicas del concierto social.
- f) Colaborar con la Administración concertante y facilitarle, en todo momento, las tareas de inspección, fiscalización, seguimiento, evaluación y auditoría y, en particular, toda la información económica, fiscal, laboral, técnica y asistencial, y de cualquier índole que le sea solicitada y que resulte necesaria para valorar la ejecución del concierto social, con sujeción a la legislación en materia de protección de datos y a la restante normativa aplicable.

¹⁰⁵ Aunque la titularidad de centro sigue siendo privada y las relaciones con sus empleados siguen siendo laborales, el régimen de funcionamiento es definido detalladamente por la Administración. En relación a los usuarios, el concierto social debe asegurar el trato igual de todos los usuarios afectados por su aplicación y consecuentemente las normas que rigen en su acceso y atención a un centro social privado concertado no se diferencian de las que rigen en los centros públicos. La sujeción a las mismas normas de organización y funcionamiento alcanza también los derechos, los deberes y las garantías de los usuarios.

- g) Someterse a las actuaciones de control financiero que correspondan a los órganos competentes de la entidad pública concertante en relación con los fondos públicos para la financiación de los contratos a fin de acreditar que la totalidad de los fondos públicos percibidos se aplican a la gestión del servicio.
- h) Comunicar a la entidad pública concertante cualquier subvención, donación o aportación privada, cuyo objeto sea la financiación de mejoras de mantenimiento del centro.
- i) Comunicar a la entidad pública concertante cualquier circunstancia que pudiera ser determinante de la extinción del concierto social.
- j) Cumplir con la normativa reguladora de los requisitos materiales, funcionales y personales, así como, en su caso, la subrogación consecuente del personal, aplicables en función de la tipología de la prestación del servicio.

En relación con el tema de la subrogación del personal de la anterior adjudicataria hay que destacar que la obligación de subrogación nacerá, cuando exista, de la aplicación del régimen jurídico de la sucesión de empresas previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, de lo que pueda disponerse en otra norma legal o porque así se haya previsto en los convenios colectivos que resulten aplicables en cada sector, y no cabe que la Administración la incluya en el pliego si no se da alguna de las condiciones anteriores. El pliego únicamente puede reflejar esa obligación cuando derive de la legislación laboral o del convenio colectivo aplicable al servicio que se pretende concertar¹⁰⁶.

- k) Asumir la responsabilidad de la calidad técnica del trabajo que desarrolle y de las prestaciones realizadas, así como de las consecuencias que se deduzcan para la entidad pública concertante o para terceras personas de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del concierto social.
- l) Mantener los locales, instalaciones, mobiliario o enseres en condiciones adecuadas de funcionamiento, limpieza e higiene.
- m) Dar a conocer a las personas usuarias y a la entidad pública concertante el coste repercutido de las prestaciones complementarias que, por tener carácter optativo, no queda incluido en el coste del servicio, en los casos que proceda.
- n) Indemnizar por los daños y perjuicios que cause, por sí o por personal o medios dependientes de la misma y por las personas usuarias, a terceras personas y al local o locales de prestación del servicio, como consecuencia de la ejecución del concierto. Cuando tales daños sean consecuencia inmediata y directa de una orden de la entidad pública concertante, será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes.
- o) Cumplir con las cláusulas sociales y ambientales que se establezcan en la convocatoria de licitación del concierto social y en los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares, de conformidad con el Acuerdo de 18 de octubre de 2016, del

¹⁰⁶ Así lo ha establecido la jurisprudencia en varios pronunciamientos recientes, en los que se insiste en que la Administración contratante no puede en ningún caso imponer por sí misma la subrogación por tener esa materia un contenido estrictamente laboral y porque afectaría, en el caso de los contratos administrativos, a terceros ajenos al vínculo contractual, como son los trabajadores de la antigua entidad adjudicataria (SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de junio del 2016, Ar. 3491, y 18 de junio del 2019, Ar. 194504, FJ 2).

Consejo de Gobierno, por el que se impulsa la incorporación de cláusulas sociales y ambientales.

- p) Mantener la vigencia de la debida autorización de funcionamiento y, en su caso, acreditación¹⁰⁷.
- q) Contar con un protocolo de detección y atención de violencia de género, ofreciendo información de su existencia y contenido a las personas usuarias y al personal de la entidad.

Pero lo cierto es que no todas las obligaciones recogidas en el apartado segundo del artículo 22 responden a esa lógica. Algunas están conectadas al cumplimiento de otros bloques normativos (en materia fiscal, de igualdad de género o de prevención de riesgos laborales por citar solo algunos ejemplos), por lo que su enunciación en el Decreto 41/2018 no era realmente imprescindible, ya que su exigibilidad deriva directamente de esas otras normas y porque la fiscalización de su cumplimiento corresponde a otras Administraciones u órganos distintos a los competentes en materia de servicios sociales. No obstante, su incorporación en las obligaciones del concierto social servirá, llegado el caso, para apreciar como causa de extinción del concierto social el grave incumplimiento de ese tipo de normas (artículo 31 del Decreto 41/2018), en los términos que se analizarán posteriormente. Son ejemplos del segundo tipo de obligaciones las siguientes:

- a) Cumplir con las disposiciones vigentes en materia laboral y los convenios colectivos, disposiciones de seguridad social y de seguridad y salud laboral, por lo que vendrá obligada a disponer las medidas exigidas por tales disposiciones, siendo a su cargo el gasto que ello origine.
- b) Cumplir con las disposiciones vigentes en materia fiscal, de integración social de personas con discapacidad, de igualdad de género, de prevención de riesgos laborales, en materia de defensa y protección de derechos de las personas consumidoras y usuarias y de protección del medio ambiente que se establezcan tanto en la normativa vigente como en los pliegos de prescripciones técnicas del concierto social.
- c) Cumplir con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales.
- d) Respetar los derechos y deberes inherentes a su calidad de titular de la entidad prestadora de servicios sociales respecto del personal adscrito al servicio concertado.
- e) Abonar las retribuciones de su personal, de forma normalizada en cumplimiento de lo establecido al respecto en los respectivos convenios, y cumplir con sus obligaciones en materia de seguridad social de forma directa y bajo su entera responsabilidad, sin que pueda incurrir la entidad pública concertante en ninguna responsabilidad de tipo subsidiario.

¹⁰⁷ Este inciso incorpora al Decreto 41/2015 la exigencia contenida en el apartado tercero del artículo 85 de la LSSA, que obliga a la entidad acreditada a mantener las condiciones exigidas para la obtención de la acreditación administrativa mientras se encuentre vigente el régimen del concierto.

- f) Guardar secreto profesional y aplicar el código deontológico en todas las informaciones, documentos y asuntos a los que tengan acceso o conocimiento durante la vigencia del concierto social, estando obligada a no difundir, en forma alguna, los datos que conozca como consecuencia o con ocasión de su ejecución, incluso después de finalizar el plazo del concierto social.
- g) La entidad concertada deberá cumplir lo dispuesto en la legislación sobre protección de datos de carácter personal, debiendo formar e informar a su personal de las obligaciones que derivan de la misma¹⁰⁸.
- h) Poner a disposición de las personas usuarias un libro de sugerencias y reclamaciones, que deberá mantenerse a disposición de la entidad pública concertante para que la misma conozca su contenido, su tramitación y respuesta aportada por la entidad concertada.

Lógicamente, la Administración contratante será la competente para determinar si la ejecución de las prestaciones se ha llevado a cabo conforme a lo establecido en el concierto social; y lo mismo puede decirse del resto de obligaciones del primer grupo, que básicamente son expresiones de lo anterior o persiguen que la entidad mantenga durante el periodo de ejecución del concierto los requisitos exigidos para su suscripción¹⁰⁹.

Además, el Decreto 41/2018 extrema las cautelas frente al mal uso de los fondos que reciben las entidades concertadas, regulando mecanismos que permiten a la Administración comprobar el destino de las cantidades abonadas. Para ello se impone a la entidad concertada una doble obligación (artículo 30.2): la aportación de un informe de auditoría financiera y de cumplimiento de las cuentas de las entidades o del servicio del año anterior, así como un informe de auditoría externa relativa a la aplicación de los fondos percibidos por parte de la entidad en concepto de abono del concierto social.

Más difícil es sostener qué puede hacer en relación con el segundo grupo de obligaciones, salvo exigir al contratista que acredite documentalmente su cumplimiento¹¹⁰, puesto que, en los supuestos de incumplimiento de estas, o si surgen dudas sobre el alcance o la

¹⁰⁸ La referencia contenida en el Decreto 41/2018 a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal debe entenderse como una remisión a lo establecido en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en cuanto al tratamiento y la libre circulación de datos personales, y en las disposiciones que los desarrollen.

¹⁰⁹ Para ello el artículo 30 del Decreto 41/2018 dispone que, “Sin perjuicio de las competencias de inspección en materia de servicios sociales de la Administración de la Junta de Andalucía, las entidades concertantes llevarán a cabo el control y auditoría de los servicios, centros y entidades concertadas en orden a comprobar la adecuada ejecución del concierto, y en particular la adecuación y suficiencia de los medios empleados”. A falta de más precisiones, estas facultades de inspección deben cumplir con los requisitos y límites que le impone el artículo 190 de la LCSP y deberán someterse al procedimiento regulado en el artículo 191 de la misma Ley.

¹¹⁰ Exigiendo por ejemplo que se aporten certificados de estar al corriente de las obligaciones fiscales o documentos que acrediten el cumplimiento de las derivadas de la legislación laboral.

interpretación de leyes sectoriales, no serán los órganos con competencias en materia de servicios sociales los que tengan atribuidas las facultades de interpretación o para declarar un eventual incumplimiento.

Como reacción frente al incumplimiento al artículo 22.3 del Decreto 41/2018 ha previsto que se impongan las penalidades que se hayan establecido en la correspondiente convocatoria de licitación o en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Aunque no se diga nada en el Decreto 41/2018, parece razonable aplicar en este caso la regla del artículo 311.7 de la LCSP y reconocer a la entidad concertante el “derecho a conocer y ser oído sobre las observaciones que se formulen en relación con el cumplimiento de la prestación contratada”.

7.1.2 Obligaciones de la entidad pública concertante

Las obligaciones de la entidad concertante se recogen en el artículo 23 del Decreto 41/2018 y sorprende su brevedad cuando se comparan con el extenso catálogo de obligaciones de la entidad concertada. Los dos primeros apartados del artículo 23 se dedican a la obligación de abono del importe del concierto y el tercero impone un genérico deber de comunicación a la entidad concertada de “cualquier circunstancia sobrevenida que afecte de manera relevante al concierto social suscrito y pudiera suponer su modificación, renovación o resolución”¹¹¹.

En relación con la obligación de abono del importe del concierto social, el artículo 23 distingue dos situaciones. El apartado primero regula el abono por la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales, mientras que el segundo contiene una remisión en cuanto a la forma y plazo del abono del importe del concierto a lo dispuesto en la normativa que sea de aplicación a las demás entidades públicas, que no son otras que las entidades locales y sus entes instrumentales de naturaleza administrativa.

Por tanto, el derecho del contratista al pago del precio (artículo 198.1 de la LCSP) solo se ha desarrollado con un mínimo de detalle cuando la obligada al abono es la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales. El artículo 23.1 les obliga a abonar el importe del concierto en la forma prevista en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Esta es la regla general, recogida en el artículo 198.2 de la LCSP, que permite que en los pliegos se determine si el pago del precio se hará de manera total o parcial, mediante abonos a cuenta o, en el caso de contratos de tracto sucesivo -que es el caso del concierto social- mediante pago en cada uno de los vencimientos que se hubiesen

¹¹¹ El artículo 23 exige que esa comunicación sea fehaciente, lo que, puesto en relación con el artículo 54 de la LCSP, remite al régimen de notificación electrónica establecido en los artículos 40-44 de la Ley 39/2015, de 31 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

estipulado¹¹². Como es lógico, la discrecionalidad del órgano de contratación va a verse limitada por lo que al respecto pueda establecer la legislación sectorial¹¹³, a la que normalmente se remitirá y que, en caso de ser modificada, puede afectar a los efectos del concierto social¹¹⁴.

En cuando al régimen de pago, en defecto de previsión expresa habrá que estar a lo dispuesto en los apartados cuatro a siete del artículo 198 y en el artículo 199 de la LCSP. Sin embargo, el artículo 23 del Decreto 41/2018 recuerda que en Andalucía el abono de estas cantidades está sometidos a una regulación más ventajosa para el acreedor, la prevista en el Decreto 5/2017, de 16 de enero, por el que se establece la garantía de los tiempos de pago de determinadas obligaciones de la Administración de la Junta de Andalucía y sus Entidades Instrumentales.

7.1.3 Obligaciones de los usuarios

Del mismo modo que los usuarios de servicios sociales tienen una serie de derechos que nacen de la legislación aplicable, con independencia de que se presten directamente por la Administración o por la entidad que suscriba un concierto social, también se le imponen como usuario una serie de obligaciones que como es lógico no nacen directamente del concierto social, al que es ajeno, sino de la normativa que regula las condiciones de prestación del concreto servicio¹¹⁵. Siendo esto así, no se puede ignorar que buena parte de

¹¹² Lo habitual en los conciertos anteriores a la normativa que se comenta, y así se ha mantenido en los conciertos sociales que se han suscrito en 2019, es un pago mensual contra factura, que se calcula en un porcentaje sobre el coste plaza/día fijado por la Administración contratante, porque la cantidad restante debe ser abonada por el usuario, que participa en la financiación del servicio asumiendo parte de su coste, en los términos que se expondrán en el apartado siguiente.

¹¹³ Así lo aclara la disposición adicional única, en la que se indica que el precio de los servicios concertados será el determinado por la normativa aplicable a los correspondientes servicios. Puede citarse, como ejemplo, la Orden de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de 10 de marzo de 2016, que regula los costes máximos de las plazas objeto de concertación con centros de atención a personas mayores y personas con discapacidad.

¹¹⁴ Siguiendo con el ejemplo anterior, la misma Orden de 10 de marzo de 2016 contempla en su artículo 1 que los costes máximos que se establecen podrán ser objeto de revisión a fin de adaptarlos a los precios de mercado, y su disposición adicional única atribuye esa decisión a la Dirección-Gerencia de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, que en varias ocasiones ha revisado los costes máximos de los distintos tipos de plazas. La última revisión se produjo por Resolución de 24 de julio de 2019, de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, por la que se revisan los costes máximos de las plazas objeto de concertación con centros de atención a personas mayores y personas con discapacidad en situación de dependencia, lo que ha afectado a las cantidades que la propia Agencia tiene que abonar mensualmente a las entidades que han suscrito conciertos sociales por los que ofrecen plazas de ese tipo de centros.

¹¹⁵ Puede citarse como ejemplo el artículo 12 de la LSSA, que enumera las obligaciones de las personas usuarias de los servicios sociales o de quienes, en su caso, ostenten su representación legal. Una lectura somera de los mismos permite constatar que para la necesaria concreción de todos ellos será necesario la aprobación de las disposiciones reguladoras de los distintos tipos de servicios.

esas obligaciones están vinculadas al concierto social en la medida en que se configuran en relación con la actividad prestacional que es su objeto o contribuyen a la financiación de la entidad concertada.

Todo ello se aprecia claramente en relación con esto último. Como es sabido, la universalidad del derecho a acceder a los servicios sociales no supone su gratuidad, puesto que la LSSA establece la participación de las personas usuarias de las prestaciones en su financiación en función de la naturaleza y coste de referencia del servicio, intensidad de utilización del mismo y de acuerdo con su capacidad económica¹¹⁶.

Cuando se aprobó el Decreto 41/2018 se era muy consciente de ello, por lo que se incluyó en la sección relativa a los efectos del concierto social un artículo 24 con las obligaciones de las personas usuarias de los servicios concertados. Este precepto remite a lo dispuesto al efecto en el artículo 12 de la LSSA, aunque añadido algún detalle de interés a la obligación del usuario de participar en la financiación del servicio o prestación que reciba. Para su mejor comprensión, se expone a continuación la regulación legal y reglamentaria que condiciona el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares sobre este extremo.

Esta obligación encuentra su base legal en el inciso e) del apartado primero del artículo 12 de la LSSA, que establece el deber del usuario de servicios sociales de “contribuir a la financiación del coste de los servicios recibidos”, aunque la determinación de las aportaciones debe respetar los principios de equidad, progresividad, redistribución y solidaridad (artículo 116.3 de la LSSA). Ambas previsiones son excesivamente generales, por lo que va a ser la normativa que desarrolle la LSSA la que especifique quién debe contribuir a su financiación y la cuantía de esa contribución, para lo cual habrá de tenerse en cuenta la capacidad económica de la persona usuaria y, en su caso, de la unidad de convivencia¹¹⁷.

Este tipo de determinaciones deberían incluirse en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía (artículo 41.7 de la LSSA), para lo cual habrán de respetarse los límites y el método de cálculo de la capacidad económica que establece el artículo 121 de la LSSA. Hasta que no se apruebe el Catálogo, siguen siendo de aplicación las normas reglamentarias vigentes a la entrada en vigor de la LSSA. Es interesante traer aquí, porque es la que se ha tenido en cuenta para determinar las obligaciones de abono incluidas en los conciertos sociales para cubrir las necesidades en

¹¹⁶ Aunque el artículo 121.3 de la LSSA garantiza que en ningún caso se pueda excluir a una persona de la prestación de servicios sociales financiados total o parcialmente con fondos públicos por el hecho de no disponer de recursos económicos o resultar éstos insuficientes.

¹¹⁷ La LSSA vela porque las entidades concertadas no utilicen el concierto como vía para comercializar otro tipo de servicios o prestaciones. Por ello el artículo 104.3 de la LSSA no permite el cobro a las personas usuarias de cualquier cantidad por servicios complementarios, al margen de los precios públicos estipulados, si no ha sido previamente autorizado por el órgano competente.

Andalucía de los servicios de atención residencial, centros de día y centros de día con terapia ocupacional para personas con discapacidad en situación de dependencia (expediente CA-15/2180), la Orden de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de 10 de marzo de 2016, que regula los costes máximos de las plazas objeto de concertación con centros de atención a personas mayores y personas con discapacidad. A partir de esos módulos y de los porcentajes establecidos en la legislación de dependencia y en los propios pliegos del concierto social, la entidad adjudicataria efectuará el cálculo de la aportación que debe satisfacer cada usuario, decisión que será revisada por la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía.

En garantía de lo anterior, el artículo 24 del Decreto 41/2018 obliga a las personas usuarias o a quienes, en su caso, ostenten su representación legal a comunicar a su entidad financiera que, con carácter mensual, procedan a efectuar el abono a la entidad concertante de la aportación que le corresponda (artículo 24 del Decreto 41/2018). El justificante de dicha comunicación debe remitirse a la entidad concertante.

7.1.4 Duración, renovación y prórroga del concierto social

El concierto social no tiene una duración fijada legalmente, puesto que la normativa vigente ni siquiera establece un límite máximo. El artículo 106.1 de la LSSA se limita a establecer su carácter plurianual, señalando que su duración debe “garantizar la estabilidad en su provisión”. Por tanto, su duración se establecerá caso a caso, de forma motivada, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29.1 de la LCSP, que obliga a considerar “la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos”.

De acuerdo con esa lógica, el Decreto 41/2018 ha regulado con más detalle la duración del concierto social. En su artículo 28.2 se dispone: “La duración del concierto social deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y las características de su financiación y no podrá ser superior a ocho años, sumando el periodo inicial y las sucesivas renovaciones, en su caso”. Aunque el plazo máximo de duración fijado es superior al previsto en la LCSP para los contratos de servicios (su artículo 29.4 establece un plazo máximo de duración de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas), no parece cuestionable la opción del Decreto 41/2018, puesto que el artículo 29.1 de la LCSP parece acoger que las normas que regulen contratos especiales no están sujetos a ese límite¹¹⁸.

¹¹⁸ También conviene recordar que el mismo artículo 29.4 de la LCSP contempla que en los contratos de servicios relativos a los servicios a las personas (los más parecidos a los conciertos sociales) “podrá establecerse [...] un plazo de duración mayor cuando ello fuera necesario para la continuidad de aquellos tratamientos a los usuarios en los que el cambio del prestador pudiera repercutir negativamente” (párrafo cuarto).

Sin superar estos límites, será el órgano de contratación quien fije la duración de cada concierto social teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones y las características de su financiación, del mismo modo que acordará, antes de su finalización, si procede su renovación o su prórroga.

En efecto, antes de su finalización el órgano de contratación debe resolver si procede o no la renovación del concierto social, tras comprobar si se dan las condiciones fijadas por el Decreto 41/2018¹¹⁹. Pero la renovación requiere la voluntad de ambas partes, lo que tiene varias implicaciones procedimentales. La primera es que el procedimiento de renovación debe iniciarse de oficio o a instancia de parte al menos seis meses antes de la finalización del concierto social, puesto que es el periodo de preaviso que establece el artículo 29.3 del Decreto 41/2018. De no realizarse la citada comunicación, deberá mantenerse el concierto en sus mismos términos.

Una vez iniciado el procedimiento, y siempre que la entidad concertada tenga voluntad de renovarlo, tendrá esta que presentar una declaración responsable relativa al cumplimiento por la entidad de los requisitos y criterios que determinaron la formalización del mismo, acreditada documentalmente (artículo 29.1 del Decreto 41/2018). El órgano de contratación examinará la documentación presentada y procederá a resolver de manera motivada sobre la renovación (artículo 29.2).

El Decreto 41/2018 establece varias cautelas para evitar los inconvenientes que pudieran derivarse del hecho de que se extinga el concierto sin que se haya renovado o suscrito uno nuevo con otra entidad que garantice la continuidad de la prestación concertada. El artículo 28.4, inspirándose en la regla del párrafo quinto del artículo 29.4 de la LCSP, dispone que cuando esa circunstancia se produzca como consecuencia de “incidencias resultantes de acontecimiento imprevisibles para el órgano concertante producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación”, se podrá prorrogar el concierto originario hasta que comience la ejecución del nuevo, siempre que la convocatoria del nuevo concierto se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del concierto originario. Esta posibilidad está sometida a ciertos límites, como que la prórroga no sea superior a nueve meses y que no se modifiquen las restantes condiciones del concierto.

Por su parte, el artículo 29.4 del Decreto 41/2018 establece una segunda cautela para el supuesto en que la Administración concertante o bien la entidad concertada no estime oportuno renovar el concierto social: si al vencimiento del concierto social no se hubiera formalizado el nuevo, de forma que se garantice la continuidad de la prestación a realizar por la entidad privada, la Administración acordará de oficio la prórroga del primer concierto social hasta la entrada en el servicio efectivo de una nueva entidad. Cumple así la

¹¹⁹ Aunque la LSSA permite la renovación de los conciertos sociales (artículo 106.2), no establece las condiciones que deben concurrir para ello. Se remite a lo que se establezca reglamentariamente.

entidad pública con su deber de garantizar que los derechos de las personas usuarias de las prestaciones concertadas no se vean perjudicados por la finalización del concierto social (artículo 106.3 de la LSSA). Esta prórroga no podrá ser superior a nueve meses, que parece un plazo suficiente para preparar y licitar un nuevo concierto social¹²⁰.

7.2 Modificación del concierto social

La regulación de la modificación del concierto social se encuentra en la sección 2ª del capítulo IV del Decreto 41/2018, en el que no hay grandes diferencias con el régimen general de la LCSP, recogido en los artículos 203 a 207, que son además de aplicación supletoria.

Una vez formalizado el concierto social solo podrán introducirse modificaciones “por razones de interés público, debidamente justificadas” (artículo 27.1 del Decreto 41/2018). En cualquier otro caso, lo que procede es la resolución del concierto social y la celebración de otro con las nuevas condiciones de ejecución. Además, del apartado segundo de artículo 27 se deduce que la posibilidad de modificación está sujeta a ciertas condiciones: el pliego de cláusulas administrativas particulares debe concretar tanto los supuestos de modificación, en los términos que exigen los apartados a) y b) del artículo 204.1 de la LCSP, como el porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueda afectar. A estos efectos, el contenido de la cláusula de modificación debe definirse con absoluta concreción, de manera permita a los interesados comprender su contenido exacto e interpretarla de la misma manera, y al órgano de contratación comprobar efectivamente el cumplimiento por parte de los primeros de las condiciones de aptitud exigidas y valorar correctamente las ofertas presentadas por estos.

Para los supuestos de modificaciones no previstas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, el artículo 27.4 del Decreto 41/2018 se remite a lo dispuesto en el artículo 205 de la LCSP, en el que se detallan de forma precisa los supuestos de modificación admisibles (apartado segundo del artículo 205: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales) y se enumeran los requisitos que deben cumplirse (apartado primero).

Aunque no diga nada al respecto el Decreto 41/2018, que únicamente alude a los artículos 204 y 205 de la LCSP, parece razonable entender que estas previsiones deben aplicarse “[s]in perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución” (artículo 203.1 de la LCSP). En estos supuestos, a falta de norma expresa en el Decreto 41/2018, se aplicarían las reglas y procedimientos de la LCSP.

¹²⁰ Aunque la entidad concertante no haya renovado el concierto social, la entidad concertada podrá participar nuevamente en las sucesivas licitaciones de conciertos sociales del mismo servicio o prestación (artículo 28.2 del Decreto 41/2018).

El procedimiento de modificación se regula en el apartado segundo del artículo 27 del Decreto 41/2018. Se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa de la entidad concertante, o bien a instancia de la entidad concertada, siendo en todo caso preceptiva la audiencia a la misma; y se articulará en la forma que se hubiese especificado en los pliegos de cláusulas administrativas particulares que deberán concretar tanto los supuestos de modificación, en los términos que exigen los apartados a) y b) del artículo 204.1 de la LCSP, como el porcentaje del precio del contrato al que como máximo pueda afectar. El plazo para resolver y notificar la resolución de modificación será, como máximo, de tres meses desde la fecha del acuerdo de iniciación.

Aunque no se diga nada en el Decreto 41/2018, las modificaciones deben formalizarse del mismo modo que la adjudicación del concierto social (artículo 203.3 de la LCSP).

El artículo 27.3 del Decreto 41/2018 establece la obligatoriedad para la entidad concertada de las modificaciones del concierto social previstas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, “siempre que sean indispensables para responder a la causa objetiva que las haga necesarias, previo reajuste de la garantía definitiva en su caso”. Cuando la modificación no esté prevista en los pliegos de cláusulas administrativas particulares hay que acudir a lo dispuesto en el artículo 205 de la LCSP, al que se remite expresamente el artículo 27.4. del Decreto 41/2018. En este caso solo se consideran obligatorias para la entidad concertada las modificaciones no previstas en el PCAP que no superen el 20% del precio inicial.

7.3 Extinción y suspensión del concierto social

7.3.1 Causas de extinción

El artículo 31 del Decreto 41/2018 regula las causas de extinción del concierto social, que pueden ser de dos tipos. La forma ordinaria de extinción será por su cumplimiento, una vez finalizado su período de vigencia¹²¹. Pero también se podrá resolver por la Administración cuando se dé alguna de las causas de extinción enumeradas en el apartado segundo del artículo 31. De nuevo encontramos una remisión a las causas generales de resolución previstas en la legislación de contratos del sector público (contenidas en el artículo 211 de la LCSP) junto a un extenso catálogo de causas de resolución específicas, hasta dieciséis:

¹²¹ El concierto social se entenderá cumplido cuando se hayan realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de las prestaciones concertadas (artículo 210.1 de la LCSP). Por tanto, será preciso un acto expreso de conformidad.

- a) La imposición de la sanción de suspensión de la actividad, de un centro, servicio, programa o prestación, con motivo de infracción muy grave en materia de servicios sociales y de atención a la Dependencia.
- b) El cambio de titularidad, o en la gestión, del centro, servicio, programa o prestación, sin la previa autorización de la entidad pública concertante.
- c) La pérdida de la debida autorización de funcionamiento y acreditación, en su caso.
- d) La modificación del concierto social que implique un incremento del importe, en el porcentaje que determine el pliego de cláusulas administrativas particulares.
Esta causa está conectada con la nueva regulación de la modificación no prevista en los pliegos, puesto que solo es obligatoria cuando no es superior a determinados porcentajes del precio inicial. Por encima de ellos, es potestativa y por tanto podría dar lugar a la resolución del concierto social.
- e) El mutuo acuerdo entre la entidad pública concertante y la entidad concertada, manifestado con la antelación suficiente que permita garantizar la continuidad del servicio, de los estándares o parámetros de calidad exigibles en el concierto social, así como de los objetivos asistenciales que correspondan en cada caso.
- f) El incumplimiento de las obligaciones calificadas como esenciales en el correspondiente concierto social siempre que dicho incumplimiento sea imputable a la entidad concertada¹²².
- g) El incumplimiento grave de la legislación fiscal, laboral, de seguridad social o de integración de personas con discapacidad, de prevención de riesgos laborales; o de la legislación en materia de igualdad o de la normativa en materia de protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias.
- h) El incumplimiento grave de las normas de carácter obligatorio a que han de sujetarse los centros y actividades asistenciales y las obligaciones en materia de seguridad e instalaciones.
- i) La suspensión de la ejecución del servicio sin autorización expresa de la entidad pública concertante, salvo que tuviera como finalidad evitar daños a las personas, al centro donde se preste el servicio o a otros bienes, o a una orden de la autoridad administrativa o judicial competente.
- j) La falta continuada de demanda de un servicio o la desaparición de las necesidades que, en su momento, justificaron el concierto social para la prestación del servicio.
- k) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos.
- l) El incumplimiento de las limitaciones en materia de subcontratación que se establezcan en la convocatoria de licitación.
- m) El incumplimiento del deber de confidencialidad.
- n) El hecho de peligrar la viabilidad económica del titular del concierto social, constatado por los informes de auditoría presentados anualmente.

¹²² Se alude a incumplimiento “imputable a la entidad concertada”, circunstancia que requiere, por tanto, la presencia de culpa conforme a los cánones que al respecto traza el Derecho Civil.

- o) La negativa a atender a las personas usuarias derivadas por la entidad pública competente.
- p) Las establecidas expresamente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y en el documento administrativo de formalización del contrato.

Además, el artículo 33.2 del Decreto 41/2018 añade la resolución del concierto social en los supuestos de extinción de la personalidad jurídica de la entidad concertada, salvo en los supuestos de cesión del contrato debidamente autorizados¹²³.

Como regla general, las causas de resolución van a estar relacionadas con la conducta o con una situación de la entidad concertada, por lo que habrá que acreditar la concurrencia de las circunstancias descritas y, cuando sea necesaria, la culpa del causante en un procedimiento seguido al efecto. Sin embargo, la causa recogida en el inciso j) es ajena a la conducta de la entidad concertada e incluso queda a la discrecionalidad de la Administración la fijación de los criterios para determinar si se ha producido, lo que indudablemente tendrá repercusiones importantes para quien sufre la resolución. Se echa en falta una regulación que precise si en estas situaciones surge la responsabilidad patrimonial de la Administración.

7.3.2 La suspensión del concierto social

El Decreto 41/2018 también ha previsto la adopción de medidas cautelares y provisionales que pueden ser adoptadas con ocasión de un procedimiento sancionador en materia de servicios sociales y de atención a la Dependencia (artículo 33.3). Como es lógico, si la medida adoptada es la de cierre o suspensión, total o parcial, de un centro, servicio, programa o prestación, supondrá también la suspensión de los efectos del concierto social durante la vigencia de la medida cautelar o provisional.

Pero no es necesario que se dé un procedimiento sancionador para adoptar medidas provisionales, ya que estas pueden acordarse en cualquier procedimiento para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer (artículo 56 LPAC) o para la protección de otros intereses generales cuando expresamente lo prevea el ordenamiento jurídico. Por eso, aunque las circunstancias que pudieran justificar la resolución de un concierto social no hayan sido tipificadas como infracción administrativa, el órgano competente para contratar podría adoptar medidas provisionales en el procedimiento de resolución regulado en el artículo 32 del Decreto 41/2019, incluida la suspensión del concierto social.

¹²³ El artículo 33.5 del Decreto 41/2018 está relacionado con esta causa, puesto que permite la continuación del concierto social en caso de declaración de concurso de la entidad concertada mientras no se produzca la apertura de la fase de liquidación, si a juicio de la entidad pública la adjudicataria presta las garantías suficientes de provisión de las prestaciones y servicios en idénticas condiciones de continuidad, calidad e idoneidad. Pero incluso si se opta por esta posibilidad, el concierto social se resolverá siempre con la apertura de la fase de liquidación.

Una situación completamente distinta es la prevista en el inciso a) del artículo 31.1, en el que se ha previsto que la imposición de la sanción de suspensión de la actividad de un centro, servicio, programa o prestación, con motivo de infracción muy grave en materia de servicios sociales y de atención a la Dependencia es causa suficiente para resolver el concierto social, que quedaría extinguido, sin que recuperase sus efectos cuando se levante la suspensión del centro, servicio o prestación.

7.3.3 El procedimiento de resolución

Para resolver el concierto social la Administración debe tramitar el procedimiento que regula el artículo 32 del Decreto 41/2018. El procedimiento de resolución se inicia de oficio, bien por propia iniciativa de la entidad concertante o bien a instancia de la entidad concertada. Corresponde adoptar este acuerdo al órgano competente para la adjudicación del concierto social, que también es competente para resolverlo. El procedimiento se desarrollará de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 31 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, garantizando en todo caso que se dé audiencia a la entidad concertada (artículo 32.2).

Como es lógico, la resolución debe motivarse (artículo 35 de la LPAC) y reflejar en su contenido, cuando se acuerde la resolución del concierto social, las causas que la fundamenten y las medidas a adoptar por la entidad pública concertante para garantizar que los derechos de las personas usuarias del servicio concertado no se vean perjudicados por la extinción del mismo (artículo 32.3). Estas indicaciones deben completarse con lo dispuesto en el artículo 88 de la LPAC y notificarse a la entidad concertada, indicando los recursos que proceden contra dicha resolución, el órgano ante el que han de presentarse y el plazo de interposición.

En cualquier caso, para evitar cualquier confusión hay que recordar que la extinción del concierto por incumplimiento y otros supuestos análogos no tiene carácter sancionador, sino que es una reacción frente a un incumplimiento contractual. Y ello es así con independencia de que la acción que causa la extinción pueda constituir una infracción administrativa. Negar ese carácter sancionador tiene consecuencias importantes, puesto que la resolución del concierto es compatible con la imposición en su caso de las sanciones previstas en la LSSA, sin que ello vulnere la garantía *non bis in idem*. Tampoco es necesario que el procedimiento de resolución del concierto social se someta a las reglas y garantías del procedimiento sancionador.

La resolución del procedimiento de extinción del concierto social debe producirse y notificarse en un plazo máximo de tres meses, a contar desde la notificación del acuerdo de iniciación (artículo 32.4 del Decreto 41/2018). En caso de que transcurra dicho plazo sin que la entidad interesada haya recibido la notificación de una resolución expresa se producirá la caducidad del procedimiento, de conformidad con lo establecido en los artículos 25 de la LPAC y 32.5 del Decreto 41/2018.

7.3.4 Efectos de la extinción del concierto social

Los efectos de la extinción del concierto social se regulan sucintamente en el artículo 33 del Decreto 41/2018, con el foco puesto básicamente en garantizar la continuidad de la prestación o servicio a las personas usuarias (apartado primero). Por ello será ineludible acudir a la regulación de la extinción de los contratos administrativos contenida en el artículo 213 de la LCSP.

El apartado tercero del artículo 33, por ejemplo, contiene una regla que suscita bastantes dudas. Dispone que “[e]n ningún caso, la resolución de la entidad pública concertante por la que se acuerde la extinción del concierto social dará derecho a indemnización”. Esta rotunda afirmación puede chocar en determinadas circunstancias con principios básicos del régimen constitucional de responsabilidad de las Administraciones Públicas, por lo que en tales situaciones deberá contrastarse con la legislación de contratos del sector público.

En definitiva, habrá que distinguir varias situaciones. Es cierto, por supuesto, que, en los supuestos de extinción más habituales, seguramente en los que pensaba el redactor del Decreto, el concierto social se resolverá por causas imputables al contratista, que es lo que caracteriza a casi todas las recogidas en el artículo 31 del Decreto 41/2018. En esos casos, es normal que proceda la incautación de la garantía prestada e incluso la indemnización a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada (artículo 213.3 de la LCSP). Pero no hay que olvidar que el mismo artículo se remite también a las causas de extinción reguladas en la LCSP, en la que se contemplan causas que sí permiten al contratista exigir una reparación, conforme a lo dispuesto en el artículo 213 de la LCSP. Y cuando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por ellas.

Todos estos extremos deben quedar claros en la resolución del procedimiento de extinción, en el que el órgano competente para la adjudicación del concierto social debe pronunciarse sobre la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida y de las eventuales indemnizaciones.

En cualquier caso, una vez extinguido el concierto social, con independencia de que se haya producido por cumplimiento y no renovación, como por resolución, debe garantizarse a los usuarios la continuidad de la prestación o servicio (artículo 33.1 del Decreto 41/2018). A tal fin, está previsto que la entidad concertante podrá acordar la prórroga del concierto social hasta la prestación efectiva del servicio por una nueva entidad, aunque la prórroga tiene una duración limitada a nueve meses.

Esta solución puede resultar inconveniente o causar ciertas dificultades en la continuidad del servicio cuando se den algunas de las causas de extinción del concierto social, en particular en los supuestos relacionados con incumplimientos graves por parte de la entidad adjudicataria, y el Decreto 41/2018 no establece una alternativa ni mecanismos que puedan atemperar esos inconvenientes. En esa situación podría aplicarse el mecanismo

previsto en el artículo 213.6 de la LCSP, que permite iniciar el procedimiento para la adjudicación del nuevo concierto social al mismo tiempo que se tramita el procedimiento de resolución del anterior, si bien la adjudicación del nuevo concierto social queda condicionada a la terminación del procedimiento de resolución.

BIBLIOGRAFÍA

AYMERICH CANO, C., “Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 53 (2019).

CASTRO ARGÜELLES, M.A., “La nueva Ley de Servicios Sociales de Andalucía: una presentación”, *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, vol. 19, nº 2 (2016).

CASTRO LÓPEZ, P., “El régimen jurídico administrativo de los servicios sociales en Andalucía: principales aportaciones de la nueva Ley 9/2016, de 27 de diciembre”, en GONZÁLEZ RÍOS, I. (directora), *Servicios de interés general y protección de los usuarios*, Dykinson, 2018.

COLÁS TENAS, J., “Las especialidades de la contratación pública en la administración local”, en GIMENO FELIU, J.M., *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Pamplona, 2018.

DÍEZ SASTRE, S. et alii, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Iuris Utilitas, A Coruña, 2018, 2ª edición ampliada.

DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., “Impacto de las directivas de contratos y de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público sobre la contratación en el ámbito sanitario”, *Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach*, Volumen I, Thomson-Reuters Aranzadi, 2018.

DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., “Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 50 (2019).

EZQUERRA HUERVA, A., “Epílogo. Algunas reflexiones jurídicas acerca del futuro de los servicios sociales”, *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de Servicios Sociales. Una perspectiva interdisciplinar*, Atelier, Barcelona, 2020.

FUENTES I GASÓ, J.R., “El règim jurídic de la provisió de serveis d’atenció a les persones a Catalunya: el concert social després de les directives europees contractació pública”, *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de Servicios Sociales. Una perspectiva interdisciplinar*, Atelier, Barcelona, 2020.

GALLEGO ANABITARTE, A., *Derechos fundamentales y garantías institucionales: Análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación, autonomía local y opinión pública)*, Civitas, Madrid, 1994.

GALLEGO CÓRCOLES, I., “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Documentación Administrativa: Nueva Época*, nº 4 (2017).

GALLEGO CÓRCOLES, I., “La introducción de cláusulas sociales como criterios de adjudicación”, en *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los procedimientos abiertos, restringido, licitación con negociación, negociado sin publicidad y diálogo competitivo”, en GIMENO FELIU, J.M, (director), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Pamplona, 2018.
GALLEGO CÓRCOLES, I. y GAMERO CASADO, E. (coordinadores), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

GARRIDO JUNCAL, A., “Análisis de la futura Ley de servicios sociales de Andalucía”, *Administración & Ciudadanía*, vol. 10, nº 2 (2015).

GARRIDO JUNCAL, A., “Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate”, *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 55 (2017).

GARRIDO JUNCAL, A., *Los servicios sociales en el S. XXI. Nuevas tipologías y nuevas formas de prestación*, Aranzadi, Pamplona, 2020.

GIMENO FELIÚ, J.M., “La contratación pública en los contratos sanitarios y sociales”, en el blog del *Observatorio de Contratación Pública*, 2015 [Disponible en: <http://www.obcp.es/>. Fecha de consulta: 1 de julio de 2019].

GIMENO FELIÚ, J.M., “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, *Anuario del Gobierno Local*, 2017.

GIMENO FELIU, J.M., “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 52 (2018).

GIMENO FELIÚ, J.M. (director), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Pamplona, 2018.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., “Capítulo XXIII. Las prohibiciones de contratar”, *Tratado de contratos del sector público*, coordinado por GALLEGO CÓRCOLES, I. y GAMERO CASADO, E., Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

HERNANDO RYDINGS, M., “Procedimientos de contratación y su incidencia en las entidades locales: principales novedades”, *Anuario del Gobierno Local*, nº 1 (2018, ejemplar dedicado a: Contratación pública y Administración local).

LAZO VICTORIA, X., “La figura del “concierto social” tras las Directivas europeas de contratación pública”, en el blog del *Observatorio de Contratación Pública*, 2016 [Disponible en: <http://www.obcp.es/>. Fecha de consulta: 25 de marzo de 2019].

LOPES MARTINS, L., “Breves nótulas sobre o “novo estatuto” das instituições particulares de solidariedade social no Direito nacional e no Direito da União Europeia”, *Cooperativismo e Economía Social*, núm. 37 (2015).

LÓPEZ-VEIGA BREA, J., “La contratación pública de servicios a las personas tras la aprobación de las directivas europeas de cuarta generación. Un nuevo horizonte en las políticas sociales autonómicas”, *Revista Galega de Administración Pública* nº 63 (2017).

MEDINA ARNÁIZ, T., “Las prohibiciones de contratar”, en GIMENO FELIU, J.M, (director) *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Pamplona, 2018.
MORENO MOLINA, J.A. y PINTOS SANTIAGO, J., *Los contratos administrativos y su aplicación: obras, suministros, servicios y concesiones de obras y servicios*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

NÚÑEZ LOZANO, M.C., “El impulso de la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en los contratos de la Comunidad Autónoma de Andalucía: informe”, *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 96 (2016).

NÚÑEZ LOZANO, M.C., “La nueva regulación de los derechos y de la atención a las personas con discapacidad en Andalucía”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 99 (2017).

PIZARRO NEVADO, R., “El concierto social para la prestación de la Atención Infantil Temprana en Andalucía”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, nº 14 (2020).

RODRÍGUEZ BEAS, M., “El encaje de las reglas de mercado en la gestión de los servicios sociales y sanitarios”, *La protección jurídica de la atención a las personas en materia de Servicios Sociales. Una perspectiva interdisciplinar*, Atelier, Barcelona, 2020, p. 237.

ROMEO RUIZ, A., “Las cláusulas sociales en la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público”, *Revista española de derecho administrativo*, nº 191 (2018).

Capítulo III. EL DECRETO-LEY 3/2017, DE 19 DE DICIEMBRE SOBRE LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN SOCIAL EN ANDALUCÍA

Manuel Moreno Linde

1. LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN EN ANDALUCÍA: CUESTIONES GENERALES

La regulación de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía ha experimentado importantes modificaciones con la aprobación del Decreto-Ley 3/2017, de 19 de diciembre, por el que se regula la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía (en lo sucesivo, DLRMISA), norma que ha venido a sustituir al vetusto Decreto 2/1999, de 12 de enero, que regulaba el Programa de Solidaridad de los Andaluces para la Erradicación de la Marginación y la Desigualdad en Andalucía (en adelante, DPSA).

Este instrumento normativo ha incorporado sustanciales novedades respecto de la regulación anterior, que serán objeto de estudio en el presente capítulo. No obstante, parece conveniente realizar, con carácter previo, una serie de consideraciones de carácter general que servirán para poner en contexto cuanto se expondrá posteriormente sobre el contenido del DLRMISA. Así, en primer lugar, se hará un breve análisis de de la situación socio-económica que ha enmarcado la reforma de la materia llevada a cabo. En segundo lugar, se describirá el marco normativo que ha servido de referencia y fundamento a la nueva regulación –especial trascendencia tiene, a este respecto, la consagración en la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía (en lo sucesivo, LSSA) de un auténtico derecho subjetivo a una renta mínima de inserción social–. En tercer lugar, se harán algunas observaciones generales sobre el DLRMISA, antes de iniciar el examen exhaustivo de su contenido.

1.1. Las rentas mínimas de inserción social y el contexto socio-económico

Las rentas mínimas de inserción social se conciben como prestaciones económicas de carácter público orientadas a la erradicar la marginación, la desigualdad y la exclusión social y a facilitar la inserción social y laboral de las personas beneficiarias de las mismas, que han de hallarse, como requisito para su percepción, en una situación de necesidad.

La creación de esta herramienta se debe al derecho francés, que reguló por primera vez la *Revenu Minimum d'insertion* en 1988¹²⁴, como respuesta al incremento de las cifras de desempleo que se estaba produciendo en Europa durante toda la década de los 80 del pasado siglo. El nuevo instrumento incorporó ya en ese momento la filosofía de doble derecho –a la garantía de ingresos y a la inserción social¹²⁵– que lo ha caracterizado desde entonces.

Por un lado, se trató de un mecanismo novedoso porque rompía con la lógica de las rentas categoriales que prevalecía hasta entonces en materia de prestaciones sociales, dada su naturaleza de prestación universal constitutiva de una “última red de seguridad” para todas aquellas personas que no disponen de ingresos suficientes para vivir –desde su adopción, cualquier persona mayor de 25 años que residiera legalmente en Francia y cuyos ingresos fueran inferiores al mínimo garantizado podía solicitar su percepción– .

Por otro, incorporó la novedad de asociar la percepción de una prestación económica a un programa de inserción concertado entre la Administración y el beneficiario, que este último se comprometía a cumplir: un contrato de inserción que preveía el conjunto de acciones de inserción social o profesional adaptadas a su situación¹²⁶.

Este es el modelo que, a grandes rasgos, ha inspirado los sistemas de renta mínima implantados en el resto de países de Europa.

Así pues, siendo la renta mínima de inserción una herramienta de lucha contra la pobreza y la exclusión social, la referencia a la reciente crisis económica como elemento de contextualización de la nueva regulación andaluza resulta insoslayable.

No cabe duda de que la crisis financiera internacional iniciada en 2008 tuvo un efecto devastador en la economía de las familias. Durante los años de la crisis se produjo un importante deterioro de las condiciones de vida de la clase trabajadora y se ha incrementado la brecha entre ricos y pobres. Así, unos estudios de la Agencia Europea de Estadística

¹²⁴ Concretamente, mediante Ley 88-1088, de 1 de diciembre.

¹²⁵ ARRIBA, A. “Rentas Mínimas de Inserción de las Comunidades Autónomas: una visión conjunta de su evolución y alcance”, *Gestión y análisis de políticas públicas* nº 2 (2009), p. 82.

¹²⁶ URTEAGA, E., “Las rentas mínimas en Francia”, *Papers: revista de sociología* nº 96/3 (2011), pp. 967-968

(Eurostat) reflejan que en 2018 se observaron grandes desigualdades en la distribución de la renta en el ámbito de la Unión Europea. De acuerdo con ese estudio, el 20 % de la población con la mayor renta disponible equivalente de la UE recibió ese año 5,1 veces más que el 20 % con el menor nivel de renta disponible equivalente. La proporción varía sustancialmente entre los Estados miembros. España se situó entre los que la brecha es mayor, con más de un 6 %¹²⁷.

En nuestra Comunidad Autónoma, los datos sobre pobreza son especialmente preocupantes. Según el INE, en 2019 la tasa de riesgo de pobreza en Andalucía se situaba en el 31,3 %, más de 10 puntos por encima del conjunto nacional (20,7 %)¹²⁸. Asimismo, el preámbulo del DLRMISA indica, de conformidad con un estudio realizado por la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, que a principios de 2017 el número de personas sin hogar en Andalucía ascendía a 1.731.

Estos datos ponen de manifiesto que nos encontramos ante un problema de primer orden, a cuya consolidación han contribuido diversos factores, como la revolución tecnológica y la consiguiente globalización, que han transformado no solo el sistema productivo mundial sino también la forma de entender las relaciones sociales.

Por otra parte, la irrupción de la crisis en todos los niveles provocada por la Covid-19 va a tener un impacto enorme sobre la economía de las familias -lo está teniendo ya-. El efecto de esta crisis aún es difícil de medir, pero no cabe duda de que las situaciones de pobreza y de exclusión van a verse agudizadas.

En este contexto, la adecuada articulación de un sistema de rentas mínimas adquiere singular trascendencia. A este respecto, se ha señalado que esta herramienta debe constituir hoy una auténtica herramienta de redistribución de la riqueza, y no un mero mecanismo de atención a situaciones puntuales de marginalidad y exclusión –así lo indica el preámbulo del DLRMISA–.

Por otra parte, las rentas mínimas deben configurarse de acuerdo a una concepción de la pobreza y la exclusión que ha superado la perspectiva meramente economicista. La pobreza no debe entenderse hoy, exclusivamente, como una carencia de bienes materiales

¹²⁷ Datos extraídos del informe estadístico elaborado por la Agencia Europea de Estadística (Eurostat) sobre pobreza de ingresos.

https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Income_poverty_statistics/es&oldid=501575#Desigualdades_en_la_renta

Estas mismas estadísticas expresan que, efectivamente, la brecha de la desigualdad aumentó en España desde el inicio de la crisis en 2008, año en el que la tasa se situaba en nuestro país en el 5,6 %.

<http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/submitViewTableAction.do>

¹²⁸ Instituto Nacional de Estadística. Tasa de riesgo de pobreza por Comunidades Autónomas.

<https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=9963#!tabs-tabla>

básicos¹²⁹. Más allá de esa circunstancia, la pobreza y la exclusión suponen una imposibilidad de ejercicio de los derechos inherentes a la condición de ciudadano.

Por ello, la renta mínima de inserción social ha de concebirse como un instrumento que, más allá de garantizar que “ningún ciudadano se quede sin nada para vivir”¹³⁰, contribuya a que sus perceptores tengan la posibilidad de ejercitar plenamente sus derechos civiles, incluido el de participación en los asuntos públicos. De ahí la importancia de reforzar el segundo de los elementos caracterizadores de los programas de renta mínima: la adecuada articulación de su percepción con un programa de medidas de carácter social, laboral, educativo, de salud y de vivienda que habrán de ser aplicadas conjunta y coordinadamente. Ello resulta coherente con una concepción de los servicios sociales públicos que ha superado el inicial enfoque caritativo o benefactor para incorporar el objetivo de la promoción personal y colectiva de los ciudadanos en todos los ámbitos de la vida¹³¹.

1.2. Marco normativo y competencial de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía

La vigente regulación andaluza de la Renta Mínima de Inserción Social se fundamenta en una serie de normas emanadas de diferentes instituciones que, de manera inmediata o mediata, dan cobertura a la configuración de un sistema público de prestaciones económicas dirigido a erradicar la pobreza y la exclusión social.

En el Derecho internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos recoge en su art. 22 el derecho de toda persona “a la seguridad social y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. Por su parte, el art. 23.3 establece que “toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”. Y, por último, el art. 25.1 reconoce el derecho de la persona a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”, así como el “derecho a los seguros en caso de desempleo, enferme-

¹²⁹ A este respecto, vid. 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, p. 234.

¹³⁰ ARRIBA, A. “Rentas Mínimas de Inserción de las Comunidades Autónomas... cit. p. 81.

¹³¹ MELLADO RUIZ, L., “Renta mínima de inserción e inclusión social en la Comunidad andaluza” en la obra colectiva coordinada por FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M., *El derecho de los servicios sociales*, INAAP, Sevilla, 2012, p. 228.

dad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

Reconocimientos similares pueden encontrarse en el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, en los arts. 7¹³² y 11¹³³.

Las disposiciones referidas no legitiman directamente la creación por los estados firmantes de un sistema público prestador de rentas mínimas de inserción social. No obstante, sí permiten deducir un “derecho a un mínimo vital”, entendido como el derecho de todos los individuos que forman parte de una comunidad a disponer de una cantidad mínima para hacer frente a sus necesidades básicas¹³⁴; derecho a cuya satisfacción sirve –aunque no de manera exclusiva, según se ha indicado¹³⁵– la implementación de aquel sistema de prestaciones públicas.

En el ámbito europeo, el Consejo de Europa reconoce en la Carta Social Europea los derechos antes aludidos. Más concretamente, su art. 4 recoge el derecho de los trabajadores a una remuneración que les permita a él y a su familia un nivel de vida decoroso, y el 13 establece el derecho a asistencia social y médica, que implica el compromiso de los estados firmantes de “velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado”.

Por otra parte, en el nivel comunitario, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge en su art. 34.3 “con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza (...) el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”.

Es preciso destacar que la Unión Europea ha fomentado la implementación por los estados miembros de un sistema de renta mínima, como instrumento para promover la inclusión e impulsar la lucha contra la pobreza y la exclusión social, y con la finalidad no solo de aliviar

¹³² Este precepto reconoce el derecho a los trabajadores a una remuneración suficiente para garantizar a ellos y a sus familias unas condiciones de existencia dignas

¹³³ Este artículo reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.

¹³⁴ A este respecto vid. CARMONA CUENCA, E., “El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la Constitución Española de 1978” *Estudios Internacionales* nº 172 (2012), p. 63.

¹³⁵ Como se ha señalado, la renta mínima de inserción social no tiene como finalidad exclusiva proveer los recursos indispensables para subsistir, sino que persigue, además, la plena integración de los ciudadanos beneficiarios de las mismas en la sociedad.

situaciones de precariedad, sino también de prevenir escenarios de pobreza en el futuro. Así, en la actualidad, la inmensa mayoría de los estados miembros tienen un sistema propio de renta mínima¹³⁶. Sin duda, se trata de una herramienta valiosa para combatir las importantes desigualdades existentes en el seno de la Unión que, según vimos antes, las políticas comunitarias no han logrado paliar.

Centrándonos ya en nuestro derecho interno, la CE no reconoce el derecho a una renta mínima de inserción, si bien, sí contiene, desde luego, elementos suficientes para cimentar la articulación de un sistema de prestaciones de esa naturaleza.

Así, entre los preceptos constitucionales en los que puede apoyarse un sistema de rentas mínimas, cabe señalar, en primer término, el art. 15, que recoge el derecho a la vida. Las consecuencias normativas de este derecho, al que cabría adscribir el ya mencionado “derecho a un mínimo vital”, son evidentemente amplias, siendo posible deducir de él, de acuerdo con lo señalado por algunos autores, el “derecho a la obtención de prestaciones públicas que faciliten las condiciones de subsistencia mínimas¹³⁷. Asimismo, también cabe apuntar el art. 10.1, que refiere la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes como fundamento del orden político y la paz social.

Pero en todo caso, la mayor parte de los preceptos que fundamentan la configuración de un sistema de renta mínima de inserción son los que integran a la llamada Constitución Social. La referencia más genérica a la función promocional del Estado la constituye el art. 1.1, que define al Estado Español como un Estado Social y Democrático de Derecho. Sobre esta base, el art. 9.2 consagra el principio de igualdad material, al establecer que los poderes públicos deben “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 facilitando “la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Estas genéricas previsiones encuentran moderada concreción, fundamentalmente, en el capítulo III del título I CE, que recoge los principios rectores de la política social y econó-

¹³⁶ Este impulso se ha instrumentado a través de diversos documentos adoptados por el Parlamento y por la Comisión. Ha de destacarse la resolución de 6 de mayo de 2009, sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral (2008/2335(INI)) –aprobada a partir de la Comunicación de la Comisión, de 3 de octubre de 2008, relativa a una Recomendación de la Comisión sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral (COM (2008) 0639)–.

<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/b8272e05-51d5-40e1-9796-e69224052f6f/language-es>

A este respecto, vid. BERGANTIÑOS N., FONT, R. y BACIGALUPE, A., “Las rentas mínimas de inserción en época de crisis. ¿Existen diferencias en las respuestas de las Comunidades Autónomas?”, *Papers: revista de sociología* nº 102/3 (2017), p. 402.

¹³⁷ Vid. CARMONA CUENCA, E., “El derecho a un mínimo vital... cit.”, p. 69. La autora cita, a este respecto, a otros autores como Gomes Canotinho y Alexy.

mica. De estos principios¹³⁸, singular trascendencia tienen, por su función legitimadora e impulsora de la configuración de los servicios sociales públicos, los consagrados en los arts. 39 y 50.

El primero de estos preceptos dirige a los poderes públicos el amplio mandato de “asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia”. El segundo precisa en alguna medida la directriz anterior mediante la previsión de un sistema de pensiones y, en general, de servicios sociales dirigidos, eso así, a un grupo reducido de ciudadanos: los que pertenecen a la tercera edad.

Los principios señalados habilitan a los poderes públicos para implementar un régimen de prestaciones económicas dirigidas a garantizar un mínimo vital a los ciudadanos. Y particularmente, para articular un sistema de rentas mínimas dirigidas específicamente a personas que se encuentran en situación de pobreza y exclusión social.

Dicho sistema ha sido configurado por las CCAA en virtud de las atribuciones sobre asistencia social asumidas por ellas a través de sus Estatutos de Autonomía, de acuerdo con la previsión del art. 148.1.20º CE, que identifica dicha materia como posible competencia autonómica. La cuestión de la atribución competencial en este ámbito merece, no obstante, algunas consideraciones.

Por una parte, como ocurre con muchas otras materias, la competencia autonómica en materia de asistencia social se solapa con otras atribuidas al Estado, especialmente, en este caso, con la competencia estatal sobre legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17º CE). La relación entre ambas competencias es particularmente conflictiva por la dificultad que entraña deslindar los conceptos de seguridad social y asistencia social. El criterio delimitador se estableció inicialmente en el carácter contributivo o no contributivo de las prestaciones dispensadas por uno y otro sistema (contributivas, las de la Seguridad Social, no contributivas las de los sistemas autonómicos de asistencia social). La cuestión, sin embargo, se complicó desde el momento en que la Seguridad Social, en un proceso de paulatina ampliación de su ámbito de protección social, incorporó a su catálogo prestaciones económicas de carácter no contributivo.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la problemática descrita, sin aportar soluciones suficientemente clarificadoras en ningún caso. De manera sintética, siguiendo la doctrina establecida por el Tribunal sobre esta cuestión, es posible

¹³⁸ Cabe recordar que aunque buena parte de las previsiones contenidas en estos preceptos reciben la etiqueta formal de derechos sociales, la realidad es que no lo son, lo que impide que puedan ser alegados directamente ante los tribunales de justicia, de acuerdo con el art. 53.3 CE. Ello no significa que no tengan ningún valor jurídico ni que a partir de los mismo no puedan configurarse verdaderos derechos subjetivos –como así ha ocurrido–, estos sí, invocables ante la jurisdicción ordinaria. Sobre esta cuestión, vid. GAMERO CASADO, E., “Los servicios sociales en el Estatuto de Autonomía para Andalucía” en la obra colectiva coordinada por FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M., *El derecho de los servicios sociales*, INAAP, Sevilla, 2012, pp. 35 y ss.

afirmar que la relación entre la asistencia social y la Seguridad social es de complementariedad subordinada de la primera respecto de la segunda, es decir, la acción protectora de la asistencia social deberá producirse en aquellos ámbitos o situaciones de necesidad que no queden cubiertos por la Seguridad Social¹³⁹.

Así las cosas, en el actual contexto de crisis provocado por la Covid-19, el Estado ha regulado finalmente un mecanismo de protección social cuyo objeto es sustancialmente el mismo que el de las rentas mínimas reguladas por las CCAA: el Ingreso Mínimo Vital. Este instrumento de protección ha sido adoptado mediante el Real Decreto 20/2020, 29 de mayo, convalidado por Acuerdo del Congreso de los Diputados, de 10 de junio. La norma se ha dictado al amparo de una diversidad de títulos competenciales –además de el del artículo 149.1.17º –. En concreto, los de los apartados 1º, 13º, 14º, 17º y 18º, que atribuyen al Estado la competencia exclusiva sobre 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; bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica; hacienda general y deuda del Estado; legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social; y bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común (disposición adicional novena del Real Decreto-Ley).

La figura regulada por el Estado se configura como una prestación no contributiva y, como decimos, cumple la misma función que las rentas mínimas autonómicas. En este sentido, se afirma en el preámbulo de la norma que la prestación “nace con el objetivo principal de garantizar, a través de la satisfacción de unas condiciones materiales mínimas, la participación plena de toda la ciudadanía en la vida social y económica, rompiendo el vínculo entre ausencia estructural de recursos y falta de acceso a oportunidades en los ámbitos laboral, educativo, o social de los individuos”. En cualquier caso, El Real Decreto-Ley garantiza la compatibilidad de la prestación estatal con las ayudas de las CCAA, que ahora podrán modular su acción protectora en este ámbito tomando en consideración el papel que asume el Estado como última red de protección asistencial.

Por lo demás, la articulación de esta prestación viene a satisfacer las demandas de regulación estatal de un sistema mínimo de rentas que venían planteando algunas CCAA, entre ellas la andaluza. A este respecto, en el preámbulo del DLRMISA se afirmó que la nueva concepción de la renta mínima como mecanismo de redistribución de la riqueza refuerza la “legítima” demanda que el Gobierno de la Junta de Andalucía viene haciendo al de la Na-

¹³⁹ Sobre la conflictiva relación entre los dos títulos competenciales, vid. CASTRO LÓPEZ, P., “El régimen jurídico administrativo de los servicios sociales en Andalucía: principales aportaciones de la nueva Ley 9/2016, de 27 de diciembre” en la obra colectiva dirigida por GONZÁLEZ RÍOS, I. *Servicios de interés general y protección de los usuarios*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 269 y ss. y GAMERO CASADO, E., “Los servicios sociales... cit. pp. 42 y ss.

ción “para que configure un sistema estatal de garantía de rentas que asegure el derecho recogido en el art. 39.1 de la Constitución Española, en el que se indica que «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de las familias»”. Y señala, asimismo, que tal intervención del Gobierno de la Nación debe producirse al amparo del mencionado título competencial del art. 149.1.1^o¹⁴⁰.

Las rentas mínimas de inserción comenzaron a implantarse en España por las CCAA a finales de los 80 y primeros 90, siendo pionera en su regulación, en 1989, la Comunidad Autónoma del País Vasco¹⁴¹. Desde ese momento, las demás Comunidades fueron adoptando sus programas de renta o ingresos mínimos, ante la crítica del Gobierno central, que por aquel entonces no veía con buenos ojos su implantación¹⁴².

Como puede suponerse, los modelos establecidos por las CCAA presentan diferencias notables en cuanto a su cobertura, cuantía o grado de discrecionalidad en su otorgamiento¹⁴³. E incluso en su concepción de acuerdo a la filosofía del doble derecho –garantía de ingresos e inserción social– en algunas Comunidades, o conforme a la idea de pago de la deuda que se contrae con la sociedad¹⁴⁴, en otras. A este respecto, se ha señalado que, en general, los programas adoptados por las CCAA se alejan de los estándares europeos tales como su definición como derecho, la cobertura o la ilimitación temporal¹⁴⁵. No obstante parece que durante el periodo de crisis el comportamiento de las CCAA en cuanto a sus sistemas de rentas mínimas ha mejorado¹⁴⁶. En todo caso, el modelo más desarrollado y que proporciona mayor cobertura al conjunto de los ciudadanos que se encuentra en situación de pobreza o exclusión social es el vasco.

En Andalucía, el primer programa de rentas mínimas de inserción fue establecido por el Decreto 400/1990, de 27 de noviembre, por el que se creó el Programa de Solidaridad de los Andaluces para la erradicación de la marginación y la desigualdad en Andalucía.

¹⁴⁰ Añade el preámbulo que “en tanto que el Gobierno de la Nación asume sus responsabilidades, y ante la situación real de exclusión social a la que se están viendo abocadas muchas personas, el Gobierno de la Junta de Andalucía ha asumido subsidiariamente esta obligación del Estado, poniendo en marcha un Renta Mínima de Inserción Social para atender las situaciones de aquellos grupos familiares más vulnerables.

¹⁴¹ Mediante el Decreto 39/89, de 28 de febrero, por el que se regula la concesión del ingreso mínimo familiar.

¹⁴² Vid. CARMONA CUENCA, E., “El derecho a un mínimo vital... cit.”, p. 77 y ARRIBA, A. “Rentas Mínimas de Inserción de las Comunidades Autónomas...” cit. p. 83.

¹⁴³ BERGANTIÑOS N., FONT, R. y BACIGALUPE, A., “Las rentas mínimas de inserción en época de crisis...” cit. p. 403 y HERAS ROBLES, I. y SÁNCHEZ CRUZ, M. “Rentas Mínimas de Inserción: Salario Social como último recurso del Sistema Público de Protección Social”, *Documentos de Trabajo Social* nº 49 (2011), p. 80.

¹⁴⁴ ARRIBA, A. “Rentas Mínimas de Inserción de las Comunidades Autónomas...” cit. p. 85.

¹⁴⁵ BERGANTIÑOS N., FONT, R. y BACIGALUPE, A., “Las rentas mínimas de inserción en época de crisis...” cit. p.403.

¹⁴⁶ *Ibidem* p. 414.

Este sería sustituido por el DPSA. La aprobación de esta última norma obedeció, según su exposición de motivos, a la necesidad de revisar algunos contenidos del Decreto anterior, especialmente en lo relativo a medidas, agilidad administrativa y seguimiento.

Tras 18 años de aplicación, y debido a la necesidad de adecuación a las nuevas circunstancias sociales, económicas y laborales, el Gobierno andaluz consideró prioritario renovar el marco jurídico del denominado por aquella norma “Ingreso Mínimo de Solidaridad”. Esa renovación se ha realizado mediante el DLRMISA que, como ya se ha apuntado, ha introducido importantes novedades en la regulación de esta materia. La innovación normativa se apoya en otras dos disposiciones de obligada referencia en el ámbito de la asistencia social: Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo (en adelante, EAA) y a la LSSA.

Por lo que respecta al EAA, su art. 61 atribuye a la Comunidad competencia exclusiva¹⁴⁷ en materia de servicios sociales, que incluye “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” y “la regulación y la aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social”. Además, el art. 84 complementa la anterior atribución otorgando también a la Comunidad Autónoma competencia para organizar y administrar los servicios sociales y ejercer la tutela de las instituciones y entidades en esta materia.

Asumida esta competencia, el EAA incorpora numerosas referencias a la protección y la asistencia social. Así, entre los objetivos básicos de la Comunidad, recogidos en el art. 10, se contiene uno directamente relacionado con la finalidad de la renta mínima de inserción: “La cohesión social, mediante un eficaz sistema de bienestar público, con especial atención a los colectivos y zonas más desfavorecidos social y económicamente, para facilitar su integración plena en la sociedad andaluza, propiciando así la superación de la exclusión social”. Por su parte, el art. 37.1.7º incluye entre los principios rectores de las políticas públicas de la Comunidad “la atención social a personas que sufran marginación, pobreza o exclusión y discriminación social”.

Pero, en lo que aquí interesa, probablemente el contenido más importante del EAA es el del art. 23, que recoge como derechos de los andaluces, el de “acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales”, así como “el 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”.

¹⁴⁷ De conformidad con el art. 42.2.1º, las competencias exclusivas asumidas por el Estatuto “comprenden la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, íntegramente y sin perjuicio de las competencias atribuidas al Estado en la Constitución. En el ámbito de sus competencias exclusivas, el derecho andaluz es de aplicación preferente en su territorio sobre cualquier otro, teniendo en estos casos el derecho estatal carácter supletorio”.

La referencia a la renta básica resulta ciertamente imprecisa y ambigua. Por la terminología empleada, no es posible saber con certeza si el estatuyente se refiere concretamente a la renta mínima de inserción social, aunque parece lo más razonable¹⁴⁸. A este respecto, no creemos que la norma estatutaria esté consagrando un derecho a una renta básica, en el sentido que le viene dando la doctrina a ese término, de prestación económica universal e incondicionada –a la que todos los ciudadanos tendrían derecho, con independencia de su situación económica, profesional, social, etc.–¹⁴⁹. En este sentido, la referencia a la situación de “necesidad”, como requisito para su precepción, al que alude el art. 23.2 del Estatuto parece constatar que, en efecto, no nos encontramos ante un ingreso universal e incondicionado.

En cualquier caso, consideramos que la remisión a la Ley de esta previsión estatutaria habilita claramente al legislador para desarrollar el derecho a una renta mínima de inserción social¹⁵⁰ y a crear un sistema que articule la prestación correspondiente, como de hecho ha ocurrido, a través de la LSSA. Por lo demás, el DLRMISA alude a dicha previsión del art. 23 del EAA como una de las bases que fundamenta la regulación contenida en él.

En efecto, como se apuntó, la LSSA ha dado un impulso decisivo al sistema de renta mínima de inserción andaluz. Así, el art. 5 incluye entre los objetivos de la política de servicios sociales de Andalucía: “Garantizar la cobertura de la necesidad básica de integración social y prevenir y atender adecuadamente las situaciones de vulnerabilidad de las personas, de las unidades familiares y de los grupos en situación de exclusión social o en riesgo de estarlo, y promover su inclusión social”.

Y lo más importante es que la Ley incorpora al catálogo de prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales “las prestaciones económicas específicas y directas orientadas a la erradicación de la marginación y la desigualdad y a la lucha contra la exclusión

¹⁴⁸ Cabe señalar que tras la aprobación del Estatuto, el Gobierno andaluz puso en marcha la tramitación de un Proyecto de Ley sobre Inclusión Social en Andalucía, que regulaba el mecanismo del ingreso mínimo de inserción, al que denominaba “renta básica”. Es decir, usaba el mismo término que el empleado en el art. 23 del Estatuto, lo que sería un indicio de que el instrumento al que se refiere éste es, efectivamente, el de la renta mínima de inserción. En todo caso, esta iniciativa legislativa no llegó a ser aprobada.

Por lo demás, RODRÍGUEZ RUIZ opina que, efectivamente, la referencia a la “renta básica” debe entenderse hecha al ingreso o renta mínima de inserción social (RODRÍGUEZ RUIZ, B., “Art. 23. Prestaciones sociales”, en la obra colectiva dirigida por CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M. *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo)*, Centro de publicaciones no oficiales del Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2012, pp. 405-406.

¹⁴⁹ *Ibidem* pp. 405-406.

¹⁵⁰ Es preciso indicar que, en relación con los derechos estatutarios, el Tribunal Constitucional ha señalado que su verdadera eficacia se hace depender del “ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propio”, “solo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos (STC 247/2007). En este caso, la necesidad de la interpositio legislatoris como requisito de eficacia del derecho aparece explicitada en el precepto estatutario. A este respecto, vid. RODRÍGUEZ RUIZ, B., “Art. 23. Prestaciones sociales...” cit, p. 403.

social, que deberán incorporar un itinerario a través de un plan de inclusión y/o inserción sociolaboral” (art. 42.2.g). Es decir, prevé expresamente la Renta Mínima de Inserción Social como una de las prestaciones garantizadas por los Servicios Sociales andaluces, otorgándole además la naturaleza de derecho subjetivo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 42.1, que atribuye tal carácter de derecho a las prestaciones garantizadas incluidas en el mencionado catálogo¹⁵¹

Con esta previsión se cumple una demanda de la doctrina, que se había mostrado crítica con la circunstancia de que el sistema andaluz de ingresos mínimos garantizados no contara con cobertura legal, considerando insuficiente la referencia estatutaria a la renta básica, antes aludida¹⁵².

El desarrollo normativo de esta prestación garantizada de los servicios sociales andaluces se encuentra, como ya sabemos, en el DLRMISA. A él nos referiremos a continuación.

1.3. El Decreto-Ley 3/2017, de 19 de diciembre, por el que se regula la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía: análisis preliminar

Antes de comenzar el análisis detallado del contenido del DLRMISA –lo que se hará a partir del epígrafe siguiente– se estima conveniente hacer una serie de consideraciones generales sobre esta disposición legal.

Lo primero que ha que señalarse es que esta modalidad normativa no fue la elegida en un primer momento por el Gobierno andaluz para desarrollar la regulación contenida en la LSSA. Así lo explicita el preámbulo del Decreto-Ley, que al respecto afirma que “el desarrollo del art. 42.2.g) de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, estaba previsto que fuese mediante Decreto”. Sin embargo, la apreciación de una situación de emergencia social que demandaba una intervención normativa inmediata justificó, según el Gobierno autonómico, la adopción final de un Decreto-Ley. Debe señalarse que, no obstante, en el futuro esta materia podrá ser regulada mediante simple decreto, en virtud de la operación deslegalización que se contiene en la Disposición final primera del DLRMISA, disposición que faculta al Consejo de Gobierno “para la modificación o, en su caso, derogación mediante decreto, del Decreto-Ley”.

¹⁵¹ Señala este precepto que “se considerarán prestaciones garantizadas aquellas cuyo reconocimiento tiene el carácter de derecho subjetivo, son exigibles y su provisión es obligatoria para las Administraciones Públicas, en las condiciones establecidas en cada caso en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales y en el ejercicio de las competencias propias en materia de servicios sociales que les atribuyen el Estatuto de Autonomía de Andalucía y la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía.

¹⁵² MELLADO RUIZ, L., “Renta mínima de inserción e inclusión social en la Comunidad andaluza...” cit. pp. 245 y ss.

El EAA establece en su art. 110, en términos muy similares a los previstos en la CE respecto de los reales decretos-leyes, la posibilidad de que el Consejo de Gobierno adopte medidas legislativas provisionales en forma de decretos-leyes. El apartado primero del precepto señala, concretamente, lo siguiente: “En caso de extraordinaria y urgente necesidad el Consejo de Gobierno podrá dictar medidas legislativas provisionales en forma de decretos-leyes, que no podrán afectar a los derechos establecidos en este Estatuto, al régimen electoral, ni a las instituciones de la Junta de Andalucía. No podrán aprobarse por decreto-ley los presupuestos de Andalucía”. Veamos a continuación si el DLRMISA se ajusta a los presupuestos establecidos en este precepto.

Respecto al requisito de la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, el preámbulo del Decreto-Ley justifica su cumplimiento en la “falta de respuesta de la actual normativa a la situación de pobreza, exclusión y paro en la que se encuentra actualmente Andalucía”, lo que, a juicio del Gobierno andaluz, “repercute gravemente en los grupos de población más vulnerables de nuestra Comunidad Autónoma”. De ahí, continúa el preámbulo, que no pueda demorarse la aprobación de la nueva normativa “con la tramitación reglamentaria o legislativa parlamentaria”. En este sentido, de acuerdo también con el preámbulo, la utilización de esos instrumentos normativos “ralentizaría la implementación de las medidas que son necesarias para abordar de forma urgente, responsable y coherentemente la realidad social de Andalucía”.

De este modo, concluye el preámbulo, “la concurrencia de las circunstancias expuestas anteriormente de extraordinaria y urgente necesidad legitiman la utilización de la figura del Decreto-ley para la regulación de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía debido a que la dilatación en el tiempo de la puesta en marcha de unas medidas contundentes ante la situación de pobreza, riesgo y exclusión social, en la que se encuentra un porcentaje importante de la población en Andalucía, aumentarán la brecha de desigualdad. Prueba también de esta urgencia la encontramos en el contexto nacional, debido a que Andalucía es la única Comunidad Autónoma en la que su renta mínima, actual Ingreso Mínimo de Solidaridad, tiene una duración inferior a un año. Todo ello requiere una acción normativa inmediata en el plazo más breve que el establecido por la vía normal”.

A nuestro juicio, el empleo de esta modalidad normativa para regular el sistema de renta mínima de inserción social, pese al esfuerzo justificativo que se observa en el preámbulo del Decreto-Ley, resulta, como en otros muchos casos, discutible. Ello, en la medida en que la situación de emergencia social a la que se refiere el preámbulo no es, desde luego, imprevista o repentina. Al contrario, dicha situación comenzaba a hacerse palpable al comienzo de la crisis económica iniciada en 2008, de modo que habría sido perfectamente factible una reacción normativa tramitada por los cauces ordinarios –Ley del Parlamento o Decreto– para atajar el problema. Dicho en términos más gráficos, la grave situación de emergencia social descrita no se ha producido de un día para otro, sino que se ha ido consolidando paulatinamente. Por ello, es difícil entender que se haya recurrido a una intervención normativa de urgencia como es el decreto-ley, en lugar de haberse tramitado

un decreto o una ley en el momento en el que los efectos de la crisis sobre los colectivos más vulnerables comenzaron a ser visibles.

Por otra parte, también plantea algunas dudas el cumplimiento por el DLRMISA del segundo de los presupuestos de validez de los decretos-leyes: el respeto a los límites materiales que impone a estos el EAA. Uno de esos límites es, como se ha visto, la afección a los derechos en él reconocidos, límite que ha de ponerse en conexión con lo dispuesto en el art. 38 de la norma estatutaria, a tenor del cual el desarrollo de los derechos consagrados en el capítulo II del Título I del EAA, *incluida la determinación de las prestaciones y servicios vinculados*, se reserva a la Ley aprobada por el Parlamento –con exclusión, por tanto, del decreto-ley–.

Pues bien, el DLRMISA desarrolla de un derecho que, aunque de manera imprecisa, se reconoce en el capítulo II del Título I del Estatuto: el derecho a una renta básica del art. 23. Cabe preguntarse, pues, si el DLRMISA vulnera el límite material mencionado por afectar a dicho derecho.

Al respecto, es preciso recordar que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en relación con los requisitos o presupuestos de validez de los Reales Decretos-Leyes –que con algún matiz puede trasladarse a los decretos-leyes autonómicos– la imposibilidad de afectación de estas normas a los derechos no es absoluta. Lo que está vedado al decreto-ley es, en realidad, el desarrollo general del derecho correspondiente y la regulación de sus aspectos esenciales, que en todo caso deberán ser establecidos por una Ley –aprobada por una Asamblea Legislativa, se entiende–.

Así las cosas, la cuestión a dilucidar es si el desarrollo normativo del DLRMISA es respetuoso con el límite mencionado o por el contrario se excede en su contenido por afectar a aspectos esenciales del derecho a una renta básica. Para resolver esta cuestión consideramos necesario valorar el contenido de la LSSA, que, como se ha indicado, es la norma que consagra y da efectividad a la previsión del art. 23 del Estatuto, mediante la configuración de un derecho subjetivo a la renta mínima de inserción. Se trataría, más concretamente, de determinar si los contenidos nucleares de dicho derecho se contienen en la LSSA, es decir, en una Ley del Parlamento, tal y como exige el art. 38 del Estatuto en relación con el 110, o si, por el contrario, algunos de esos contenidos se hallan en el Decreto-Ley, lo que llevaría a considerar que esta norma infringe el referido límite material de no afección a los derechos reconocidos en el Estatuto establecido en su art. 110.1.

Respecto a qué ha de entenderse por contenido esencial del derecho cuyo desarrollo normativo queda reservado a Ley del Parlamento, la doctrina¹⁵³ ha sostenido que dicho desarrollo

¹⁵³ Azpirtarte Sánchez, M.A., “Art. 110. Decretos-Leyes” en la obra colectiva dirigida por CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M. *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo*, Centro de publicaciones no oficiales del Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2012, p. 1808.

legislativo “ha de integrar, al menos las precisiones de titularidad que se estimen necesarias, las facultades nucleares del derecho frente al poder público o los particulares, que son aquellas ligadas directamente al ámbito de protección definidas en el Estatuto (incluidas en ellas las prestaciones y servicios vinculados al ejercicio, o, lo que es igual, las «facultades prestacionales» que se añaden a las clásicas facultades de hacer u oponerse), el reconocimiento de instrumentos de garantía singulares y la determinación de tiempo, modo y lugar relativas al ejercicio del derecho. Fuera de este campo es donde el decreto-ley podría actuar”.

Si analizamos el contenido de la LSSA, podemos observar que la concreción de ese derecho a una renta básica se realiza mediante la definición de la prestación con lo materializa. En este sentido, la Ley, como ya vimos, atribuye la condición de derecho subjetivo a las prestaciones que denomina “garantizadas” (42.1), entre las que se encuentra la renta mínima de inserción social. Dicha prestación se describe como una prestación económica y directa que se dirige a erradicar la marginalidad y la desigualdad y a luchar contra la exclusión social (art. 42.2.g). Además, el mismo precepto identifica el que es el otro elemento nuclear de esta prestación: la vinculación a un programa de inserción sociolaboral. Asimismo, la Ley refiere en su art. 6, de manera general, a los titulares de los derechos a los servicios sociales y a las prestaciones regulados en la Ley –incluida, por tanto, la prestación que nos ocupa–.

En nuestra opinión, el desarrollo legislativo del derecho a una renta básica reconocido en el art. 23 del EAA contenido en la LSSA es demasiado exiguo. Consideramos que la Ley debería haber incluido alguna referencia al modo de calcular la cuantía de la prestación y al tiempo durante el cual puede percibirse, así como haber identificado de manera más precisa a sus beneficiarios. Sin embargo, esos elementos, que podemos considerar esenciales del derecho a una renta mínima, se recogen directamente en el DLRMISA, lo que plantea dudas sobre su legalidad por posible vulneración del límite material de no afección a los derechos estatutarios al que nos venimos refiriendo.

Por otra parte, como hemos indicado, los decretos-leyes son normas provisionales. En este sentido, el art. 110.2, en términos también muy similares a lo que establece el art. 86 CE respecto de los Reales Decretos-Leyes, indica que “los decretos-leyes quedarán derogados si en el plazo improrrogable de treinta días subsiguientes a su promulgación no son convalidados expresamente por el Parlamento tras un debate y votación de totalidad. Durante el plazo establecido en este apartado el Parlamento podrá acordar la tramitación de los decretos-leyes como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia”. En este caso, el Decreto-Ley fue convalidado mediante resolución del Parlamento Andaluz de 18 de enero de 2018.

En cuanto al contenido del Decreto-Ley, debe destacarse, como observación general, que la regulación de la renta mínima de inserción social del DLRMISA alcanza un nivel de desarrollo considerablemente superior a la que su antecedente normativo, el DPSA, establecía del Ingreso Mínimo de Solidaridad. No es solo que el número de arts. incluidos en aquella norma sea más del doble que los del Decreto –53 frente a 24– sino que el grado de detalle y precisión de los mismos es notoriamente mayor.

Como se ha indicado ya, el DLRMISA incorpora importantes novedades en la ordenación de esta materia, buena parte de los cuales son descritos y sistematizados en el preámbulo del Decreto-Ley. De ellos iremos dando cuenta en los epígrafes siguientes.

La inclusión de estas innovaciones se justifica, según vimos, en la necesidad de adecuar el marco jurídico de los ingresos mínimos garantizados a los cambios sociales, económicos, laborales y normativos producidos en Andalucía en los últimos 20 años. Al respecto, el preámbulo destaca tres aspectos que son objeto de nuevo tratamiento en la nueva norma: la duración del período de percepción de la prestación, limitado antes a 6 meses; la vinculación de la prestación a las políticas activas de empleo, por considerar que la inserción laboral es fundamental para el logro de la autonomía de las personas –cuestión que, según se indica, no estaba suficientemente desarrollada en la regulación anterior–, y profundizar en la protección de grupos de población cuya vulnerabilidad es más intensa por presentar factores de riesgo más elevados, grupos que son objeto de discriminación positiva en el Decreto-Ley.

Respecto a la estructura de la norma, el DLRMISA se divide en 8 capítulos, más las disposiciones adicionales, transitorias y finales. Los capítulos I y II, que analizaremos conjuntamente en el siguiente epígrafe, se ocupan de los aspectos sustantivos de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía: concepto, características, ámbito subjetivo y requisitos para su percepción, cuantía y duración. Dentro del capítulo I se incluye, como novedad, un precepto que introduce definiciones de los elementos más relevantes regulados por el Decreto-Ley. Ello responde, según el preámbulo de la norma, al objetivo de favorecer la unidad y el consenso en su aplicación.

El capítulo III, por su parte, regula con detalle el Plan de inclusión sociolaboral, que se vincula indefectiblemente a la percepción de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía. Los capítulos IV y V desarrollan los procedimientos para el reconocimiento de la prestación, así como las cuestiones relativas a su aplicación y efectos –pago, modificación, suspensión de su percepción, revisión y extinción–. Los capítulos VI y VII abordan las cuestiones competenciales, de organización y coordinación y el VIII –un único artículo– la financiación de la Renta Mínima de Inserción Social.

Asimismo, el Decreto-Ley incorpora como anexos una serie de modelos de solicitud (solicitud de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía y solicitud de los servicios sociales comunitarios para la tramitación por el procedimiento de urgencia o emergencia social de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía) y de otros documentos (Plan de inserción sociolaboral y Declaración jurada de constituir pareja análoga al matrimonio o pareja de hecho), así como información sobre documentación a adjuntar a las solicitudes mencionadas, todo ello con la finalidad de facilitar la tramitación de los procedimientos regulados en el Decreto-Ley. En relación con estos anexos, el Decreto-Ley habilita expresamente al titular de la Consejería competente en materia de servicios sociales para su modificación.

2. ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN SOCIAL EN ANDALUCÍA

En este segundo capítulo abordaremos los aspectos sustantivos de la Renta Mínima de Inserción Social. En primer lugar se analizará el concepto y las características de este instrumento. A continuación se examinará con detenimiento su ámbito subjetivo, así como los requisitos exigidos a las unidades familiares para el acceso a la prestación. Por último, se estudiarán las determinaciones relativas a la cuantía y duración de la prestación.

2.1. Concepto y características de la Renta Mínima de Inserción Social

El art. 4.1 del DLRMISA define la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía sobre la base de dos elementos capitales a los que ya hemos hecho referencia, por estar explicitados en el art. 42.2.g) de la LSSA:

Primero, su específica orientación a combatir situaciones pobreza y exclusión social. De manera más precisa, los preceptos mencionados identifican a este instrumento como una prestación económica garantizada del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía “orientada a la erradicación de la marginación y la desigualdad y a la lucha contra la exclusión social”.

Segundo, su forzosa vinculación con un programa de inclusión sociolaboral. Al respecto, el art. 4.1 del Decreto-Ley señala que la Renta Mínima de Inserción Social, una vez resuelta en sentido favorable, tiene como efecto el acceso de sus beneficiarios a un Plan de inclusión sociolaboral vinculado a la prestación económica, y puntualiza que estos deben comprometerse previamente a su participación en él y a su cumplimiento.

La finalidad de la Renta Mínima de Inserción Social queda patente en los preceptos mencionados. No obstante, el Decreto-Ley, en su art. 6, detalla en mayor medida los fines de este instrumento, incidiendo específicamente en la atención a los menores: reducir la tasa de pobreza y exclusión social en Andalucía, especialmente la pobreza infantil; mejorar las posibilidades de inclusión social y laboral de las personas en situación de pobreza, exclusión social, o riesgo de estarlo, especialmente de aquellas que tienen menores a su cargo y teniendo en cuenta la diferente situación de los hombres y mujeres; aumentar el grado de autonomía personal y familiar y atender la satisfacción de las necesidades básicas para una vida digna de la unidad familiar.

En cuanto a las características de la Renta Mínima de Inserción Social, el art. 5 del DLRMISA identifica algunas de ellas, aunque no todas. Nosotros destacamos las siguientes:

En primer lugar, se trata de una prestación *económica* o dineraria. En este sentido, dentro del catálogo de prestaciones incluidas en el Sistema Público de los Servicios Sociales de Andalucía es posible distinguir aquellas prestaciones materiales –los comúnmente llamados servicios, como el de telasistencia (art. 42.2.c LSSA) o el de ayuda a domicilio (art.

42.2.k LSSA)– de aquellas que tienen carácter económico¹⁵⁴, como la Renta Mínima de Inserción Social, cuya cuantía se determina de acuerdo con los arts. 11 y ss. del DLRMISA.

En segundo lugar, la Renta Mínima de Inserción Social se caracteriza por tratarse de una prestación-derecho *condicionado*, en tanto en cuanto su percepción se sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos recogidos en la norma de aplicación. En el caso de la Renta Mínima de Inserción Social andaluza, el art. 5.a) del DLRMISA explicita esta cualidad al señalar que “es una prestación garantizada para todas aquellas personas que cumplan los requisitos específicamente regulados para el acceso a la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía y en las condiciones que se determinan en este Decreto-ley”. Como ya sabemos, requisito esencial para la percepción del ingreso mínimo de inserción es que sus beneficiarios se encuentren en situación de pobreza o exclusión social, lo que se vincula a la insuficiencia de recursos económicos. Junto a este requisito y al del compromiso de cumplimiento de un itinerario de inclusión sociolaboral, el Decreto-Ley establece otros que analizaremos más adelante.

En tercer lugar, conforme al art. 5.b) del DLRMISA, Renta Mínima de Inserción Social tiene carácter *complementario* de cualquiera de los recursos de los que dispongan las personas que integran la unidad familiar, así como de las prestaciones económicas y de servicios a las que pudiera tener derecho. Esta previsión normativa conecta con una característica típica de los ingresos mínimos de inserción: su naturaleza de prestación *diferencial* o *variable*, pues el importe final de la misma resulta de la diferencia entre la cuantía que pudiera corresponder en función del tamaño y composición de la unidad familiar, y los recursos computables de dicha unidad.

Como cuarta característica debe señalarse su carácter *subsidiario* de cualquier otra prestación de carácter contributivo o no contributivo, así como de cualquier régimen o sistema público o privado de protección social de análoga naturaleza, que pudieran ser concedidas a la persona titular (art. 5.c.). Se evidencia aquí el carácter de “última ratio” de las rentas mínima de inserción social, a las que solo puede acudir en defecto de otras prestaciones o mecanismos análogos a los que los perceptores pudieran tener acceso. En coherencia con ello, el art. 10.1.b) del DLRMISA impone a los beneficiarios de la Renta Mínima de Inserción Social la obligación “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”.

En quinto lugar, el art. 5.d) Decreto-Ley establece el carácter *intransferible* de la prestación, de manera que las cantidades percibidas no pueden ser objeto de cesión, embargo o retención, excepto en las situaciones y con los límites previstos en la legislación estatal.

¹⁵⁴ A este respecto, vid. MELLADO RUIZ, L., “Renta mínima de inserción e inclusión social en la Comunidad andaluza...” cit. p. 232.

Por último, como rasgo significativo de las rentas mínimas de inserción social ha de destacarse la circunstancia de tener un *destinatario colectivo*: la unidad familiar. Esta característica articula todo el funcionamiento de la herramienta, como veremos después. Muestra de ello es que tanto para determinar si concurren los requisitos necesarios para reconocer el derecho a la prestación, como para calcular su importe, se toma en consideración las circunstancias –y el número, en el caso del cálculo de la cuantía– de de los componentes de la unidad familiar.

Las características expuestas permiten diferenciar la renta mínima de inserción social de otras figuras que presentan algunos rasgos en común con ella, a las que ya hemos hecho referencia en páginas anteriores.

Uno de ellos es la denominada renta básica. Según se apuntó, esta se concibe como “un derecho de la ciudadanía por el que se garantiza a todos los ciudadanos, de forma individual, un ingreso mínimo, con independencia de cualquier otra circunstancia, como puede ser integrarse en una unidad familiar, o carecer o no de recursos, o trabajar o no”¹⁵⁵. Las notas que caracterizan a esta herramienta son, por tanto, la individualidad, la universalidad y la incondicionalidad¹⁵⁶.

A pesar de que esta herramienta presenta algún parecido con la renta mínima de inserción –una y otra tratan de garantizar un ingreso mínimo a los ciudadanos– las diferencias entre ambas son notables, pues, tal y como hemos visto, la renta mínima de inserción se caracteriza por ser una prestación condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos, se dirige a un sector concreto de la población –personas que se encuentran en situación de pobreza o exclusión social– y tiene un destinatario colectivo.

Algo más difícil resulta distinguir la renta mínima de inserción social de otra figura afín: la llamada renta activa de inserción, una prestación de carácter no contributivo incluida en el catálogo de prestaciones de la Seguridad Social. La dificultad para deslindar ambos instrumentos deriva de que este segundo mecanismo está dirigido también al colectivo de

¹⁵⁵ MORENO MÁRQUEZ, A. “Renta básica de inserción y renta básica: ¿es posible equipararlas?”, *Actas del VI Congreso de la red española de políticas sociales: debates para un nuevo consenso en torno al bienestar social*, Sevilla, 2017, p.1851. En similar sentido, RAVENTÓS PAÑELLA ha definido la renta básica como “un ingreso pagado por el Estado a cada miembro de pleno derecho de la sociedad, incluso si no quiere trabajar de forma remunerada, sin tomar en consideración si es rico o pobre, dicho de otra forma, independientemente de cuáles puedan ser las otras posibles fuentes de renta y sin importar con quién conviva. Más escuetamente: es un pago por el mero hecho de poseer la condición de ciudadanía (REVENTÓS PAÑELLA, D., “La renta básica: introito” en la obra colectiva coordinada por REVENTÓS PAÑELLA, D. *La renta básica. Por una ciudadanía más libre, más igualitaria y más fraterna*, Barcelona, Ariel, 2002. Citado en CARMONA CUENCA, E., “El derecho a un mínimo vital... cit.”, p. 79).

¹⁵⁶ De la Flor Fernández, M^a L. “El programa de solidaridad de los andaluces. El ingreso mínimo de solidaridad”, *Temas Laborales*, vol. II, 100, (2009), p. 489. Citada en MELLADO RUIZ, L., “Renta mínima de inserción e inclusión social en la Comunidad andaluza...” cit. p. 228.

personas que se encuentra en situación de necesidad económica, así como del hecho de que su percepción se vincula, al igual que la renta mínima de inserción social, a un plan de inserción.

No obstante, la renta activa de inserción es un mecanismo que trata de dar respuesta específica a situaciones de desempleo, lo que determina que su ámbito subjetivo de aplicación, aunque amplio, difiera sustancialmente del de la renta mínima de inserción social, al igual que los requisitos exigidos para su percepción. Asimismo, el plan de inserción vinculado a aquella herramienta se dirige estrictamente a la inserción laboral, es decir, no tiene el carácter integral propio de los itinerarios de inclusión sociolaboral incluidos a los programas de ingresos mínimos. Y en fin, frente al carácter colectivo del destinatario de la renta mínima de inserción social, la renta activa de inserción es una prestación individual¹⁵⁷.

2.2. Ámbito subjetivo

Como se ha indicado, la Renta Mínima de Inserción Social es una prestación económica dirigida a un concreto colectivo de la población, las personas que se encuentran en una situación de pobreza o exclusión social, o en riesgo de estarlo.

En este subepígrafe abordaremos el estudio de los elementos que definen el ámbito subjetivo de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía. Particularmente, analizaremos los conceptos de persona beneficiaria y titular de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía y el de unidad familiar. Posteriormente, expondremos los derechos y obligaciones de estos sujetos.

2.2.1. Conceptos que delimitan el ámbito subjetivo de la Renta Mínima de Inserción Social. Persona beneficiaria, persona titular y unidades familiares.

La adecuada comprensión del ámbito subjetivo de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía exige el análisis de diversos conceptos empleados por el DLRMISA.

El art. 3.1 del Decreto-Ley identifica el ámbito subjetivo del derecho a la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía en los siguientes términos:

“De acuerdo con el art. 6 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, tendrán derecho a la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía, las unidades familiares cuyas

¹⁵⁷ Un análisis de los elementos de conexión y las diferencias entre la renta activa de inserción y la renta mínima de inserción social puede verse en ROMERO BURILLO, A.Mª y MORENO GENÉ, J., *El Nuevo Régimen Jurídico de la Renta Activa de Inserción (a propósito del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre)*, Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 22 y ss. y en ESTEBAN LEGARRETA, R., *La renta activa de inserción*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 16 y ss.

personas miembros tengan vecindad administrativa en Andalucía, se encuentren en situación de pobreza, exclusión social o riesgo de estarlo, y cumplan los requisitos establecidos en el art. 7 del presente Decreto-ley, así como aquellas que, aún no cumpliendo alguno de los requisitos, se encuentren en situación de urgencia o emergencia social”.

Siguiendo el tenor literal del precepto, cabría entender que el derecho a la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía se atribuye a *las unidades familiares*, como entidades dotadas de personalidad propia. No creemos, sin embargo, que el Decreto-Ley les esté reconociendo tal condición ni, por tanto, la titularidad de este derecho. El derecho a la renta mínima de inserción se reconoce a las personas que integran dichas unidades. En este sentido, otorgar la titularidad del derecho a la unidad familiar como entidad con sustantividad propia no sería coherente con el art. 6 de la LSSA, que identifica como titulares de los servicios y prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, en todo caso, a personas físicas.

Los términos en que está redactado el precepto se deben a que la prestación tiene un destinatario colectivo: la Renta es disfrutada de manera conjunta por todos los integrantes de la unidad familiar. Y la concurrencia de los requisitos exigidos para su percepción es valorada tomando en consideración, también de manera conjunta, las circunstancias de todos los miembros de dicha unidad.

El precepto transcrito emplea diversos conceptos, algunos de los cuales son definidos en el art. 4 del DLRMISA, que conviene examinar con algo más detenimiento.

Se observa que las unidades familiares que pueden acceder a esta prestación son las que se encuentran en situación de pobreza, exclusión social o riesgo de estarlo. Pues bien, se entiende que una unidad familiar está en situación de pobreza “cuando por motivos, principalmente económicos, no tiene cubiertas las necesidades básicas de alimentación, salud, educación, agua, vestido, vivienda y energía” (art. 4.4). Se constata aquí que el principal indicador de la situación de pobreza –por ser fácilmente cuantificable– es la insuficiencia de recursos económicos. De ahí que las regulaciones sobre ingresos mínimos garantizados, incluida la andaluza, lo utilice como uno de los principales criterios a considerar para resolver la concesión de la prestación.

La situación de exclusión social o el riesgo de estarlo se define a partir de otras circunstancias que se añaden a las puramente económicas. De acuerdo con el art. 4.3, “se entenderá que una unidad familiar se encuentra en situación de exclusión social o riesgo de estarlo (...) cuando a la insuficiencia de rentas se añadan, mediante procesos acumulativos, otras dificultades de índole personal, de la convivencia o del entorno que impidan superar la situación de manera autónoma, aun cuando estuviera garantizada la cobertura de las necesidades básicas de subsistencia de la persona o de la unidad familiar.

El art. 4 define también las situaciones de urgencia y emergencia social, cuya concurrencia, como indica el art. 3.1, justifica el acceso a la prestación aun faltando algunos de los requisitos del art. 7. El término urgencia social alude a situaciones excepcionales, extraordinarias y puntuales que requieren una actuación inmediata, so pena de producirse un grave deterioro del estado de la una persona o una unidad familiar (art. 4.5)¹⁵⁸. Emergencia social es la necesidad constatada de atención inmediata a personas o grupos por situaciones de crisis sociales, catástrofes, accidentes o situaciones similares (art. 4.6)¹⁵⁹.

¹⁵⁸ “Urgencia social. En el marco del art. 35 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, se considerará urgencia social aquella situación excepcional o extraordinaria y puntual que requiera de una actuación inmediata, sin la cual podría producirse un grave deterioro o agravamiento del estado de vulnerabilidad y de desprotección en una persona o, en su caso, una unidad familiar, identificando a efectos de este Decreto-ley como tales:

- a) Haber sido víctima de violencia de género en los últimos dos años y/o contar con medidas de protección para víctimas de violencia de género en vigor en el momento de la solicitud.
- b) Haber sido víctima de explotación sexual o laboral en redes de trata de seres humanos en los últimos dos años.
- c) Encontrarse en proceso de desahucio de la vivienda habitual o situación en la que se haya producido una ejecución hipotecaria o lanzamiento por impago de renta o de hipoteca de la vivienda habitual u otras circunstancias excepcionales y extraordinarias que provoquen la pérdida de la vivienda habitual.
- d) Padecer de enfermedad grave algún miembro de la unidad familiar que impida el desarrollo de la vida cotidiana y la inserción laboral.
- e) Cualquier otra situación que se establezca reglamentariamente”.

¹⁵⁹ Emergencia social. En el marco del art. 35 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, se considerará emergencia social la necesidad constatada, por los servicios sociales comunitarios u otras instancias de las Administraciones Públicas competentes, de atención inmediata a personas, o grupos de personas por situaciones de crisis social, catástrofes, accidentes, u otras circunstancias similares, identificando a efectos de este Decreto-ley como tales:

- a) La pérdida de la vivienda habitual por incendio, derrumbe u otra catástrofe similar que obligue al desalojo de la misma a la unidad familiar.
- b) Sufrir un accidente grave alguna de la o las personas miembros de la unidad familiar que impida el desarrollo de la vida cotidiana y la inserción laboral.
- c) Cualquier otra situación que se establezca reglamentariamente.

Junto a estas situaciones de emergencia social ha de considerarse la establecida con carácter extraordinario y temporal por el art. 30 del Decreto-ley 10/2020, de 29 de abril, por el que se establecen medidas extraordinarias y urgentes de flexibilización administrativa en materia de ayudas en el ámbito del empleo y medidas complementarias con incidencia en el ámbito económico, local y social como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19). Esta norma crea una nueva modalidad de situación de emergencia social, “provocada por la insuficiencia de medios materiales para subsistir, para las unidades familiares con menores a cargo o unipersonales, constatada tras la actual pandemia, en las que ninguna de las personas integrantes se encuentren de alta en la Seguridad Social, ni perciban prestaciones sociales computables para el acceso a la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía”.

Cabe destacar, no obstante, que de acuerdo con lo que se establece el precepto, las solicitudes de Renta Mínima de Inserción Social al amparo de esta nueva modalidad solo podrían formularse mientras se mantuviera la situación establecida en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y las prórrogas del mismo. Nada dice el precepto sobre la posibilidad de extensión de esta medida a otras situaciones de declaración de estado de alarma.

Todas las personas que tienen derecho y disfrutan de la Renta Mínima de Inserción Social son *personas beneficiarias*. De ellas, la *persona titular* es, de acuerdo con el art. 3.2, la que la solicita y la percibe¹⁶⁰. Como el resto de beneficiarios, la persona titular debe tener su vecindad administrativa en Andalucía e integrarse en una unidad familiar.

Para poder ser titular de Renta Mínima de Inserción Social, el art. 3.2 del Decreto-Ley exige tener una edad comprendida entre los 25 y los 64 años, ambos inclusive. El requisito de la edad es absolutamente habitual en las regulaciones de ingresos mínimos de inserción de las CCAA. Todas ellas fijan una edad mínima que se sitúa, como en la normativa andaluza, en torno a los 25 años. Sin embargo, no todas establecen una edad máxima de acceso y, en este sentido, la tendencia actual es la supresión de dicho límite¹⁶¹.

En cualquier caso, la anterior es una regla general que admite excepciones, tanto respecto de la edad mínima como de la edad máxima de acceso a la prestación.

Así, pueden ser titulares de la Renta Mínima de Inserción Social personas de edad comprendida entre 18 y 24 años, ambos inclusive, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Tener menores o personas con discapacidad a cargo, incluyendo situaciones de tutela o acogimiento familiar.
- Ser huérfano o huérfana de ambos progenitores.
- Haber sido víctima de violencia de género acreditada.
- Haber estado al menos en el año anterior al de cumplimiento de la mayoría de edad bajo la tutela de un sistema de protección de menores.
- Tener un grado de discapacidad igual o superior al 33%.
- Constituir una unidad familiar pluripersonal sin menores a cargo. En este supuesto la persona solicitante deberá haber vivido de forma independiente durante al menos los 2 años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud en un domicilio distinto al de sus progenitores y justificar documentalmente que ha sido independiente.
- Encontrarse en una de las situaciones establecidas como urgencia o emergencia social definidas anteriormente.

Se prevé incluso que puedan ser titulares del ingreso los menores de edad: personas emancipadas de 16 o 17 años si tienen menores o personas con discapacidad a cargo, si han sido víctima de violencia de género acreditada, o se encuentran situación de urgencia o emergencia social.

¹⁶⁰ El art. 3.4 del Decreto-Ley señala que “se entiende por persona beneficiaria de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía las personas titulares de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía y las personas que integran la unidad familiar. Por tanto, la de persona beneficiaria es la categoría más amplia que comprende tanto al titular de la renta, como al resto de personas que disfrutan de ella.

¹⁶¹ A este respecto, vid. MORENO MÁRQUEZ, A. “Requisitos comunes de acceso...” cit. pp. 104-106.

Por encima de la edad máxima establecida, 64 años, pueden ser titulares de la Renta Mínima de Inserción Social aquellas personas que acrediten tener a su cargo menores de edad si no existe otra persona integrante de la unidad familiar que reúna los requisitos para ser solicitante.

Estas mismas excepciones se contemplan también, con carácter general, en las normas autonómicas que regulan las rentas mínimas de inserción social¹⁶².

El art. 3.3 del Decreto-Ley alude a una circunstancia personal distinta de la edad como límite para ser titular de la Renta Mínima de Inserción Social. Señala el precepto que “no podrán ser personas titulares de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía las que residan en establecimientos colectivos del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía donde tengan cubiertas las necesidades de subsistencia, así como en centros penitenciarios”. No obstante, añade a continuación respecto de este último supuesto: “salvo que se acredite mediante informe social que la concesión de la prestación favorece su incorporación a la vida independiente o que para acceder a la reunificación familiar o al régimen abierto es preceptiva la condición de ser beneficiaria de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía”. Cabe entender, entonces, que las personas que residen en centros penitenciarios sí pueden ser titulares de la Renta Mínima de Inserción Social si acreditan alguna de las situaciones descritas.

Asimismo, este artículo señala en su segundo inciso que, “*como excepción*, podrán conformar unidades familiares las víctimas de violencia de género y las personas usuarias de centros residenciales de apoyo, o alojamientos alternativos, destinados a las personas sin hogar o carentes de domicilio con carácter temporal, así como personas jóvenes extuteladas por la Administración de la Junta de Andalucía que residan temporalmente en viviendas o centros de transición”. Se deduce, pues, que las personas que residan en esos establecimientos también podrán ser titulares de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía. A ese efecto debe entenderse la referencia a que pueden conformar unidades familiares.

Como vimos al principio de este epígrafe, el derecho a la Renta Mínima de Inserción Social se reconoce a las personas que integran o constituyen una *unidad familiar*, elemento que articula todo el funcionamiento de esta prestación.

El art. 4.7 del Decreto-Ley describe dos tipos de unidades familiares: la unipersonal, constituida exclusivamente por la persona solicitante –titular– de la Renta; y la pluripersonal, configurada por la persona solicitante, la persona unida a la misma por relación de matrimonio, pareja de hecho debidamente inscrita o relación análoga, acreditada mediante declaración jurada, así como las personas vinculadas a cualquiera de ellas por lazos de

¹⁶² *Ibidem* pp. 106 y ss.

parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el primer grado, o por adopción, tutela o acogimiento familiar, que convivan en un mismo domicilio¹⁶³.

El precepto añade que en el caso de que la persona solicitante ostente la custodia compartida de menores a cargo, a efectos de considerarlas miembros de la unidad familiar, se tendrán en cuenta las personas menores en dicho régimen independientemente del domicilio en el que se encuentren empadronadas. Esta previsión se enmarca en el objetivo explicitado en el preámbulo del Decreto-Ley de reforzar el apoyo a las unidades familiares cuando existan personas menores.

Por lo demás, el apartado 8 del art. 4 incorpora, como novedad, el concepto de *unidad de convivencia*. De acuerdo con el precepto, se entiende que existe una unidad de convivencia cuando dos o más unidades familiares convivan en un mismo domicilio. La introducción de esta nueva figura, que el preámbulo del Decreto-Ley justifica en la necesidad de incluir a las diversas realidades que se dan en los hogares andaluces, tiene la finalidad de limitar la percepción de ingresos mínimos de inserción dentro de un mismo domicilio. Así se deduce de lo dispuesto en el art. 11.8, según el cual por cada unidad de convivencia podrán ser beneficiarias de la Renta Mínima de Inserción Social, como máximo, dos unidades familiares.

En fin, el mismo art. 4.8 señala que ninguna persona beneficiaria de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía puede formar parte de más de una unidad familiar, a excepción de los menores en régimen de custodia compartida.

2.2.2. Derechos y obligaciones de las personas titulares y demás personas beneficiarias

El DLRMISA, una vez delimita el ámbito subjetivo de la Renta Mínima de Inserción Social, define los derechos y obligaciones de los beneficiarios de la prestación. La inclusión de

¹⁶³ En relación con las unidades unipersonales, el DPSA preveía algunas restricciones a su constitución, restricciones a las que no hace referencia el precepto de la DLRMISA que comentamos. Esas restricciones se referían a las personas mayores de 65 años, las personas que no fueran ciudadanos de la Unión Europea y las personas internas en prisión, salvo que se acreditara documentalmente que ser beneficiario del Programa de Solidaridad era una condición para acceder al régimen abierto, según la legislación penitenciaria.

Respecto a la primera restricción, la realidad es que las personas mayores de 65 años siguen sin poder constituir unidades familiares unipersonales, de acuerdo con el DLRMISA. Para que ello fuera posible, sería necesario que el Decreto-Ley permitiera a estas solicitar la Renta para sí mismos. Sin embargo, como hemos visto, el único caso en el que estas personas pueden solicitar y ser titulares de la prestación es que tengan menores a su cargo y ninguna otra persona de la unidad familiar cumpla los requisitos para ser solicitante, es decir, solo pueden formar parte de unidades familiares pluripersonales.

En cuanto a las personas internas en una prisión, puede verse que el DPSA contemplaba la misma excepción prevista en el DLRMISA que posibilita a estas solicitar la Renta Mínima de Inserción Social, constituyéndose en unidad unipersonal: que ser beneficiario del ingreso mínimo sea una condición necesaria para acceder al régimen abierto. No existe, por tanto, novedad en este aspecto.

En fin, la condición de ciudadano de un país extranjero no integrante de la UE sí es una restricción que ha desaparecido en el Decreto-Ley.

una relación derechos de los beneficiarios constituye otra novedad de la norma respecto al DPSA, que solo regulaba obligaciones¹⁶⁴.

Los derechos se regulan en el art. 9 del Decreto-Ley. Son los siguientes:

- Percibir la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía, una vez se haya dictado la correspondiente resolución de concesión.
- Recibir una atención directa, adecuada a sus necesidades, mediante un Plan de inclusión sociolaboral en función de la valoración de su situación.
- Tener asignada la persona profesional que procure la coherencia, el carácter integral y la continuidad del proceso de intervención en el ámbito de los servicios sociales comunitarios.
- Recibir y obtener las prestaciones y servicios de calidad que les sean prescritos por la persona profesional en los términos previstos en este Decreto-ley y en su normativa de desarrollo.
- Disponer de información suficiente, veraz y fácilmente comprensible.
- Participar en el proceso de toma de decisiones sobre su situación personal y familiar, así como dar o denegar su consentimiento en relación con una determinada intervención.
- A que se realice una evaluación o diagnóstico de sus necesidades, a disponer de un Plan de inclusión sociolaboral de forma integrada y coherente con el proyecto de intervención social, y a disponer de dicho Plan por escrito, en un lenguaje claro y comprensible.
- A la confidencialidad.

Como puede verse, los derechos reconocidos a los beneficiarios ponen de manifiesto que estos merecen que su situación sea tratada de manera individualizada, tanto en lo que respecta al diagnóstico, como a la determinación y seguimiento de las medidas de intervención que se les prescriban. Asimismo, se les reconoce la facultad de participar en la identificación y concreción de dichas medidas.

En cuanto a las obligaciones, se recogen en el art. 10. Este precepto establece, en primer lugar, una relación de obligaciones que incumben a los beneficiarios desde el momento de la presentación de la solicitud y durante el periodo de tiempo de duración de la percepción de la Renta y del desarrollo del Plan de inclusión sociolaboral. Son las siguientes:

- Comunicar a la Delegación Territorial de la Consejería competente en materia de servicios sociales, preferentemente a través de los servicios sociales comunitarios,

¹⁶⁴ La doctrina había criticado que el DPSA sólo contemplara obligaciones para los beneficiarios, y no para la Administración (MELLADO RUIZ, L., “Renta mínima de inserción e inclusión social en la Comunidad andaluza...” cit. p. 264). La nueva regulación no prevé específicamente un catálogo de obligaciones para la Administración, pero, lógicamente, los derechos reconocidos a los beneficiarios se traducen en deberes que aquella ha de cumplir para satisfacerlos.

en el plazo máximo de 15 días desde el hecho causante, *la modificación de cualquier circunstancia distinta de las declaradas en la solicitud*¹⁶⁵, a excepción de las altas y bajas laborales que se produzcan desde la solicitud hasta la resolución, que serán verificadas por el órgano competente para resolver.

- 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.
- Tener una cuenta bancaria dada de alta en el Sistema de Gestión Integral de Recursos Organizativos de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales.
- No rechazar injustificadamente ofertas de empleo adecuadas.
- Prestar a la Administración la colaboración necesaria para una eficaz gestión del Plan de inclusión sociolaboral.
- No incurrir en falsedad en lo declarado ni en la documentación presentada.

En segundo lugar, el artículo enumera otra serie de obligaciones que se añaden a las anteriores y que se imponen a los beneficiarios desde el momento en que sea notificada la resolución que conceda la prestación. Estas, igualmente, han de cumplirse durante todo el periodo de tiempo de desarrollo del Plan de inclusión sociolaboral.

- Participar activamente en el diseño, desarrollo y seguimiento del Plan de inclusión sociolaboral, especialmente en lo relativo a las actuaciones y obligaciones fijadas en el mismo.
- Reintegrar las cantidades indebidamente percibidas cuando por resolución se determine la extinción o la modificación de la cuantía de la prestación como consecuencia de un cambio en las circunstancias que determinaron su cálculo.

El incumplimiento de alguna de las obligaciones descritas da lugar, según el art. 10.3, a la no concesión de alguna o varias de las medidas establecidas en el Decreto-ley, a la extinción de la prestación y, en su caso, al reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, así como a las sanciones pertinentes, conforme al régimen sancionador establecido en la LSSA¹⁶⁶.

¹⁶⁵ La redacción de este apartado resulta poco clara, en cuanto a que, según su tenor literal, las modificaciones que hay que comunicar a la Delegación Territorial son las que se refieren a *circunstancias distintas de las declaradas en la solicitud*. Pero, ¿qué ocurre con las variaciones de las circunstancias sí consignadas en la solicitud? Consideramos que la redacción del precepto no es afortunada y que, en realidad, los beneficiarios deben comunicar cualquier variación de circunstancias que pueda determinar la modificación de las condiciones de la prestación, especialmente la variación de las circunstancias que se declararon en la solicitud.

¹⁶⁶ Como se deduce del precepto comentado, el DLRMISA no incorpora un régimen sancionador específico, por lo que es aplicable el establecido en la LSSA respecto del conjunto de servicios sociales de Andalucía. En lo que aquí interesa, cabe señalar que el art. 126 e) tipifica como graves una serie de infracciones por incumplimiento de obligaciones por parte de los usuarios de los servicios sociales, algunas de ellas referidas en el art. 10 del DLRMISA: “No facilitar a la entidad o al órgano de la Administración correspondiente los datos que le requieran o falsear los datos que facilite” y “no comunicar a la Administración los cambios o las alteraciones de las circunstancias que determinaron la concesión de la prestación”. La comisión de una infracción grave lleva aparejada como sanción, según el art. 130.1.b) 3ª “la suspensión de la percepción de prestaciones o subvenciones de devengo mensual a las personas beneficiarias por un periodo de entre dos y cuatro meses”.

2.3. Requisitos exigidos a las unidades familiares para acceder a la Renta Mínima de Inserción Social

Como ya sabemos, la obtención de la Renta Mínima de Inserción Social se *condiciona* al cumplimiento de una serie de requisitos que deben concurrir en la unidad familiar y que se especifican en el DLRMISA, fundamentalmente en su art. 7. Con carácter general, cabe decir que la regulación del Decreto-Ley es mucho más detallada en este aspecto que la contenida en el DPSA y que, además, incorpora novedades que suponen una ampliación de la cobertura de esta prestación.

El primero de los requisitos, al que ya hemos hecho aludido por estar recogido en el art. 3.1, además en el 7.1.a), es que las personas integrantes de la unidad familiar ostenten la vecindad administrativa en Andalucía, es decir, que tengan su residencia habitual en algún municipio andaluz y así conste en el correspondiente padrón municipal¹⁶⁷. Esta referencia a la vecindad administrativa en el DLRMISA trae causa de la LSSA, cuyo art. 6.1 a) atribuye la titularidad del derecho a los servicios y prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía a “todas las personas que tengan su vecindad administrativa en Andalucía”.

El anterior requisito se complementa con el establecido en el art. 7.1.b). Este precepto establece que la persona o las personas integrantes de la unidad familiar tienen que estar empadronadas de forma estable como residentes en un mismo domicilio, ubicado en un municipio de Andalucía, al menos con un año de antelación a la fecha de presentación de la solicitud.

Así pues, el requisito de la residencia en Andalucía no es exigible solo con referencia al momento de presentación a la solicitud, sino que es preciso que los integrantes de la unidad familiar cumplan esa condición, adecuadamente formalizada mediante el empadronamiento, desde al menos un año antes, y en el mismo domicilio. Esta exigencia se impone en la práctica totalidad de las legislaciones autonómicas, que en su mayoría fijan el plazo mínimo de empadronamiento, como la norma andaluza, en un año¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Art. 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local.

¹⁶⁸ No obstante, alguna norma autonómica, como la gallega, lo reduce (el art. 12.a) de la Ley 10/2013, de 27 de noviembre, de inclusión social de Galicia lo fija en 6 meses). Y otras ni siquiera fijan un plazo mínimo de empadronamiento. Así ocurre en las Islas Baleares (art. 20.1.b) del Decreto-Ley 10/2020, de 12 de junio, de prestaciones sociales de carácter económico de las Illes Balears y en Cataluña (art. 7.1.b) de la Ley 14/2017, de 20 de julio de la renta garantizada de la ciudadanía). Asimismo, algunas disposiciones autonómicas exigen la residencia efectiva en la Comunidad Autónoma como requisito distinto, adicional, al empadronamiento, por un período de antelación no siempre coincidente con el de este. Por ejemplo, precisamente las legislaciones balear y catalana, aunque no exigen un período mínimo previo de empadronamiento, requieren, sin embargo, que el solicitante de la renta acredite llevar residiendo efectivamente en la Comunidad con una antelación de 1 y 2 años, respectivamente, a la presentación de la solicitud (art 7.1.c) de la Ley catalana 14/2017, de 20 julio de la renta garantizada de la ciudadanía y art. 20.1.c) del Decreto-Ley balear 10/2020, de 12 de junio, de prestaciones sociales de carácter económico de las Illes Balears). En el caso de la legislación andaluza, el empadronamiento y la residencia efectiva previos no se contemplan como requisitos distintos e independientes.

En todo caso, el precepto comentado prevé un buen número de excepciones a la regla general. Así, en primer lugar, este requisito no se exige en los casos de fallecimiento, matrimonio, pareja de hecho debidamente inscrita, nacimiento de hija o hijo, tutela, acogimiento familiar o adopción y ruptura familiar suficientemente acreditada¹⁶⁹. Esta excepción se preveía ya en el DPSA¹⁷⁰.

En segundo lugar, aunque en general se exige que la residencia en el domicilio de la unidad familiar sea *estable* durante el período del año que antecede a la formulación de la solicitud, se admite la interrupción temporal de la residencia continuada cuando concurren determinadas circunstancias y con ciertas condiciones. Concretamente, cuando razones laborales o de salud de todas o algunas de las personas integrantes de la unidad familiar, debidamente acreditadas, hubiesen exigido desplazamientos temporales por periodos no superiores a 6 meses fuera de la localidad, dentro del referido período, siempre que conste el empadronamiento de todas ellas en Andalucía desde al menos un año antes a la fecha de presentación de la solicitud.

Cabe indicar que esta segunda excepción también se preveía en el DPSA, aunque de manera sumamente indeterminada¹⁷¹, lo que dejaba un enorme margen de discrecionalidad para su valoración.

Por último, se admite que puedan ser solicitantes y beneficiarias de la Renta Mínima de Inserción Social, sin necesidad de cumplir el requisito de llevar empadronadas en el domicilio de la unidad familiar desde al menos un año antes de la presentación de la solicitud, las personas empadronadas en Andalucía en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Ser víctima de violencia de género, debidamente acreditada, en el momento de la solicitud.
- Ser víctima de trata de personas con fines de explotación sexual o laboral, debidamente acreditada, en el momento de la solicitud.
- Tener la condición de persona emigrante andaluza retornada en el año inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud.
- Tener la condición de persona apátrida o refugiada reconocida por el Organismo competente de la Administración General del Estado o, en su caso, estar en trámite para el reconocimiento de dicho Estatuto o cualesquiera otro de Protección internacional.

¹⁶⁹ Cabe entender, pues, que si por ejemplo una persona se integra en la unidad familiar por contraer matrimonio con uno de sus miembros, no se exigirá a esa persona, para ser considerada como tal integrante de la unidad, haber estado empadronada en el mismo domicilio desde al menos un año antes de la solicitud de la Renta Mínima de Inserción Social.

¹⁷⁰ El art. 2.a) del Decreto establecía como requisito para ser beneficiario del programa de solidaridad, que la unidad familiar estuviera constituida “de forma estable, con un año de antelación, como mínimo, a la fecha de la presentación de la solicitud, salvo en los casos de matrimonio, nacimiento de hijo o adopción, y ruptura familiar suficientemente acreditada”.

¹⁷¹ El art. 2.b) del Decreto, en su segundo inciso, establecía que “podrán admitirse excepciones a la residencia continuada cuando estén motivadas por causas de trabajo o análogas, así como por fuerza mayor”.

- Personas sin hogar.
- Personas que en el año inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud hayan estado tuteladas por la Administración de la Junta de Andalucía.
- Otras personas que residan temporalmente en alojamientos alternativos.
- Por fuerza mayor, debidamente acreditadas por los servicios sociales comunitarios mediante informe social.

Como puede verse, el Decreto-Ley exime del requisito de llevar empadronada en Andalucía desde al menos un año antes de formular la solicitud a personas que se encuentran en una situación particularmente difícil.

Como tercer requisito¹⁷² para acceder al ingreso mínimo de inserción, el art. 7.1.d) del DLRMISA exige que el solicitante y, en su caso, otras personas integrantes de la unidad familiar estén inscritas en el Servicio Andaluz de Empleo como demandantes de empleo.

Concretamente, a la persona solicitante se le exige que esté inscrita en el Servicio Andaluz de Empleo como demandante de empleo no ocupada. Esto significa que, con carácter general, la persona solicitante debe estar desempleada. No obstante, excepcionalmente, en los supuestos de personas víctimas de violencia de género o unidades familiares compuestas por una sola persona progenitora con menores de edad a su cargo, se eximirá a la persona solicitante de estar en situación de desempleo, si bien deberá estar inscrita en el Servicio Andaluz de Empleo como demandante de empleo¹⁷³.

Respecto de las demás personas beneficiarias de la Renta Mínima de Inserción Social, las mayores de 16 años que se encuentren en situación de búsqueda activa de empleo deben estar inscritas como demandantes de empleo. Sin embargo, se exime de este requisito a los miembros de la unidad familiar “que estén cursando una formación reglada, sean personas cuidadoras de personas dependientes perceptoras de la prestación para cuidados en el entorno familiar, prevista en el Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, perciban una pensión por invalidez absoluta, pensión de jubilación, sean personas trabajadoras sujetas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o Régimen Especial de Trabajadores Agrarios por cuenta propia, así como en aquellas circunstancias personales o sociales acreditadas mediante informe social de los servicios sociales comunitarios que determine la imposibilidad temporal o permanente de la inscripción en el Servicio Andaluz de Empleo”.

¹⁷² En su redacción originaria, el tercero de los requisitos previstos por el Decreto-Ley para el acceso al ingreso mínimo de inserción consistía en “acreditar la escolarización y la no existencia de una situación de absentismo de las personas menores de edad que formen parte de la unidad familiar y se encuentren en edad de escolarización obligatoria”. Sin embargo tal requisito fue derogado por la disposición final primera de la Ley 7/2018, de 30 de julio, por la que se modifica la se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género.

¹⁷³ La dispensa de este requisito a las unidades familiares compuestas por una sola persona progenitora con menores obedece a los objetivos, explicitados en el preámbulo del DLRMISA, de reforzar el apoyo a las unidades familiares monomarentales y monoparentales y de proteger a las personas menores de edad.

El cuarto de los requisitos se refiere a la carencia de recursos económicos, que, como ya advertimos, constituye el principal indicador de la situación de pobreza y también, aunque en menor medida, de la de exclusión social¹⁷⁴; situaciones en que, de conformidad con el art. 3.1 del Decreto-Ley, ha de encontrarse la unidad familiar como condición para ser perceptora de la Renta Mínima de Inserción Social. Las normas que regulan los ingresos mínimos garantizados, como el DLRMISA, fijan un determinado umbral de pobreza que actúa como límite cuantitativo para conocer si se cumple o no este requisito y si, por tanto, se tiene o no posibilidad de acceder a la prestación¹⁷⁵.

La carencia de recursos se valora teniendo en cuenta las circunstancias económicas de la unidad familiar considerada en su conjunto, globalmente. Dos son, concretamente, las condiciones que deben concurrir de manera cumulativa:

Por un lado, que la unidad familiar disponga de unos recursos mensuales inferiores a la cuantía que le correspondería de la Renta Mínima de Inserción Social de Andalucía calculada conforme dispone el art. 11 del DLRMISA, precepto que analizaremos un poco más adelante (art. 7.1.e). Como veremos, para calcular la cuantía de la Renta se toma como referencia el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (en adelante, IPREM)¹⁷⁶.

Por otro lado, que no dispongan, ni cualquier persona miembro de la unidad familiar, ni, como sumatorio, el conjunto de personas que la conforman, de dinero efectivo, o bajo cualquier título valor, derecho de crédito o depósito bancario, de un importe superior a 10 veces el IPREM.

Se trata, pues, de que la unidad familiar no disponga ni de un patrimonio propio ni de unos recursos periódicos que alcancen los umbrales referidos. Si ambas circunstancias confluyen, se considerará que la unidad familiar carece de recursos suficientes a efectos de poder ser beneficiaria de la Renta Mínima de Inserción Social.

Como quinto requisito, el art. 7.1.g) del DLRMISA exige que haya transcurrido el plazo establecido para poder volver a solicitar la prestación, en el caso de que se hubiera extinguido el derecho a la Renta Mínima de Inserción Social. Este requisito se conecta con determinados supuestos de extinción del derecho, regulados en el art. 36 del Decreto-Ley, en los que se impone un período de carencia de 6 meses, a contar desde la resolución de extinción, como condición para volver a solicitar la Renta. Sobre ellos volveremos más adelante.

¹⁷⁴ Recordemos que la situación de exclusión social o riesgo de estarlo es el resultado de la suma de diversas circunstancias (de índole personal, de convivencia, del entorno), que se toman en consideración junto con la insuficiencia de rentas.

¹⁷⁵ MORENO MÁRQUEZ, A. "Requisitos comunes de acceso..." cit. p. 116.

¹⁷⁶ Lógicamente, el DPSA también incluía como requisito de acceso a la prestación –el Ingreso Mínimo de Solidaridad– la carencia de recursos económicos. La fórmula que preveía para determinar esa carencia era similar a la prevista en este precepto del DLRMISA: la disposición de unos recursos mensuales inferiores a aquel Ingreso, que se calculaba tomando como referencia un indicador distinto: el Salario Mínimo Interprofesional.

El sexto requisito es que la persona solicitante, así como las demás personas integrantes de la unidad familiar mayores de 16 años, suscriban el compromiso de participación y cumplimiento del Plan de inclusión sociolaboral incluido en la solicitud. No obstante, podrá no incluirse la suscripción de todos o alguna de las personas mayores de 16 años integrantes de la unidad familiar si existe causa justificada que se acredite mediante informe social de los servicios sociales comunitarios (art. 7.1.h).

Como ya dijimos, una de las características estructurales de la Renta Mínima de Inserción Social es que su percepción se vincula necesariamente al seguimiento por sus beneficiarios de un itinerario integral de inserción. Muestra de ese vínculo es la inclusión de este requisito.

Por último, el art. 7.1.i) exige para acceder a la Renta Mínima de Inserción Social que la persona solicitante esté dada de alta en el censo de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, de acuerdo con la normativa tributaria estatal.

Los expuestos, son los requisitos que se exigen como regla general a las unidades familiares para acceder a la Renta Mínima de Inserción Social. Sin embargo, como ya se adelantó, las personas que se encuentran en situación de urgencia o emergencia social tienen derecho a la Renta sin necesidad de cumplir todos los requisitos descritos en el art. 7. En concreto, el art. 8 señala que estas personas pueden acceder a la prestación aun no cumpliendo algunos de los requisitos establecidos en los apartados b), d) y g) del art. 7.1, es decir, llevar empadronadas, de forma estable, como residentes en un domicilio ubicado en un municipio de Andalucía, desde al menos un año antes de la presentación de la solicitud; estar inscritas en Servicio Andaluz de Empleo como demandante de empleo, y que haya transcurrido el plazo establecido en los supuestos de extinción del derecho.

Esta excepción al cumplimiento de los requisitos exigidos para acceder a la Renta Mínima de Inserción Social es una novedad del DLRMISA que responde al objetivo de facilitar la percepción de la prestación a personas que se encuentran en una situación especialmente delicada.

Por último, es preciso señalar que los requisitos recogidos en el art. 7 deben concurrir en el momento de la presentación de la solicitud y durante la tramitación del procedimiento de concesión de la prestación, y su cumplimiento ha de mantenerse mientras se esté percibiendo la Renta. Solo se prevé una excepción: el requisito de la inscripción en el Servicio Andaluz de Empleo como demandante de empleo solo se exige en el momento de la presentación de la solicitud (art. 7.2).

2.4. Cuantía y duración de la prestación

Para concluir este epígrafe, en el que hemos abordado los aspectos sustantivos de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía, queda por analizar los elementos que conforman su ámbito material: la cuantía y la duración de la prestación. La regulación de ambos elementos presenta importantes novedades respecto a la normativa anterior, que serán oportunamente señaladas en las páginas siguientes.

2.3.1. Cuantía

Como ya sabemos, la Renta Mínima de Inserción Social es una prestación *diferencial* o *variable*, pues la cuantía final de la misma resulta de deducir al importe que pudiera corresponder en función del tamaño y composición de la unidad familiar la cantidad correspondiente a los recursos computables de dicha unidad.

De este modo, para determinar el importe final de la prestación es preciso, en primer lugar, calcular la cuantía de la Renta Mínima de Inserción Social, atendiendo al número de personas integrantes de la unidad familiar y a sus circunstancias personales. El resultado de esa operación constituirá el importe máximo que podría recibir la unidad familiar. En segundo lugar, valorar la capacidad económica de la unidad familiar, a partir de los ingresos imputables a la misma y su patrimonio. Y por último, restar al resultado del primer cálculo el importe obtenido del segundo. Veamos detenidamente cada una de estas operaciones.

La cuantía de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía se calcula de acuerdo con lo dispuesto en el art. 11 del DLRMISA.

Este precepto establece que “la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía consiste en una prestación económica mensual del 78% del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), calculada en doce mensualidades, vigente en la fecha de resolución de la solicitud, incrementada ésta en un 10% del IPREM por cada persona integrante de la unidad familiar distinta de la persona solicitante de la misma, hasta un máximo equivalente del 125% de dicho IPREM” (art. 11.1).

Como hemos apuntado, una novedad importante del DLRMISA es la adopción de un indicador de referencia para calcular el importe de la Renta distinto del previsto en la normativa anterior: si el DPSA empleaba el Salario Mínimo Interprofesional (SMI), el DLRMISA utiliza el IPREM. La referencia a este último indicador es, por lo demás, común a otras legislaciones autonómicas¹⁷⁷.

La sustitución de un indicador por otro en la normativa andaluza es lógica, si se tiene en cuenta que el IPREM se creó, precisamente, para sustituir al SMI en su función de servir de

¹⁷⁷ Por ejemplo, la canaria (art. 9 de la Ley 1/2007, de 17 de enero, por la que se regula la Prestación Canaria de Inserción); la cántabra (art. 32 de la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de Cantabria); la gallega (art. 21 de la Ley 10/2013, de 27 de noviembre, de inclusión social de Galicia) y la murciana (art. 10 de la Ley 3/2007, de 16 de marzo, de Renta Básica de Inserción de la Región de Murcia). La legislación vasca, pionera en España en la introducción de la renta mínima de inserción social, mantiene, sin embargo, como indicador de referencia el SMI (art. 20 de la Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y e Inclusión Social del País Vasco).

referencia del nivel de renta a efectos distintos de los estrictamente laborales, es decir, para el cálculo de prestaciones, ayudas y, en general, servicios públicos de contenido dinerario¹⁷⁸.

Tras establecer la fórmula general de cálculo de la Renta Mínima de Inserción Social, el art. 11 regula una pluralidad de supuestos particulares que, en atención a diversas circunstancias referidas a la unidad familiar o algunos de sus integrantes, introducen algunas variaciones en aquella fórmula, con el objeto de incrementar la cuantía máxima de la prestación.

Esta previsión constituye una importante novedad respecto a la regulación del DPSA. Así, si el Decreto, para determinar la cuantía del Ingreso Mínimo tomaba en consideración, exclusivamente, el número de miembros de la unidad familiar, el DLRMISA incorpora a ese cálculo otras variables, al objeto de que el importe de la prestación se adecue en mayor medida a la realidad de unidad familiar. Veamos cuáles son los supuestos previstos en el Decreto-Ley:

- Cuando la unidad familiar esté formada por 6 o más personas, de las cuales al menos 3 sean personas menores de edad, el límite referido en el apartado 1 del art.11 –125 % del IPREM– se amplía hasta un máximo del 145% del IPREM.
- En caso de que la persona solicitante ostente la custodia compartida de menores a cargo, la Renta solo se incrementará un 5% del IPREM por cada menor que tenga a cargo en dicho régimen, hasta el máximo del 145% del IPREM.
- Si se trata de una unidad familiar monomarental o monoparental con personas menores a cargo, la Renta se incrementará en un 10% más del IPREM, una sola vez por unidad familiar, en las siguientes circunstancias:
 - Las personas menores a cargo han sido reconocidas en el Registro Civil solo por la persona solicitante, siendo ésta la que los tiene a cargo.
 - Las personas menores a cargo han sido reconocidas por dos personas progenitoras pero una de ellas ha fallecido sin derecho a percibir las personas menores la pensión de orfandad.
- En el supuesto de que en la unidad familiar haya personas con discapacidad con un grado igual o superior al 33% sin derecho a otro tipo de prestaciones, la Renta se incrementará en un 10% más del IPREM una sola vez por unidad familiar.

En el supuesto de concurrir las dos últimos supuestos referidos –familia monomarental o monoparental y personas con discapacidad– en una misma unidad familiar, solo se podrá incrementar una vez el 10% añadido, hasta el máximo del 145%.

¹⁷⁸ En este sentido, la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, afirma lo siguiente: “Conviene señalar que, por razones de seguridad jurídica y para evitar que se produzcan efectos perturbadores en la economía en general y en la de las Administraciones públicas, simultáneamente a la desvinculación de los indicados efectos se crea un indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) para su utilización como indicador o referencia del nivel de renta que sirva para determinar la cuantía de determinadas prestaciones o para acceder a determinados beneficios, prestaciones o servicios públicos, que sustituirá al SMI en esta función, de forma obligatoria para el caso de las normas del Estado y de forma potestativa para el caso de las comunidades autónomas, de las Ciudades de Ceuta y Melilla y de las entidades que integran la Administración local”.

La segunda operación se dirige a determinar la capacidad económica de la unidad familiar, que, como hemos dicho, viene configurada por los ingresos imputables a la misma y su patrimonio en el momento de la presentación de la solicitud. A estos efectos, El DLRMISA relaciona en su art. 13 tanto los ingresos computables como los no computables con un grado de desarrollo mayor que el DPSA. Ello permite determinar la capacidad económica de la unidad familiar con más exactitud.

Esta operación es absolutamente fundamental para que el órgano competente pueda resolver sobre la concesión o denegación de la prestación, pues, recordemos, solo en el caso de que los recursos mensuales de los que disponga la unidad familiar –expresivos de su capacidad económica– sean inferiores a la Renta Mínima de Inserción Social, tendrán sus integrantes derecho a su percepción.

Se consideran recursos computables, conforme al art. 13.1, las pensiones, subsidios, rentas e ingresos que, en cualquier concepto, perciban, o tengan derecho a percibir, todas las personas integrantes de la misma en el mes de la presentación de la solicitud.

También tiene esa consideración, de acuerdo con el art. 13.2, los bienes muebles e inmuebles –distintos estos últimos de la vivienda habitual– que la o las personas integrantes de la unidad familiar tengan en propiedad por cualquier título jurídico. Los ingresos computables por la propiedad de bienes inmuebles distintos a la vivienda habitual se fijan en función de los siguientes elementos: el 1,1% del valor catastral dividido entre 12 meses si el valor catastral está revisado, y el 2% si el valor catastral no está revisado. Asimismo, se computan los ingresos que perciba cualquier miembro de la unidad familiar en concepto de arrendamiento de inmuebles del que sea titular.

En el caso de personas trabajadoras sujetas al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos o Régimen Especial de Trabajadores Agrarios por cuenta propia, se consideran ingresos de la unidad familiar el pago periódico de las cuotas de cotización mensual a la Seguridad Social, y en su caso, los ingresos netos que presenten en su declaración de la renta (art. 13.3).

En cuanto a los ingresos no computables, el DLRMISA amplía considerablemente la relación que establecía el DPSA¹⁷⁹. Ello supone un aumento de la cobertura de la prestación, pues si para determinar la capacidad económica de la unidad familiar se computan menos recursos, lógicamente, será más difícil que estos alcancen el importe de la Renta Mínima de Inserción Social y, por tanto, más probable que sus integrantes tengan derecho a percibirla en la cuantía que corresponda.

El art. 11.4 identifica como no computables una gran variedad de recursos, entre los que cabe señalar la propiedad o mera posesión de la vivienda habitual, prestaciones por hijo

¹⁷⁹ El Decreto consideraba como recurso no computables, exclusivamente, la propiedad o mera posesión de la vivienda habitual, la prestación por hijo a cargo y las ayudas para el transporte que el desarrollo de alguna de las acciones previstas en el Decreto pudiera conllevar (art. 4.3)

o hija, pensiones de orfandad, de alimentos, remuneraciones por acogimiento familiar, prestaciones económicas establecidas en la en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, becas de ayuda al estudio y el transporte y otros ingresos de diversa índole¹⁸⁰.

Para determinar los recursos computables de la unidad familiar se tienen en cuenta los datos contenidos en la solicitud y los obtenidos por el órgano gestor, a través de las distintas bases de datos públicas o de cualquier otro medio disponible. Además, el órgano gestor puede realizar las comprobaciones que estime convenientes para verificar los ingresos y el patrimonio de la unidad familiar, a efectos de realizar las revisiones que procedan; revisiones que pueden motivar la inadmisión o la denegación de la prestación.

Obtenidos los importes de la Renta Mínima que correspondería a la unidad familiar y de sus recursos computables, es posible determinar la cuantía final de la prestación, de la forma que antes expusimos. Así, el art. 15 del Decreto-Ley establece que la cuantía mensual de la prestación aplicable a cada unidad familiar vendrá determinada por la diferencia entre la cuantía que se establezca conforme a lo establecido en el art. 11 y el importe mensual de los recursos computables de la unidad familiar. La cuantía mínima de la prestación se fija en el 20% del IPREM. Por lo demás, el importe de la prestación habrá de ir actualizándose anualmente en la misma proporción que lo haga el IPREM (disposición adicional segunda del DLRMISA).

2.3.2. Duración

Uno de los aspectos sobre los que más destacadamente ha introducido novedades el DLRMISA, respecto a la regulación anterior, es la duración de la prestación.

¹⁸⁰ La relación completa de los recursos no computables es la siguiente:

- a) La propiedad o mera posesión de la vivienda habitual.
- b) La prestación por hija o hijo a cargo contributiva o no contributiva.
- c) Las pensiones de orfandad.
- d) La remuneración por acogimiento familiar.
- e) Las pensiones de alimentos establecidas en sentencia judicial firme o convenio regulador.
- f) Las prestaciones económicas establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
- g) Las becas de ayudas al estudio, a la formación y al transporte.
- h) Los ingresos procedentes de la asistencia a cursos de formación y de los contratos de formación para jóvenes.
- i) Las ayudas a jóvenes que provengan del sistema de protección.
- j) Los bienes inmuebles declarados en ruina.
- k) Las ayudas públicas para la vivienda habitual.
- l) Las ayudas económico-familiares y las ayudas de emergencia social gestionadas por los servicios sociales comunitarios.
- m) Los ingresos económicos obtenidos por rentas del trabajo durante el periodo de suspensión de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía contemplado en la letra a del apartado 2 del art. 39 del presente Decreto-ley.”

El art. 16 del DLRMISA establece la duración inicial de la percepción de la Renta Mínima de Inserción Social en 12 meses¹⁸¹, mientras que el DPSA la fijaba en 6¹⁸². La justificación de esta modificación se encuentra en el propio preámbulo del Decreto-Ley, donde se sostiene que la aplicación de aquel Decreto “ha demostrado, a pesar de sus innegables logros y beneficios, que los procesos de pobreza y exclusión no se resuelven en un periodo de seis meses, que es la duración del Ingreso Mínimo de Solidaridad, siendo necesario un período más amplio”.

El Decreto-Ley, además, posibilita solicitar la ampliación de la prestación, por períodos sucesivos de 12 meses, mientras persistan las circunstancias que la motivaron, y se mantengan los requisitos y condiciones que se exigieron para su concesión, de acuerdo con un calendario que se establece en la disposición transitoria segunda del Decreto-Ley (art. 16.2).

En todo caso, para acceder a la ampliación es necesario que la persona titular de la unidad familiar lo solicite como máximo en los 3 meses anteriores a la finalización de la percepción de la Renta. Una vez finalizada no es posible instar la ampliación, debiéndose formular una nueva solicitud (art. 16.3).

Por último, el devengo de la prestación se producirá a partir del día primero del mes siguiente al de la fecha de entrada de la solicitud en el órgano competente para resolver (art. 16.1). Esto también constituye una novedad respecto al DPSA, que fijaba el devengo del Ingreso Mínimo de Solidaridad a partir del día siguiente al de la fecha de la resolución de su reconocimiento¹⁸³.

3. EL PLAN DE INCLUSIÓN SOCIOLABORAL

Uno de los elementos estructurales de las rentas mínimas de inserción social es, como ya sabemos, su vinculación a un programa específico dirigido a la integración social de sus beneficiarios. Dicho programa recibe en el DLRMISA la denominación de Plan de inclusión sociolaboral.

¹⁸¹ Con la fijación de este plazo de duración inicial de 12 meses, la legislación andaluza se equipara en este aspecto a otras normas autonómicas que establecen el mismo período. Así, la ley canaria (art. 16 de la Ley 1/2007, de 17 de enero, por la que se regula la Prestación Canaria de Inserción); la gallega (arts. 22 y 29 de la Ley 10/2013, de 27 de noviembre, de inclusión social de Galicia) y la navarra (art. 16 de la LEY FORAL 15/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan los derechos a la Inclusión Social y a la Renta Garantizada). A este respecto, cabe indicar que, tal y como señala el preámbulo del DLRMISA, hasta su entrada en vigor, Andalucía era la única Comunidad Autónoma en la que su renta mínima –el Ingreso Mínimo de Solidaridad– tenía una duración inferior al año.

¹⁸² Art. 6.3 del DPSA.

¹⁸³ Art. 6.3 del DPSA.

El Plan es un verdadero condicionante del derecho de los beneficiarios a percibir la Renta Mínima de Inserción Social, pues, recordemos, el art. 7 del Decreto-Ley incluye entre los requisitos exigidos para poder solicitarla, la suscripción, por la persona solicitante y los demás integrantes de la unidad familiar mayores de 16 años, del compromiso de participación y cumplimiento del mismo (art. 7.1.h).

Como idea general, se puede afirmar que el DLRMISA da un fuerte impulso a este elemento de la prestación. Así, la norma, mucho más prolija en este aspecto que su antecedente, refuerza el carácter integral del plan y la transversalidad de las medidas de inclusión previstas en él¹⁸⁴, se promueve la participación de sus destinatarios en su elaboración y detalla, en mayor medida que el DPSA, las posibles actuaciones y medidas de inclusión que pueden contenerse en el mismo. En las páginas siguientes abordaremos estas cuestiones.

3.1. Concepto y características

De acuerdo con el art. 4.2 del DLRMISA, el Plan de inclusión sociolaboral es un conjunto de actuaciones del proyecto de intervención social unidas a acciones concretas de carácter laboral, necesarias para la integración social y laboral de las personas titulares y del resto de componentes de la unidad familiar beneficiaria de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía. Añade el precepto que el plan puede incluir otras medidas en materia de educación, salud y vivienda, que será elaborado de manera participada entre los servicios sociales comunitarios, el Servicio Andaluz de Empleo y, en su caso, otras áreas competentes de la Administración, y que estará consensuado con las personas beneficiarias.

De la definición anterior es posible deducir algunas características del Plan que, junto a otras, son desarrolladas por el art. 18 del Decreto-Ley.

Se trata de un plan *personalizado* que debe adaptarse a las necesidades, circunstancias y contexto de cada unidad familiar y, dentro de estas, a las necesidades específicas de los miembros que participen en el mismo, haciendo hincapié en el refuerzo de sus potencialidades (art. 18.a)

El objetivo de proporcionar una atención personalizada, a través del Plan de inclusión sociolaboral, que plantea el Decreto-Ley en este punto, es congruente con el contenido de algunos de los derechos reconocidos a los titulares y demás beneficiarios de la Renta Mínima de Inserción Social en el art. 9. Recordemos, entre ellos, el derecho a “recibir una atención directa, adecuada a sus necesidades, mediante un Plan de inclusión sociolaboral

¹⁸⁴ A este respecto, el preámbulo destaca del DLRMISA como novedad de la nueva regulación que “se subraya la transversalidad de las medidas de acompañamiento al proceso de inclusión social, reforzándose la implicación de otros departamentos de la Administración Autónoma mediante la elaboración de protocolos, sobre todo del Servicio Andaluz de Empleo”.

en función de la valoración de su situación” (art. 9.b) y el derecho “a que se realice una evaluación y diagnóstico de sus necesidades” (art. 9.g).

Ligado a lo anterior, es un plan *coherente*, en el sentido de que debe existir una coherencia lógica entre las necesidades personales y familiares detectadas, las consecuencias que de ello derivan, las potencialidades con las que cuenta la unidad familiar para mejorar su situación, los objetivos a alcanzar y las actuaciones necesarias para alcanzar dichos objetivos (art. 9.b).

Es un plan *flexible*, que puede adaptarse a las distintas circunstancias que se vayan produciendo en la unidad familiar (art. 9.c).

Debe ser, asimismo, un plan *participado*. El art. 9.d) señala que la participación de la persona titular y, en su caso, de los demás miembros de la unidad familiar en el diseño, desarrollo y seguimiento del Plan de inclusión sociolaboral es imprescindible, hasta el punto de considerarlo un requisito de validez. A este respecto, debemos recordar que la participación activa en la elaboración del Plan no es una mera posibilidad o un derecho de aquellas personas; es, de acuerdo con el art. 10.2.a) del DLRMISA, una obligación. Pero lo cierto es que, más allá de esta referencia, el Decreto-Ley no ofrece mayor especificación acerca del modo en que debe producirse esa participación.

Corolario del carácter participado del Plan es que, asimismo, es un instrumento *consensuado* entre la Administración y las personas beneficiarias.

El carácter participado y consensuado del Plan lleva a considerar que este instrumento tiene una naturaleza *convencional* o *cuasi-convencional*, idea que se refuerza si se observa que una de las causas de finalización del mismo es el acuerdo de las partes intervinientes, como veremos seguidamente¹⁸⁵.

Por último, es también un Plan *coordinado*, en tanto en cuanto debe contemplar los mecanismos o cauces de colaboración necesarios con los organismos y sus profesionales, cuando las actuaciones y medidas que prevea impliquen la participación de ámbitos diferentes a los servicios sociales comunitarios y al Servicio Andaluz de Empleo.

Además, el Plan debe incorporar la perspectiva de género. En concreto, ha de establecer de forma expresa las diferentes actuaciones a desarrollar para lograr avanzar en la igual-

¹⁸⁵ En esta línea, en el modelo vasco, el instrumento que incorpora medidas de intervención social para personas que se encuentran en riesgo o en situación de exclusión social se denomina “Convenio de Inclusión” y se define como “documentos-programa en los que las partes intervinientes establecen las acciones específicas de carácter social y/o laboral necesarias para prevenir el riesgo o la situación de exclusión de la persona titular y del conjunto de los miembros de la unidad de convivencia y para facilitar su inclusión social y laboral” (art. 65.1 de la Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y e Inclusión Social del País Vasco).

dad real y efectiva de mujeres y hombres, especialmente en materia de corresponsabilidad en el cuidado del hogar y de las personas dependientes de la unidad familiar¹⁸⁶.

3.2. Elaboración, seguimiento y finalización del Plan

El Plan de inclusión sociolaboral debe confeccionarse en el plazo de un mes desde la fecha de la resolución de concesión de la Renta Mínima de Inserción Social.

Como se ha apuntado, el Plan de inclusión sociolaboral es elaborado por una persona profesional de los servicios sociales comunitarios y la persona responsable de referencia representante del Servicio Andaluz de Empleo. Además, en su diseño pueden colaborar otras áreas de la Administración, entre las que cabe destacar las competentes en materia de salud, educación y vivienda (arts. 4.2 y 20.1). También participarán –aunque el Decreto-Ley no especifica cómo– la persona titular y, en su caso, las beneficiarias, según hemos indicado antes. El instrumento debe ajustarse al modelo normalizado establecido en el Anexo IV del Decreto-Ley y será remitido a la Delegación Territorial competente en materia de servicios sociales por medios telemáticos (art. 32.7).

Como ya sabemos, el Plan debe que debe ser consensuado y suscrito, de forma conjunta, por la persona titular y en su caso, por las personas beneficiarias de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía integrantes de la unidad familiar mayores de 16 años¹⁸⁷, y el o la profesional de los servicios sociales comunitarios y de la Red de unidades de orientación profesional de Andalucía (arts. 16 y 32.5).

Aquellos mismos servicios son los encargados también hacer el seguimiento del desarrollo de las actuaciones y su adecuación a los objetivos establecidos. Así, deben hacer una revisión al menos semestralmente y sus resultados se han de hacer constar por escrito en el informe de seguimiento del Plan de inclusión sociolaboral (art. 20.2 y 3).

De acuerdo con el art. 21, el Plan finalizará por alguna de las causas siguientes:

- Consecución de los objetivos de inclusión o inserción sociolaboral.
- Incumplimiento por parte de la persona o personas que los suscriben de las actuaciones en él definidas, lo que implicará la pérdida del derecho a la percepción de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía.

¹⁸⁶ Al respecto, cabe recordar que el principio de igualdad entre mujeres y hombres tiene un carácter transversal, de modo que, de acuerdo con el art. 15 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, “informará la actuación de todos los Poderes Públicos” y, en concreto “las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades.”

¹⁸⁷ Si bien, como ya se ha indicado, “podrá no incluirse la suscripción del Plan de inclusión sociolaboral de alguna o algunas personas mayores de 16 años integrantes de la unidad familiar, debiendo estar debidamente acreditada la causa en dicho Plan por los servicios sociales comunitarios” (art. 32.6).

- Haber concluido el plazo de duración del mismo.
- Acuerdo de las partes intervinientes.

Por lo demás, en todos estos casos, los servicios sociales comunitarios deben comunicar en el plazo de 15 días hábiles, a la Delegación Territorial de la Consejería competente en materia de servicios sociales, a través de medios telemáticos, la finalización del Plan y las causas que la motivaron.

3.3. Contenido

El contenido del Plan de inclusión sociolaboral debe integrarse en el proyecto de intervención social y establecerá, al menos (art. 19.1):

- Los objetivos que se pretenden alcanzar.
- Las actuaciones a desarrollar para la inclusión personal, familiar, social, laboral y educativa, así como, para promover el acceso a los recursos sanitarios y de vivienda y la intervención de otros órganos diferentes a los servicios sociales comunitarios. Dichas actuaciones y medidas serán definidas de forma clara y comprensible.
- Los plazos en los que se deberán desarrollar las actuaciones y medidas.
- El sistema de seguimiento del Plan.
- Los compromisos y obligaciones de las partes.

Análisis específico merecen las actuaciones y medidas de inclusión que pueden incorporarse al Plan. A ellas dedica el Decreto-Ley una atención especial –desde luego, mayor que el DPSA–. Dichas medidas pueden tener carácter individual o grupal y, conforme al art. 19.2, se clasifican del modo siguiente: medidas en el ámbito de los servicios sociales, medidas para la mejora de la empleabilidad, medidas de naturaleza educativa, medidas en el ámbito de la salud, medidas para el acceso o mantenimiento de la vivienda y, por último, otras que se consideren necesarias para el logro de los objetivos establecidos en el Plan de inclusión sociolaboral y que sean un elemento fundamental para el logro de la inclusión y la integración social de la unidad familiar.

En cuanto a las medidas en el ámbito de los servicios sociales, el Decreto-Ley no es demasiado específico. Se limita a señalar que las personas beneficiarias de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía accederán a los servicios, programas y centros de carácter social recogidos en el Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, entre ellas las prestaciones para la atención en situaciones de urgencia social para la cobertura de suministros básicos, así como a los servicios, programas y centros de carácter social del ámbito competencial de la Corporación Local donde las personas beneficiarias estén empadronadas. Además, “se podrán articular medidas de colaboración y coordinación para la participación de las personas integrantes de la unidad familiar beneficiaria de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía en los servicios, programas o actuaciones de voluntariado en las entidades de la iniciativa social” (art. 22).

Más protagonismo adquieren las medidas para la promoción de la inserción laboral, que se contienen en el art. 23. Al respecto, ha de indicarse que la vinculación de la prestación económica a las políticas activas de empleo constituye uno de los objetivos subrayados por el Decreto-Ley, en la consideración de que la inserción laboral es fundamental para el logro de la autonomía de las personas. Las medidas que se establecen son las siguientes:

En primer lugar, las personas beneficiarias tendrán la consideración de colectivo prioritario para la participación en los planes autonómicos de empleo, así como para el acceso a las acciones de formación profesional para el empleo dirigidas a personas trabajadoras desempleadas.

Y en segundo lugar, las personas integrantes de la unidad familiar que sean demandantes de empleo inscritas como desempleadas en el Servicio Andaluz de Empleo, podrán desarrollar de manera prioritaria un itinerario personalizado de inserción, que será gestionado por el Servicio Andaluz de Empleo y consistirá en la realización de una secuencia concatenada de acciones destinadas a mejorar su empleabilidad. En el desarrollo de este itinerario, las personas podrán ser derivadas a programas de prácticas profesionales, de fomento del empleo, o cualquier otra medida que la Consejería competente en materia de empleo ponga en marcha.

En lo que respecta a las medidas de naturaleza educativa, el art. 24 establece que se analizarán las necesidades en materia de educación y formación de las personas incluidas en el Plan y se establecerán las medidas a tomar en esta materia con el objetivo de mejorar su integración social y mejorar su empleabilidad.

La correcta aplicación de estas medidas exige la coordinación entre los servicios sociales comunitarios y el correspondiente centro escolar. Así, las actuaciones de coordinación deben recogerse de forma expresa y se dirigirán especialmente a garantizar la escolarización y evitar el absentismo escolar de las personas con edad de escolarización obligatoria. Particular atención ha de prestarse a los supuestos de personas víctimas de violencia de género.

Por lo demás, se prevé que las personas beneficiarias de la Renta Mínima de Inserción Social puedan ser incluidas en programas de educación para personas adultas.

Las medidas en el ámbito de la salud deben dedicar especial atención a la infancia y se dirigirán primordialmente a facilitar el acceso al Sistema Sanitario Público de Andalucía. Concretamente, las actuaciones previstas consisten en informar y orientar a las personas beneficiarias para que conozcan y accedan a los servicios sanitarios públicos y en incorporarlas a programas de salud (art. 25).

Respecto de esto último, se prevé que las personas beneficiarias de la Renta Mínima de Inserción Social puedan participar preferentemente en los programas de salud preventivos, de promoción de hábitos saludables de vida, de modificación de conductas de riesgo, programas de promoción de salud mental, el bienestar emocional y los activos en salud, entre otros. Esta medida se reforzará especialmente en la población residente en las zonas desfavorecidas.

Por último, en cuanto a las medidas para el acceso el mantenimiento de la vivienda, el art. 26 introduce soluciones diversas en función de que las unidades familiares dispongan o no de vivienda.

Para las que no disponen, se prevé que se les aplique procedimiento especial de adjudicación establecido para las viviendas del parque público, considerándolas como grupo de especial protección y con las limitaciones de renta establecidas en el Plan de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía para el alquiler social.

Para las que sí disponen de una vivienda, pero que carece de las condiciones mínimas de habitabilidad, se optará entre aplicar el procedimiento anterior y la inclusión en un programa de rehabilitación que se esté ejecutando o se vaya a acometer en su municipio de residencia¹⁸⁸.

En fin, a las unidades familiares beneficiarias de la Renta Mínima de Inserción Social con personas menores a cargo, que se encuentren en viviendas de alquiler y presenten dificultades para el mantenimiento de las mismas, se les dará prioridad en las convocatorias para el acceso a viviendas de protección oficial que se desarrollen desde las Corporaciones Locales.

4. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN SOCIAL EN ANDALUCÍA

El aspecto procedimental es otro de los que ha experimentado un importante desarrollo en el DLRMISA. El procedimiento de concesión de la Renta Mínima de Inserción Social se regula con un nivel de detalle considerablemente mayor que en el DPSA, lo que indudablemente refuerza la seguridad jurídica.

El Decreto-Ley dedica el capítulo IV al procedimiento general de concesión de la Renta Mínima de Inserción Social, mientras que el capítulo V se ocupa del procedimiento de tramitación y acreditación de la situación de urgencia o emergencia social en el ámbito de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía. Respecto de esto último, el Decreto-Ley, en realidad, no ordena un procedimiento completo, sino que establece unas pocas especialidades procedimentales dirigidas a garantizar la prioridad en la tramitación del procedimiento cuando afecta a personas que se encuentren en esas situaciones.

¹⁸⁸ En todo caso, para la aplicación del Plan de Vivienda y la obtención de ayudas contenidas en los distintos programas que lo desarrollan, así como los reglamentos u ordenanzas reguladoras de los registros municipales de demandantes de vivienda protegida, deberán considerarse los conceptos y condiciones de la unidad de convivencia que en ellos se definan

Por lo demás, cabe hacer dos observaciones generales sobre esta regulación. De una parte, se facilita la tramitación electrónica del procedimiento, adecuándose así el Decreto-Ley a la LPAC. De otra, destaca el recurso a los anexos que se encuentran al final de la norma, como herramientas facilitadoras de su tramitación; anexos que contienen modelos, listados de documentación e instrucciones dirigidas a la propia Administración.

4.1. Procedimiento general de concesión de la Renta Mínima de Inserción Social

El procedimiento se inicia siempre a instancia de persona interesada¹⁸⁹, mediante una solicitud que ha de dirigirse a la Delegación Territorial competente en materia de servicios sociales de la provincia en la que resida la persona solicitante, según el modelo establecido en el Anexo I (art. 27.1). La solicitud ha de presentarse preferentemente en los servicios sociales comunitarios de la localidad en la que aquella se encuentre empadronada, sin perjuicio de la posibilidad de presentación en alguna de las dependencias administrativas enumeradas en el art. 16.4 de la LPAC (art. 27.4). Asimismo, como hemos apuntado, también es posible su presentación telemática (art. 27.7).

Si la solicitud se presenta en los servicios sociales comunitarios, esta la remitirá a la Delegación Territorial correspondiente, que es el órgano encargado de la instrucción y resolución del procedimiento (art. 27.5). Si se presenta en otra dependencia, se remitirá ante la Consejería competente en materia de servicios sociales, a su sede electrónica o a su Delegación Territorial (art. 27.6).

Lógicamente, mientras se esté tramitando una solicitud no se admitirá otra de la misma unidad familiar (art. 27.3).

En cuanto a los documentos que hay que acompañar a la solicitud, estos están detalladamente referenciados en el Anexo II¹⁹⁰ del Decreto-Ley (art. 28.1)

¹⁸⁹ Como ocurre normalmente en los procedimientos de los que derivan la declaración o constitución de un derecho, el de concesión de la Renta Mínima de Inserción Social se inicia a instancia de persona interesada. Respecto a la iniciación y tramitación de este procedimiento, ha de tenerse presente que las circunstancias de las personas que usualmente acceden a la Renta y su nivel cultural pueden dificultar en muchos casos el propio conocimiento de la prestación y, sobre todo, la superación de toda la serie de obstáculos burocráticos que comportan los procedimientos administrativos. Por ese motivo, el de asesoramiento y el acompañamiento de los servicios sociales a los solicitantes en el desarrollo del procedimiento de concesión de la Renta Mínimas de Inserción Social –especialmente de los servicios sociales comunitarios– es fundamental. Más aún, habría que considerar la conveniencia de que pudiera iniciarse de oficio en los casos en los que los servicios sociales detecten que una unidad familiar puede cumplir los requisitos exigidos para su percepción, instando en ese supuesto a los posibles beneficiarios, una vez iniciado el procedimiento, a que aporten los datos y documentos necesarios para resolver si procede o no su concesión.

¹⁹⁰ Este anexo recoge un extenso listado de la documentación que hay que presentar junto a la solicitud. En todo caso, la persona solicitante debe aportar certificado de que todas las personas se hallan empadronadas

La Delegación Territorial, salvo oposición expresa de alguno de los integrantes de la unidad familiar, realizará las comprobaciones necesarias para verificar la información facilitada por la unidad familiar (art. 27.8). A este respecto, la información a la que se refiere el Anexo III¹⁹¹ del Decreto-Ley se verificará mediante diligencia, incorporándose el resultado de la verificación al expediente administrativo (art. 28.3)¹⁹².

A partir de la solicitud y de la documentación que la acompaña, la Delegación Territorial podrá comprobar que la unidad familiar cumple todos requisitos exigidos para que le sea concedida la prestación, particularmente, si los recursos mensuales de los que dispone son inferiores a la cuantía que le correspondería de la Renta Mínima de Inserción Social (art. 29 en relación con el 14).

Asimismo, la Delegación Territorial podrá solicitar a los organismos públicos y entidades privadas que estime pertinentes los datos e informes necesarios para constatar la veracidad de la documentación presentada y su adecuación a los requisitos legalmente establecidos (art. 30)¹⁹³.

Si con ocasión de la actividad de comprobación que realice la Delegación Territorial se detectan errores o contradicción en la documentación presentada, o se considera que esta es insuficiente para acreditar los requisitos exigidos, la unidad administrativa competente para instruir y resolver la solicitud debe requerir a la persona solicitante para que, en el plazo de 10 días, subsane el defecto o acompañe los documentos solicitados,

en el mismo domicilio, al menos con un año de antelación a la fecha de presentación de la solicitud y documento bancario de la entidad elegida para la liquidación del pago de la prestación. Además, el anexo identifica los documentos que han de aportarse en función de las circunstancias de los integrantes de la unidad familiar.

¹⁹¹ El anexo III identifica la información que ha de verificarse mediante diligencia y telemáticamente por la Delegación Territorial correspondiente. Entre otra, la identidad de todas las personas integrantes de la unidad familiar mayores de 14 años; escolarización y no existencia de situación de absentismo de las personas integrantes de la unidad familiar con edad de escolarización obligatoria; situación de parejas de hecho; situación de la inscripción como demandantes de empleo; prestaciones contributivas y no contributivas percibidas por los integrantes de la unidad familiar y la declaración de la Renta de ejercicio inmediatamente anterior a la fecha de presentación de la solicitud.

¹⁹² En el caso de que de que la persona solicitante indique de manera expresa su no consentimiento a la consulta de la información indicada en el Anexo III por parte de la Delegación Territorial competente, deberá presentar la correspondiente documentación acreditativa de dicha información.

Por lo demás, desde la Consejería competente en materia de servicios sociales se pueden articular mecanismos de colaboración y comunicación con otros órganos, tanto de la Administración de la Junta de Andalucía, como de las Entidades Locales y la Administración General del Estado, con la finalidad de verificar la información facilitada con la solicitud y para simplificar el procedimiento y evitar la presentación de documentación por la persona solicitante cuando esta se encuentre en poder de la Administración (art. 28.4).

¹⁹³ "Transcurrido el plazo establecido en el art. 80.2 de la LPAC desde la solicitud efectuada al organismo correspondiente sin haberse obtenido la respuesta requerida, se continuará con la tramitación del expediente, sin perjuicio de que si finalmente ésta se recibiera fuera de dicho plazo se incorpore al expediente sin que esta circunstancia suponga necesariamente la retroacción del procedimiento".

advirtiéndole de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistida de su solicitud, previa resolución dictada al efecto (art. 31.2). Además, si en esa actividad comprobadora se constata el falseamiento de la declaración de ingresos, cualquier otra información de la unidad familiar, o cualquier otra actuación fraudulenta, se le concederá igualmente un plazo de 10 días para formular alegaciones, pudiendo proceder, en su caso, a la denegación de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía (art. 31.3).

La resolución del procedimiento compete a la persona titular de la Delegación Territorial de la Consejería competente en materia de asuntos sociales (art. 32).

El plazo para resolver y notificar la resolución es de 2 meses a contar desde el primero del mes siguiente a la fecha de entrada de la solicitud en el órgano competente para resolver, aunque dicho plazo queda interrumpido si el procedimiento se paraliza por causa imputable a las personas interesadas. El transcurso del plazo para resolver sin que se haya dictado la resolución determinará la desestimación de la solicitud por silencio administrativo¹⁹⁴ (32.2).

La resolución por la que se conceda la Renta Mínima de Inserción Social debe contener, al menos, la cuantía a percibir, el plazo para la remisión a la Delegación Territorial correspondiente, por parte de los servicios sociales comunitarios y el Servicio Andaluz de Empleo, del Plan de inclusión sociolaboral, la obligación de su cumplimiento y la fecha a partir de la cual la prestación tendrá efectos económicos (32.4).

La resolución debe ser notificada, además de a las personas solicitantes, a los servicios sociales comunitarios y al Servicio Andaluz de Empleo, que dispondrán de un mes para elaborar el Plan de inserción sociolaboral (32.5)¹⁹⁵.

4.2. Procedimiento de tramitación y acreditación de la situación de urgencia y emergencia social

Como apuntamos antes, el capítulo V del DLRMISA regula una serie de especialidades que han de observarse en la tramitación del procedimiento para la concesión de la Renta Mínima de Inserción Social, cuando concurren situaciones de urgencia o emergencia social.

En estos casos, la persona solicitante debe adjuntar a la solicitud el modelo cumplimentado por los servicios sociales comunitarios que se recoge en el Anexo V del Decreto-Ley, indicando la causa por la que se inicia el procedimiento con el carácter de urgencia o

¹⁹⁴ Pese al tenor del precepto, el trámite a tomar como referencia para considerar producido el silencio no es el dictado de la resolución, sino su notificación. Así debe entenderse de acuerdo con el art. 24 de la LPAC y el 2.2 de la Ley 9/2001, de 12 de julio, por la que se establece el sentido del silencio administrativo y los plazos de determinados procedimientos como garantías procedimentales para los ciudadanos.

¹⁹⁵ El art. 32.5 establece que el plazo para elaborar el Plan se computa desde el dictado de la resolución del procedimiento. Sin embargo, parece más razonable que el cómputo se inicie desde su notificación.

emergencia social (art. 43). Respecto a la documentación que ha de aportarse, la persona solicitante debe acompañar, además de la documentación exigida con carácter general, la indicada en el Anexo VI (art. 44)¹⁹⁶.

Recibida la solicitud junto con la documentación adjunta, los servicios sociales comunitarios remitirán a la Delegación Territorial correspondiente, en el plazo máximo de 5 días hábiles desde su recepción, el expediente completo, incluyendo las causas que legitiman la tramitación del procedimiento con carácter de urgencia o emergencia social (art. 45.1).

La Delegación Territorial competente correspondiente dictará la resolución en el plazo máximo de 5 días hábiles desde la entrada del expediente completo. Si la resolución deniega la tramitación del procedimiento por la vía de la urgencia o emergencia social, la solicitud se tramitará por el procedimiento ordinario (art. 45.2).

5. EFECTOS, EJECUCIÓN Y EXTINCIÓN DE LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN SOCIAL EN ANDALUCÍA

La resolución del procedimiento de concesión de la Renta Mínima de Inserción Social produce dos efectos fundamentales: la necesidad de elaborar del Plan de inserción socio-laboral y el devengo de la prestación económica.

De la elaboración y demás aspectos concernientes al Plan de inserción sociolaboral ya nos hemos ocupado. Respecto al pago de la Renta, veremos seguidamente cuándo y cómo ha de producirse.

Asimismo, mientras se está ejecutando la prestación es posible que se produzcan alteraciones en las circunstancias que fueron tenidas en cuenta para su concesión. Con el fin de detectarlas, las Delegaciones Territoriales están obligadas a revisar con una periodicidad semestral el cumplimiento de los requisitos y obligaciones de todas las unidades familiares que estén percibiendo la Renta Mínima de Inserción Social (art. 38)¹⁹⁷. Esos cambios de circunstancias pueden dar lugar a la suspensión temporal de la percepción de la Renta por los beneficiarios, a la modificación de las condiciones de la prestación, a su extinción y, en algunos casos, a la obligación de reintegrar las cantidades percibidas. Todas esas cuestiones serán abordadas en este epígrafe.

¹⁹⁶ El anexo V identifica la documentación con la que la persona solicitante debe acreditar las situaciones de urgencia social (ser víctima de violencia de género; de explotación sexual o laboral en redes de trata de seres humanos; encontrarse en proceso de desahucio de la vivienda habitual; aparición de enfermedad grave en algún miembro de la unidad familiar) o de emergencia social (pérdida de vivienda habitual por alguna catástrofe que obligue al desalojo y sufrir accidente grave alguna o algunas de las personas integrantes de la unidad familiar).

¹⁹⁷ Dichas revisiones se realizarán mediante consultas telemáticas, a través de sus redes corporativas o mediante consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto.

5.1. Pago de la prestación

Como se indicó en su momento, el pago de la prestación por la cuantía concedida se producirá con efecto desde el día primero del mes siguiente al de la fecha de entrada de la solicitud en el órgano competente para resolver (art. 35.1). Normalmente, el pago se realizará por mensualidades vencidas dentro del mes siguiente al de la concesión de la prestación, de acuerdo con el art. 35.2. El pago se realizará a través domiciliación bancaria en la entidad de crédito que se indique en la solicitud, debiendo aparecer como titular o cotitular la persona solicitante.

No obstante lo anterior, el art. 35.3 prevé la posibilidad de que el pago de la Renta se realice de manera anticipada en una o varias mensualidades apreciadas por el centro directivo competente, a propuesta de la Delegación Territorial competente. La continuación del pago de los meses restantes se realizará una vez que termine el período al que corresponda el pago anticipado.

5.2. Suspensión temporal de la percepción de la Renta Mínima de Inserción Social

El DLRMISA prevé en su art. 39 diversos supuestos en los que es posible suspender temporalmente la percepción de la prestación por los beneficiarios. Esta posibilidad constituye una novedad del Decreto-Ley respecto del DPSA.

En primer lugar, se podrá suspender la percepción de la Renta Mínima de Inserción Social por un período máximo de 3 meses cuando se inicie un procedimiento de modificación o de extinción de la prestación (art. 39.1)

En segundo lugar, se podrá suspender la percepción por un plazo máximo de 6 meses en tres supuestos (art. 39.2):

- Cuando un miembro de la unidad familiar suscriba un contrato de trabajo temporal de duración igual o inferior a 6 meses, cuyos ingresos mensuales sean superiores a la cuantía que le correspondiera de Renta Mínima de Inserción Social. Esta circunstancia debe ser comunicada a la Delegación Territorial que corresponda, directamente o a través de los servicios sociales comunitarios. Concluido el contrato y comunicado este hecho, en el plazo de 15 días, a la Delegación Territorial, directamente o a través de los servicios sociales comunitarios, se reanuda el abono de la prestación por un período equivalente al restante hasta agotar el inicialmente concedido.
- Cuando no haya sido recibido el Plan de inclusión sociolaboral por el órgano competente para resolver, por causas imputables a la unidad familiar, de forma previa a la revisión semestral.
- En el supuesto de que se esté instruyendo un procedimiento sancionador.

Concluido el plazo de suspensión temporal, la prestación se reanudará de oficio una vez que la persona titular de la unidad familiar comunique la no concurrencia de las circunstancias que motivaron la suspensión o, en su caso, los servicios sociales comunitarios remitan el Plan de inclusión sociolaboral, siempre que quede acreditado el mantenimiento de los requisitos exigidos para continuar teniendo derecho a la prestación (art. 39.3).

Por lo demás, la percepción de la prestación se reanudará con efectos desde el día primero del mes siguiente al de la fecha en que hubieran desaparecido las causas que motivaron la suspensión (art. 39.4)¹⁹⁸.

5.3. Modificación de la Renta Mínima de Inserción Social

Como ya indicamos antes, es perfectamente posible que las circunstancias de la unidad familiar, como el número de personas integrantes, sus recursos económicos declarados, o el resto de los requisitos y obligaciones exigibles para obtener o continuar teniendo la condición de beneficiaria de la Renta Mínima de Inserción Social experimenten variaciones. Tales variaciones puede producirse antes de que finalice el procedimiento de concesión, en cuyo caso deberán ser tenidas en cuenta para resolver dicho procedimiento, o bien una vez que la prestación ya ha sido concedida. En este último caso habrá que iniciar un procedimiento de modificación. De ello se ocupa el art. 37 del DLRMISA.

Los cambios en las circunstancias de la unidad familiar pueden ser comunicados por la persona titular o ser detectados por los órganos administrativos competentes para la tramitación, concesión y gestión de la prestación. En relación con esto último, el Decreto-Ley prevé que las variaciones de la situación familiar, laboral o económica sean detectadas por la Delegación Territorial competente o por los servicios sociales comunitarios.

En el primer caso, si la variación de las circunstancias hace procedente una revisión y, en su caso, una modificación o suspensión de la Renta Mínima de Inserción Social, la Delegación informará en el plazo de 15 días hábiles a los servicios sociales comunitarios y al Servicio Andaluz de Empleo, para que procedan a la revisión y, en su caso, modificación de las medidas del Plan de inclusión sociolaboral, y posteriormente den traslado, también en el plazo de 15 días hábiles, a través de los medios telemáticos habilitados para ello, salvo que de las variaciones se derivara la extinción de la Renta Mínima de Inserción Social (art. 37.5).

Si las variaciones son conocidas por los servicios sociales comunitarios o el Servicio Andaluz de Empleo, sin perjuicio de la posible modificación del Plan de inclusión sociolaboral que se pueda derivar, éstos deberán informar en el plazo de 15 días, a través de medios

¹⁹⁸ Cabe añadir que la suspensión de de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía no conllevará necesariamente el mismo efecto respecto a las medidas que se adopten en el Plan de inclusión sociolaboral.

telemáticos, al órgano instructor de la Delegación Territorial competente, para que proceda a la revisión, y en su caso, posible modificación, suspensión o extinción de la Renta Mínima de Inserción Social (art. 37.6).

En cualquier caso, si el procedimiento de modificación se inicia de oficio, es preceptivo comunicarlo a la persona titular de la unidad familiar para que aporte en el plazo de 10 días hábiles las alegaciones y documentos que estime conveniente (art. 37.2). Además, de manera simultánea al inicio del procedimiento –entendemos, tanto si se inicia de oficio como a instancia de la persona titular– se podrá acordar, como medida cautelar, la suspensión del pago de la Renta hasta que se dicte la resolución definitiva (art. 37.4). Si de la resolución resulta que existe una cantidad indebidamente percibida y la unidad familiar tiene derecho a seguir percibiendo la Renta, dicha cuantía se podrá detraer del importe que le reste según la resolución de concesión (art. 37.8).

Por lo demás, el art. 37.3 del Decreto-Ley se refiere específicamente a un concreto supuesto de variación de las circunstancias de la unidad familiar: el fallecimiento de la persona titular. En este caso, señala el precepto, se podrá continuar manteniendo la percepción de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía, sin perjuicio de la posible modificación de la persona titular y de la cuantía, así como de las actuaciones establecidas en el Plan de inclusión sociolaboral, debiendo para ello los servicios sociales comunitarios revisarlo.

5.4. Extinción de la Renta Mínima de Inserción Social

Las causas de extinción de la Renta Mínima de Inserción Social se enumeran en el art. 36 del DLRMISA. Son las siguientes:

- Transcurso del plazo para el cual fue concedida
- Fallecimiento de la persona titular, en el caso de unidades familiares unipersonales
- Traslado de la residencia de la unidad familiar a un municipio no ubicado en Andalucía.
- La renuncia expresa de la unidad familiar beneficiaria a través de la persona titular en representación de la misma.
- Cambio de alguna de las circunstancias que motivaron su concesión, cuando no procediere su modificación.
- Falseamiento en la declaración de ingresos, o cualquier otra actuación fraudulenta para la concesión de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía o el mantenimiento de las acciones.
- Incumplimiento de algunos de los requisitos u obligaciones establecidos.
- Incumplimiento de las actuaciones establecidas en el Plan de inclusión sociolaboral.
- No disponer la Delegación Territorial, en la revisión semestral, del Plan de inclusión socio laboral y habiendo transcurrido los 6 meses de suspensión de la resolución.
- La no comunicación a la Delegación Territorial de la Consejería competente en materia de servicios sociales, a través de los servicios sociales comunitarios, en el plazo de

15 días hábiles desde el hecho causante, de la modificación de cualquier circunstancia distinta a las declaradas en la solicitud.

- Cualquier otra que se prevea reglamentariamente.

A estas causas de extinción ha de añadirse la recogida en el art. 32.8: que la Delegación Territorial no haya recibido el Plan de inserción sociolaboral después de que hayan transcurrido los 6 meses de suspensión de la percepción de la Renta adoptada por ese mismo motivo.

Como puede verse, algunas de las causas de extinción derivan de conductas fraudulentas por parte de los beneficiarios –falseamiento de datos– o que expresan su voluntad de no ajustarse a las condiciones en las que se otorga la prestación –incumplimiento de obligaciones–. A este respecto, el art. 36.4 prevé que cuando la extinción se haya producido como consecuencia del falseamiento de la declaración de ingresos u otra conducta fraudulenta, o por incumplimiento de las actuaciones establecidas en el Plan de inserción sociolaboral, no se podrá volver a solicitar nuevamente la Renta Mínima de Inserción Social hasta que hayan transcurrido al menos 6 meses desde la resolución de extinción¹⁹⁹, salvo en situaciones de urgencia o emergencia social debidamente acreditadas.

Al igual que en los supuestos de modificación, al inicio del procedimiento de extinción se podrá acordar, como medida cautelar, la suspensión del pago de la Renta hasta que se dicte la resolución definitiva (art. 36.3). La extinción de la Renta Mínima de Inserción Social tendrá efectos desde el primer día del mes siguiente al de la fecha en la que se produjo el motivo de la extinción, sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidas (art. 36.2).

Resulta llamativo que el precepto que regula la extinción de la Renta Mínima de Inserción Social no haga referencia alguna al trámite de audiencia que, a nuestro juicio, debe concederse en todo caso al titular de la prestación antes de la resolución del procedimiento. La única alusión a este trámite se encuentra en otro precepto, el 38, que se refiere, según vimos, al deber de las Delegaciones Territorial de revisar semestralmente el cumplimiento de los requisitos y obligaciones de todas las unidades familiares que estén percibiendo la Renta Mínima de Inserción Social. El apartado segundo de este precepto establece que “en los supuestos de detección de incumplimiento de los requisitos o de las obligaciones de las personas beneficiarias establecidos en los arts. 7 y 10, en el periodo revisado se procederá, previa audiencia a la persona interesada, a la extinción de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía, sin perjuicio de iniciar el correspondiente procedimiento de reintegro de posibles cantidades indebidamente percibidas”.

Consideramos que esta referencia es insuficiente, pues, como decimos, el trámite de audiencia debe darse en todos los supuestos de extinción –no exclusivamente en los que

¹⁹⁹ Entendemos que no podrá solicitarse para la unidad familiar de la que formen parte el o las personas que hayan incurrido en alguna de esas conductas.

se vinculen al incumplimiento de los requisitos y obligaciones de los arts. 7 y 10– y el art. 36 del Decreto-Ley así debería indicarlo de manera expresa.

5.5. Reintegro de prestaciones indebidamente percibidas

En los apartados anteriores ya se ha hecho alguna referencia al reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas. Al respecto, el art. 40 señala que “cuando mediante resolución se determine la extinción o la modificación de la cuantía de la prestación como consecuencia de un cambio en las circunstancias que determinaron su cálculo y el importe restante a percibir sea inferior al importe indebidamente percibido, la persona solicitante, y solidariamente cualquier otra persona integrante de la unidad familiar, vendrá obligada a reintegrar las cantidades indebidamente percibidas”.²⁰⁰

5.6. Sistema de información para la gestión de la Renta Mínima de Inserción Social

El DLRMISA ordena en su art. 41 el diseño, mantenimiento y actualización de un novedoso sistema de información cuya finalidad es el registro del procedimiento, tramitación, desarrollo y evaluación de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía. Este sistema, que queda enmarcado en el Sistema Integrado de Servicios Sociales, debe ser interoperable con otros sistemas de información de la Administración Autonómica, del Estado o de la Administración Local. Además, se establecerán los circuitos de información necesarios con el Sistema Estadístico y Cartográfico de Andalucía para la realización de actividades estadísticas y cartográficas relativas a lo regulado en el Decreto-ley²⁰¹.

6. ASPECTOS ORGANIZATIVOS, FINANCIEROS Y PRESUPUESTARIOS DE LA RENTA MÍNIMA DE INSERCIÓN SOCIAL EN ANDALUCÍA

Este último epígrafe se dedicará a los aspectos organizativos, financieros y presupuestarios que regula el DLRMISA. Concretamente, se analizará la atribución de competencias que realiza el Decreto-Ley a los órganos de la Junta de Andalucía y a las Entidades Locales; se examinarán las nuevas estructuras de coordinación y seguimiento, constituidas por la

²⁰⁰ En relación con los supuestos de modificación de la prestación, debemos recordar que, de conformidad con el art. 37.8, si de la resolución del procedimiento resulta que existe una cantidad indebidamente percibida y la unidad familiar tiene derecho a seguir percibiendo la Renta, dicha cuantía se podrá detraer del importe que le reste según la resolución de concesión.

²⁰¹ A este respecto, los datos contenidos en el sistema de información relativos a la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía podrán ser utilizados con fines estadísticos, para su planificación y evaluación, así como para proyectos de investigación e innovación social (art. 41.4).

Comisión Autonómica de Coordinación y las Comisiones provinciales de coordinación, y, por último, se hará referencia a las cuestiones de financiación, control financiero y gestión presupuestaria de la Renta Mínima de Inserción Social.

6.1. Ámbito competencial

El DLRMISA dedica una serie de preceptos a distribuir competencias en la materia que nos ocupa entre los órganos de la Junta de Andalucía y los servicios sociales comunitarios de las Entidades Locales, cuyo papel se ha reforzado en el Decreto-Ley²⁰². Como ya se ha podido comprobar, las competencias más importantes son asumidas por las Delegaciones Territorial de la Consejería competente en materia de servicios sociales y a las Entidades Locales a través de servicios sociales comunitarios, aunque el Decreto-Ley también asigna competencias a la Consejería competente en materia de servicios sociales, a la Consejería competente en materia de empleo y a sus Delegaciones Territoriales.

Las competencias atribuidas a la Consejería competente en materia de servicios sociales se relacionan en el art. 46 y son de carácter general. Se concretan en la planificación, el control y la evaluación general de las medidas establecidas en el Decreto-Ley; el desarrollo de las actuaciones en materia de ejecución presupuestaria conducentes al abono de la prestación; la emisión de informes estadísticos anuales; la realización, cada 4 años, de una evaluación desde la perspectiva de género y la coordinación de las Consejerías implicadas en la Renta Mínima de Inserción Social.

En cuanto a las Delegaciones Territoriales competentes en materia de servicios sociales, sus competencias se enumeran en el art 47. Ya conocemos algunas de ellas: la tramitación de los procedimientos sobre la Renta Mínima de Inserción Social; el desarrollo de protocolos de coordinación y de planes de trabajo dirigidos a facilitar la ejecución de las medidas previstas en el Decreto-Ley y el traslado de expedientes interprovinciales en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

Las competencias de la Consejería competente en materia de empleo, recogidas en el art. 48, se circunscriben al Plan de inserción sociallaboral. Concretamente, consisten en la participación en su diseño, ejecución y seguimiento; la elaboración de protocolos de actuación para el personal implicado en el desarrollo de las medidas previstas en el Plan y la coordinación con la Consejería competente en materia de servicios sociales para la correcta ejecución de dichas medidas.

²⁰² En efecto, tal y como se indica en su preámbulo, el Decreto-Ley “refuerza el papel de los servicios sociales comunitarios en el procedimiento, estableciéndose como puerta de entrada de acceso a la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía, así como la elaboración, por su parte, del Plan de inclusión sociolaboral, junto con el Servicio Andaluz de Empleo”

A la Delegación Territorial de la Consejería competente en materia de empleo se le atribuye el diseño y desarrollo de planes de trabajo para la ejecución a nivel provincial o local de las actuaciones definidas en los correspondientes protocolos emitidos por la Consejería competente en materia de empleo (art. 49).

Por último, el art. 50 atribuye un buen número de competencias a la Entidades Locales, que desarrollan, como hemos indicado, a través de los servicios sociales comunitarios.

De acuerdo con el art. 27 de la LSSA, los servicios sociales comunitarios constituyen la estructura básica del nivel primario de servicios sociales. Su organización y gestión de y la de sus centros corresponde a las entidades locales de cada territorio, de ámbito municipal o supramunicipal, en el marco de la planificación autonómica y en el ejercicio de las competencias propias en materia de servicios sociales que les atribuyen el Estatuto de Autonomía de Andalucía y la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía.

En la materia que nos ocupa, sus funciones, sucintamente expuestas, son las siguientes: la detección y diagnóstico de las situaciones que justifican la percepción de la Renta Mínima de Inserción Social; la información y el asesoramiento para la cumplimentación de las solicitudes de la prestación y su remisión a la correspondiente Delegación Territorial; la negociación, elaboración y suscripción de los Planes de inclusión sociolaboral con las personas beneficiarias y con el Servicio Andaluz de Empleo y el seguimiento de la participación de las personas incluidas en ellos y de su desarrollo; la comunicación a la Administración Autonómica de todas las circunstancias de las que tengan conocimiento que puedan tener incidencia en la Renta Mínima de Inserción Social y en el desarrollo del Plan de inclusión sociolaboral; la coordinación con los dispositivos de empleo, educación, salud y vivienda de la Administración Pública municipal o autonómica y la participación en el desarrollo de los protocolos de coordinación y la elaboración de informes sociales en el ámbito del Decreto-ley.

6.2. Estructuras de coordinación y seguimiento

El DLRMISA crea dos nuevos de órganos de coordinación y participación que sustituyen a las antiguas Comisiones de valoración. Son la Comisión Autonómica de Coordinación y las Comisiones provinciales de coordinación²⁰³

²⁰³ Cabe señalar que la falta de coordinación entre Administraciones –particularmente entre la autonómica y la municipal- fue uno de los problemas denunciados por el personal técnico implicado en la gestión del Ingreso Mínimo de Solidaridad. No obstante, se reconoce que el motivo principal del problema era la obsolescencia de los canales de comunicación entre Administraciones, por lo que la situación ha podido mejorar en virtud de la introducción los medios electrónicos en la tramitación de los procedimientos. A este respecto, vid. ESTEPA MAESTRE, F. y ROCA MARTÍNEZ, B., “La Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía. Alcance y limitaciones”, *Colección Actualidad* nº 79 (2018), pp. 20-21.

La Comisión Autonómica de Coordinación se configura en el art. 52 del Decreto-Ley. Se trata de un órgano que se integra en la Consejería competente en materia de servicios sociales cuyas funciones son el seguimiento, el examen, la evaluación y el control de la ejecución de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía.

En cuanto a su composición, la Comisión está integrada por la Presidencia, que corresponde a la persona titular de la Viceconsejería competente en materia de servicios sociales; la Vicepresidencia, que recae en la persona titular de la Secretaría General de Servicios Sociales; la Secretaría, que ejerce una persona funcionaria con categoría al menos de Jefatura de servicio, de la Consejería competente en materia de servicios sociales, quien actúa con voz y sin voto, y las vocalías, que son ocupadas por personas representantes de otras Consejerías²⁰⁴, de la Administración Local –a través de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias–, de Organizaciones Sindicales y Empresariales y de entidades de iniciativa social.

Además, pueden ser convocadas para asistir a las sesiones personas representantes de otras Administraciones y de entidades sin ánimo de lucro, a fin de que puedan aportar sugerencias en relación con el desarrollo de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía.

La Comisión ha de reunirse, al menos, una vez al año y se rige en su funcionamiento por lo establecido para los órganos colegiados de las Administraciones Públicas en la LRJSP y en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

Las Comisiones provinciales de coordinación se regulan en el art. 52. Su estructura y funciones son similares a las de la Comisión Autonómica de Coordinación, si bien aquellas operan en el ámbito de su provincia.

Su composición es la siguiente: Presidencia, que recae en la persona titular de la Delegación del Gobierno de la Junta de Andalucía o persona en quien delegue; la Secretaría, que ejerce la persona titular del servicio responsable de la instrucción de la Renta Mínima de Inserción Social en la Delegación Territorial correspondiente y las vocalías, que ocupan las personas representantes de otras Delegaciones Territoriales en la Provincia²⁰⁵, de la Administración Local –a través de la Federación Andaluza de Municipios y Provincias–, de Organizaciones Sindicales y Empresariales y de entidades de iniciativa social.

Asimismo, pueden ser convocadas para asistir a las sesiones de las Comisiones provinciales de coordinación personas representantes de otras Administraciones Públicas y de las entidades sin ánimo de lucro más representativas.

²⁰⁴ Concretamente, de las Consejerías competentes en materia de infancia y familia, violencia de género, educación, empleo, vivienda, salud y administración local.

²⁰⁵ Concretamente, de las Delegaciones competentes en materia de salud, servicios sociales, educación, economía, empleo y vivienda.

Las Comisiones provinciales de coordinación deben reunirse, al menos, dos veces al año, y, como la Comisión Autonómica, se ajusta en su funcionamiento a lo dispuesto para los órganos colegiados de las Administraciones Públicas en la LRJSP y en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

6.3. Aspectos financieros y presupuestarios

Como ya sabemos, la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía es una prestación garantizada del Catálogo de Prestaciones del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, de conformidad con los arts. 41.1 y 42.1 g) de la LSSA. Ello implica que su financiación se realizará a través de las partidas presupuestarias necesarias aprobadas anualmente en la Ley de Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía (art. 53).

Para la adopción de cualquier decisión de carácter económico en el ámbito de la Renta Mínima de Inserción Social será obligatoria la existencia de crédito adecuado y suficiente, así como el sometimiento a los límites de anualidades futuras establecidos en el art. 40.2 del Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo por el periodo durante el cual tengan efectos económicos. De acuerdo con lo anterior, deberán someterse de forma obligatoria a su registro en contabilidad presupuestaria la totalidad de los compromisos y anualidades derivadas de las prestaciones resueltas, por actos de nueva concesión, prórrogas, o ampliaciones, así como las obligaciones de pago derivadas de las mismas (art. 34)

En fin, las prestaciones económicas de la Renta Mínima de Inserción Social se someten a control financiero permanente, regulado en el art. 94 del Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, en sustitución del control previo previsto en los arts. 89 y ss. de dicha disposición legal (art. 33).

BIBLIOGRAFÍA

ARRIBA, A. “Rentas Mínimas de Inserción de las Comunidades Autónomas: una visión conjunta de su evolución y alcance”, *Gestión y análisis de políticas públicas* nº 2 (2009).

AZPIRTARTE SÁNCHEZ, M.A., “Art. 110. Decretos-Leyes” en la obra colectiva dirigida por CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M. *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo*, Centro de publicaciones no oficiales del Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2012.

BERGANTIÑOS N., FONT, R. y BACIGALUPE, A., “Las rentas mínimas de inserción en época de crisis. ¿Existen diferencias en las respuestas de las Comunidades Autónomas?”, *Papers: revista de sociología* nº 102/3 (2017).

CARMONA CUENCA, E., “El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la Constitución Española de 1978” *Estudios Internacionales* nº 172 (2012).

CASTRO LÓPEZ, P., “El régimen jurídico administrativo de los servicios sociales en Andalucía: principales aportaciones de la nueva Ley 9/2016, de 27 de diciembre” en la obra colectiva dirigida por GONZÁLEZ RÍOS, I. *Servicios de interés general y protección de los usuarios*, Dykinson, Madrid, 2018.

DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M^a L. “El programa de solidaridad de los andaluces. El ingreso mínimo de solidaridad”, *Temas Laborales*, vol. II, 100, (2009).

ESTEBAN LEGARRETA, R., *La renta activa de inserción*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

ESTEPA MAESTRE, F. y ROCA MARTÍNEZ, B., “La Rente Mínima de Inserción Social en Andalucía. Alcance y limitaciones”, *Colección Actualidad* nº 79 (2018)

GAMERO CASADO, E., “Los servicios sociales en el Estatuto de Autonomía para Andalucía” en la obra colectiva coordinada por FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M., *El derecho de los servicios sociales*, INAAP, Sevilla, 2012.

HERAS ROBLES, I. y SÁNCHEZ CRUZ, M. “Rentas Mínimas de Inserción: Salario Social como último recurso del Sistema Público de Protección Social”, *Documentos de Trabajo Social* nº 49 (2011).

MELLADO RUIZ, L., “Renta mínima de inserción e inclusión social en la Comunidad andaluza” en la obra colectiva coordinada por FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M., *El derecho de los servicios sociales*, INAAP, Sevilla, 2012.

MORENO MÁRQUEZ, A. “Renta básica de inserción y renta básica: ¿es posible equipararlas?”, *Actas del VI Congreso de la red española de políticas sociales: debates para un nuevo consenso en torno al bienestar social*, Sevilla, 2017.

– “Requisitos comunes de acceso a las prestaciones económicas de garantía de ingresos”, *Temas Laborales* nº 143 (2018).

REVENTÓS PAÑELLA, D., “La renta básica: introito” en la obra colectiva coordinada por REVENTÓS PAÑELLA, D. *La renta básica. Por una ciudadanía más libre, más igualitaria y más fraterna*, Barcelona, Ariel, 2002.

RODRÍGUEZ RUIZ, B., “Art. 23. Prestaciones sociales”, en la obra colectiva dirigida por CRUZ VILLALÓN, P. y MEDINA GUERRERO, M. *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo)*, Centro de publicaciones no oficiales del Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2012.

ROMERO BURILLO, A.Mª y MORENO GENÉ, J., *El Nuevo Régimen Jurídico de la Renta Activa de Inserción (a propósito del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre)*, Aranzadi, Navarra, 2007.

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.

URTEAGA, E., “Las rentas mínimas en Francia”, *Papers: revista de sociología* nº 96/3 (2011).

OTROS RECURSOS

AGENCIA EUROPEA DE ESTADÍSTICA (EUROSTAT). Informe estadístico sobre pobreza de ingresos.

COMISIÓN EUROPEA. Recomendación de la Comisión sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral (COM (2008) 0639).

PARLAMENTO EUROPEO. Resolución de 6 de mayo de 2009, sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral (2008/2335(INI)).

Capítulo IV. VOLUNTARIADO EN ANDALUCÍA: EL RÉGIMEN DE LA PERSONA VOLUNTARIA

José María Pérez Monguió

1. INTRODUCCIÓN Y SISTEMÁTICA

La regulación del voluntariado en España, al menos de una forma completa y ordenada, no comienza hasta el año 1996, momento en el que se aprueba la Ley estatal 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado. Una Ley, que como expresa el Consejo Consultivo, afrontó por primera vez la tarea de regular el voluntariado desde una nueva concepción, superando el concepto restringido que había tenido hasta ese momento con un carácter puramente asistencial. Una norma que tenía, conforme a su exposición de motivos, una triple tarea:

- a) Garantizar la libertad de los ciudadanos a expresar su compromiso solidario a través de los cauces que mejor se acomoden a sus más íntimas motivaciones.
- b) La obligación del Estado de reconocer, promover e impulsar eficazmente la acción voluntaria en sus diversas modalidades.
- c) La obligación de respetar el orden constitucional de distribución de competencias y, por tanto, las normas que sobre esta misma materia hayan dictado o puedan dictar en un futuro las Comunidades Autónomas.

Una ley breve, con dieciséis artículos, que supuso el punto de partida de las distintas leyes autonómicas que se fueron aprobando desde ese momento, reproduciéndola en gran medida, con incorporaciones y novedades. En este contexto aparece la Ley 7/2001, de 12 de julio, del Voluntariado de Andalucía, sin perjuicio del antecedente del Decreto 45/1993,

de 20 de abril, del Voluntariado Social de Andalucía, por el que se regula el voluntariado social a través de entidades colaboradoras²⁰⁶.

| Comunidad Autónoma | Ley |
|---------------------------|---|
| Andalucía | Ley 4/2018, de 8 de mayo, Andaluza del Voluntariado. <i>Ley 7/2001, de 12 de julio, del Voluntariado de Andalucía.</i> |
| Aragón | Ley 6/2018, de 28 de junio, del Voluntariado de Aragón. <i>Ley 9/1992, de 7 de octubre, del Voluntariado Social en la Comunidad Autónoma de Aragón.</i> |
| Asturias | Ley 10/2001, de 12 de noviembre, del Voluntariado. |
| I. Baleares | Ley 11/2019, de 8 de marzo, de Voluntariado de las Illes Balears. <i>Ley 3/1998, de 18 de mayo, del Voluntariado de las Islas Baleares.</i> |
| I. Canarias | Ley 4/1998, de 15 de mayo, de Voluntariado de Canarias. |
| Castilla y León | Ley 8/2006, de 10 de octubre, del voluntariado en Castilla y León. |
| Castilla-La Mancha | Ley 4/1995, de 16 de marzo, de Voluntariado en Castilla-La Mancha. |
| Cataluña | Ley 25/2015, de 30 de julio, del voluntariado y de fomento del asociacionismo. |
| Extremadura | Ley 12/2019, de 11 de octubre, del voluntariado de Extremadura. <i>Ley 1/1998, de 5 de febrero, reguladora del Voluntariado Social en Extremadura.</i> |
| Galicia | Ley 10/2011, de 28 de noviembre, de Acción Voluntaria. |
| La Rioja | Ley 7/1998, de 6 de mayo, del voluntariado. |
| C. Madrid | Ley 1/2015, de 24 de febrero, del Voluntariado en la Comunidad de Madrid. <i>Ley 3/1994, de 19 de mayo, del Voluntariado Social en la Comunidad de Madrid.</i> |
| Murcia | Ley 5/2004, de 22 de octubre, del voluntariado en la Región de Murcia. |
| Navarra | Ley foral 2/1998, de 27 de marzo, del voluntariado de Navarra. |
| País Vasco | Ley 17/1998, de 25 de junio, de voluntariado. |
| C. Valenciana | Ley 4/2001, de 19 de junio, del Voluntariado. |

Una Ley que tuvo un desarrollo reglamentario significativo en los primeros diez años con normas como los Decretos 279/2002, de 12 de noviembre, por el que se regulan la organización y funcionamiento de los Consejos del Voluntariado en Andalucía; 3/2007, de 9 de enero, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro General de Entidades de

²⁰⁶ También se publicaron otras normas como la Orden de 11 de noviembre de 1997, por la que se regula el Voluntariado y la participación de Entidades Colaboradoras en Actividades Educativas Complementarias y Extraescolares de los Centros Docentes.

Voluntariado de Andalucía; y el seguro de las personas voluntarias o las Órdenes de 30 de enero de 2007, por la que se aprueba la Carta de Servicios de la Agencia Andaluza del Voluntariado y de 18 de febrero de 2009, por la que se aprueba el modelo de carné de persona voluntaria en Andalucía, sin olvidar los planes de voluntariado, como el que actualmente está vigente, por el Acuerdo de 17 de octubre de 2017, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el IV Plan Andaluz del Voluntariado para el período 2017-2020.

En este sentido cabe destacar cómo la realidad social influyó en el campo normativo de forma significativa, impulsando la aparición de normas que han ido definiendo el voluntariado en distintos ámbitos al amparo de una Ley lo suficientemente amplia y flexible como para permitirlo²⁰⁷.

El paso del tiempo, diecisiete años, requería de un cambio importante en la regulación que permitiese adaptarla a la nueva realidad del voluntariado, tan diferente hoy a la de principios de siglo²⁰⁸. Una Ley que, como manifestó la Consejera de Igualdad y Políticas Sociales, en el Debate a la totalidad del Proyecto de Ley Andaluza del voluntariado fue «eficaz y pionera, pero tras quince años de vigencia, Andalucía, como su tejido asociativo y como las instituciones, ha evolucionado hacia un modelo democrático más moderno de funcionamiento, más interactivo con la ciudadanía, más sensible hacia la vocación de solidaridad de aquellos grupos sociales más vulnerables, y hoy existen nuevas realidades sociales y globales que también queremos y debemos abordar». Y así continuaba la Consejera afirmando que «con este proyecto lo que se pretende es cumplir esa premisa fundamental, que es dar respuesta a las nuevas necesidades y a las expresiones del voluntariado en nuestra comunidad autónoma, en aras, precisamente, a conseguir este proyecto que

²⁰⁷ Véase cuadro que se recoge en el epígrafe III Ámbito del voluntariado.

²⁰⁸ Así la exposición de motivos de la Ley Andalucía 4/2018 alude a esta cuestión cuando manifiesta que «Durante estos años de aplicación de la ley, se ha producido un reconocimiento a nivel internacional del voluntariado, como el dictamen, de 13 de diciembre de 2006, del Comité Económico y Social Europeo, «Actividades de voluntariado, su papel en la sociedad europea y su impacto», o el estudio sobre el voluntariado en la Unión Europea «Study on Volunteering in the European Union. Final Report», elaborado por la Education, Audiovisual & Culture Executive Agency, presentado el 17 de febrero de 2010, que incorpora nuevas perspectivas de actuación en la acción voluntaria. Además, como conclusiones del Año Europeo del Voluntariado 2011, se aprobaron diferentes documentos, tales como la comunicación de la Comisión Europea, de 20 de septiembre de 2011, sobre «Políticas de la UE y voluntariado: Reconocimiento y fomento de actividades voluntarias transfronterizas», o las resoluciones del Parlamento Europeo, de 12 de junio de 2012, sobre el «Reconocimiento y el fomento de las actividades voluntarias transfronterizas en la UE», y de 10 de diciembre de 2013, sobre «El voluntariado y las actividades de voluntariado». La propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los «Requisitos de entrada y residencia de los nacionales de terceros países con fines de investigación, estudios, intercambio de alumnos, prácticas remuneradas y no remuneradas, servicios de voluntariado y colocación aupair de 2013», también debe tenerse cuenta. Más recientemente, el Reglamento (UE) núm. 375/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, por el que se crea el Cuerpo Voluntario Europeo de Ayuda Humanitaria (iniciativa Voluntarios de Ayuda de la UE) y su Reglamento de Ejecución (UE) núm. 1244/2014, de la Comisión, de 20 de noviembre de 2014, han diseñado un nuevo marco europeo para el desarrollo del voluntariado humanitario durante el periodo 2014-2020».

pretende favorecer esas condiciones materiales que habiliten espacios más confortables, realistas, para que se pueda realizar esa acción voluntaria»²⁰⁹.

Un proyecto de Ley –después Ley Andalucía 4/2018– que surge, como ocurrió en el 2001, sólo tras la publicación de la Ley estatal 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, que derogaba la Ley estatal 6/1996. De esta manera, tres años después de la publicación de la nueva Ley estatal, se aprobó la Ley 4/2018, de 8 de mayo, del voluntariado de Andalucía.

Una Ley, cuya tramitación no fue especialmente conflictiva, que fue aprobada con 107 votos a favor y sólo una abstención de un diputado no adscrito. Un texto que en gran medida ha seguido el esquema, incluso la redacción, de numerosos preceptos de la Ley estatal²¹⁰.

²⁰⁹ DSPA núm. 88, de 5 de julio de 2017, p 39.

²¹⁰ Una cuestión que fue analizada en el Dictamen del Consejo Consultivo núm. 286/2017, de 16 de mayo de 2017, al plantearse si nos hallábamos ante un supuesto de “*lex repetita*”. De hecho, en los dos primeros borradores se destinaba la disposición final primera a precisar qué artículos o apartados reproducen normas dictadas por el Estado al amparo del artículo 149.1.1ª CE, plasmadas en la Ley 45/2015. Así, el Consejo Consultivo manifestaba que «En primer lugar, hay que señalar que en el Anteproyecto de Ley se reproducen diferentes preceptos de la Ley 45/2015. Esto explica que en los dos primeros borradores se destinara una disposición final del Anteproyecto de Ley (la primera) a precisar qué artículos o apartados “reproducen normas dictadas por el Estado al amparo del artículo 149.1.1ª de la Constitución Española”, plasmadas en la Ley 45/2015. A este respecto, el Consejo Consultivo viene reiterando en sus dictámenes que la defectuosa técnica normativa denominada “*lex repetita*” no debería emplearse en las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma. En este sentido, en el dictamen 570/2016 se indica que este Órgano viene alertando en diferentes dictámenes sobre los riesgos que lleva consigo el empleo de dicha técnica, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional. Tratándose de una doctrina suficientemente conocida y en aras a la brevedad damos por reproducidas las consideraciones formuladas en el dictamen 545/2016 (sobre la base del dictamen 277/2007 y otros anteriores), subrayando que una modificación que colisione o simplemente distorsione el significado de un precepto estatal vendría a materializar el potencial riesgo antes referido. Tal y como hemos expuesto en el primer fundamento jurídico de este dictamen, la disposición final cuarta de la Ley 45/2015 precisa que dicha Ley se dicta al amparo del artículo 149.1.1ª de la Constitución Española. De esta problemática se hace eco el informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de la Presidencia y Administración Local, citando expresamente la doctrina de este Consejo Consultivo (pág. 290 del expediente). Sin embargo, el informe del Gabinete Jurídico, sobre la base de la interpretación a la que hemos aludido en el primer fundamento jurídico, al considerar que no siempre resulta de aplicación la Ley estatal al voluntariado que se desarrolle en territorio de la Comunidad Autónoma, sugiere que se reflexione sobre la procedencia de la reproducción de la misma en la ley autonómica. En esta dirección, el informe hace notar que la disposición estatal y la autonómica no concurren en todos los programas de voluntariado que se desarrollen en el territorio de la Comunidad Autónoma, según el artículo 2 del Anteproyecto de Ley. Por eso, en la medida en que el programa respectivo no se desarrolle en todo el territorio nacional, ni en un ámbito supraautonómico, ni tampoco verse sobre materias en las que el Estado pudiera invocar competencias que legitimaran su intervención, el informe concluye que existen espacios en la acción de voluntariado que, desarrollándose en Andalucía, no están incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 45/2015. En el primer fundamento jurídico de este dictamen hemos avanzado que dicha interpretación es plausible, considerando la definición del ámbito de aplicación de la Ley 45/2015 (artículo 2), la interpretación realizada por la representación del Estado en el seno de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalidad de Cataluña-Estado, y los artículos y disposiciones de dicha Ley, que operan como cláusulas de salvaguarda de las competencias autonómicas. Por las razones expresadas, el informe del Gabinete Jurídico recomienda que el Anteproyecto de Ley se integre únicamente por preceptos de elaboración propia, en virtud de las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma de

De hecho, uno de los argumentos que se esgrimió durante la tramitación parlamentaria fue la necesaria armonización e interrelación con la Ley estatal²¹¹. Así, la propia exposición de motivos de la Ley Andalucía 4/2018 manifiesta que la Ley estatal 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, reclama en el preámbulo un marco de cooperación entre las diferentes Administraciones Públicas y ese «mismo espíritu alienta la ley autonómica, que opta por recepcionar y reproducir preceptos de la precitada ley estatal, como norma propia, por entender que es la redacción más adecuada a las necesidades actuales, teniendo en cuenta, además, que la normativa estatal y la autonómica no concurren en todos los programas de voluntariado que se desarrollan en el territorio de la Comunidad Autónoma y sin perjuicio de la salvaguarda que debe hacerse de la prevalencia y del debido respeto de la norma estatal cuando esta resulte de aplicación directa e inmediata.».

De esta manera, entiendo que la Ley, con sus siete títulos y 32 artículos, cumple con la misión que se recoge en la exposición de motivos, esto es, que «el nuevo marco legal sea útil e inclusivo, con independencia del tipo de organización, origen, tamaño y ámbito de actuación, para todas las personas voluntarias, sin perjuicio de su motivación y el alcance de su compromiso». Con todo, hay cuestiones que deberían haber sido tratadas con mayor atención como el control de las personas que realizan funciones de voluntariado en ámbitos sensibles o contempladas como, por ejemplo, un régimen sancionador²¹².

Andalucía en la materia, sin perjuicio de acoger y reproducir, incluso, aquellos apartados de la Ley 45/2015 que se consideraran merecedores de ser asimilados (sin perjuicio de la salvaguarda que debiera hacerse de la prevalencia y del debido respeto de la norma estatal cuando ésta resultara de aplicación directa e inmediata). En caso de que se considerase conveniente reproducir parte de la regulación de la Ley 45/2015, el informe señala que “no nos encontraríamos en rigor ante un supuesto de empleo de la técnica de la *lex repetita*, por lo que no sería preciso que se indicaran aquellos preceptos que constituirían reproducción de la normativa del Estado”. (pág. 311 del expediente). El Consejo Consultivo comparte el parecer del Gabinete Jurídico, dejando a salvo los preceptos que pudieran estar ligados a competencias estatales distintas de la del artículo 149.1.1ª de la Constitución. Sin embargo, aunque en sentido estricto no se esté ante un supuesto como los que han motivado la doctrina sobre la *lex repetita*, este Consejo Consultivo considera que el legislador debe explicitar la “recepción-reproducción” como norma propia de determinados preceptos de la Ley en supuestos en que ésta no resulte aplicable. La exposición de motivos de la disposición proyectada es el lugar idóneo para explicar esta opción, compartida en general por las Comunidades Autónomas que han legislado sobre esta materia. Tal y como este Consejo Consultivo ha expresado en otras ocasiones, aunque con palabras distintas, la disimilitud normativa no es un valor en sí mismo, ni marchamo obligado de una determinada política autonómica; máxime cuando se legisla sobre una misma realidad, como es el voluntariado, y sobre la base de presupuestos comúnmente aceptados, más allá de las fronteras nacionales.

²¹¹ Esta cuestión también fue objeto de debate en sede administrativa, véase el Informe del Gabinete Jurídico sobre el anteproyecto de Ley Andaluza de voluntariado de 6 de marzo de 2017.

²¹² En este sentido véase el Dictamen del Consejo Consultivo núm. 286/2017, de 16 de mayo de 2017: «creemos preciso introducir una reflexión sobre la paradoja que resulta de la progresiva ampliación de la regulación del voluntariado (más allá de la esfera interna de relación entre voluntarios y las entidades en las que se integran para desarrollar su compromiso solidario), sin que en ningún caso hayamos podido comprobar la existencia de un régimen sancionador que respalde el efectivo cumplimiento de las obligaciones que se establecen en las normas legales sobre esta materia. Nos referimos a la inexistencia de un régimen de infracciones y sanciones reducido a los aspectos que claramente escapan a la consideración del voluntariado como “*res inter alios acta*”, que es la que presumiblemente ha llevado a descartar esta opción en las normas legales aprobadas en las últimas

En este capítulo, como es lógico no se abordará el régimen completo del voluntariado en Andalucía derivado de la Ley Andalucía 4/2018, pues resulta una misión imposible a la vez que estéril en el espacio que permite un trabajo de esta naturaleza. Con todo, he optado por un análisis del régimen de las personas voluntarias, estudiando cuestiones muy relevantes en este nuevo escenario como son el concepto, el ámbito y los programas del voluntariado antes de adentrarme en el objeto central del estudio, para este fin la metodología seguida ha sido comparar la Ley Andalucía 7/2001 con la nueva Ley, también en el contexto de la Ley estatal 45/2015.

2. CONCEPTO DE VOLUNTARIADO

La Ley Andalucía 4/2018 a la hora de conceptualizar el voluntariado sigue, en su artículo 3, los dictados de la Ley estatal 45/2015, reproduciendo casi literalmente el artículo 3. De esta manera, la Ley andaluza entiende por voluntariado el conjunto de actividades que están sometidas a distintos requisitos que suponen una *conditio sine qua non*²¹³ para poder conceptualizarlo como tal. Unos requisitos que pueden ser clasificados en subjetivos, objetivos, modales y organizativos, como puede apreciarse en el siguiente cuadro:

| | |
|----------------------|---|
| <i>Subjetivos</i> | La actividad sea desarrollada por personas físicas. |
| <i>Objetivos</i> | La actividad tiene que ser de interés general. |
| <i>Modales</i> | La actividad debe tener un carácter solidario. La realización de la actividad debe ser libre y responsable, sin que tengan su causa en una obligación personal o deber jurídico, y sea asumida voluntariamente. Que se lleven a cabo sin contraprestación económica o material, sin perjuicio del abono de los gastos reembolsables que el desempeño de la acción voluntaria. |
| <i>Organizativos</i> | Que se desarrollen de forma organizada a través de entidades de voluntariado con arreglo a programas concretos. |

dos décadas, pese a que con ello se ponga en cuestión el cumplimiento de la disposición legal, desprovista de todo elemento punitivo frente a su incumplimiento. Todo lo anterior debería servir para examinar la necesidad del referido régimen sancionador circunscrito al menos a obligaciones incardinables en el plano de las relaciones de los sujetos del voluntariado con las Administraciones Públicas o cuyo incumplimiento desnaturalice la actividad situándola al margen del compromiso solidario y altruista que representa, así como a los incumplimientos que lesionen los derechos de los destinatarios de la acción voluntaria y de terceras personas».

²¹³ Esta es la regla general pero también existen dispensas de algunos requisitos en algún supuesto como es el caso de las universidades y de las empresas como veremos más adelante.

Pero igualmente, siguiendo el ejemplo de la Ley 7/2001, o la Ley estatal 45/2015, que define negativamente el concepto de actividad de voluntariado –art. 3.3–, el precepto concluye con dos excepciones a requisitos concretos en los puntos cuatro y cinco.

Así, antes de proceder a la exposición de los requisitos considero oportuno comenzar con la delimitación negativa de la actividad de voluntariado.

2.1. Delimitación negativa

El artículo 3.3 de la Ley Andalucía 4/2018 niega expresamente, en virtud de distintos elementos como pueden ser su carácter temporal, el especial vínculo entre la persona que realiza la acción y quien la recibe, las que son fruto de una «relación profesional» o de formación, la consideración de actividades de voluntariado a las siguientes²¹⁴:

- Las aisladas o esporádicas, periódicas o no, prestadas al margen de entidades de voluntariado.

Este requisito podría entenderse que ya se encontraba en el artículo 3.2.a) de la Ley Andalucía 7/2001, pero realmente no es así. Es cierto que el citado precepto excluía de la condición de voluntariado las «actuaciones aisladas o esporádicas», pero la realidad es bien distinta en la medida que las actividades a las que se refería la Ley del 2001 eran las realizadas por razones familiares, de amistad, benevolencia o buena vecindad que ahora se recogen de forma separada en el apartado 3.3.b) de la Ley Andalucía 4/2018. Por tanto, el carácter esporádico o aislado no era condición *per se* para excluir a una actividad de su naturaleza de voluntariado, en su caso. Todo ello en la medida que este elemento temporal debía ir acompañado de la modalidad de actividad, concretamente las familiares, de amistad, etc.

De esta manera, la Ley Andalucía 4/2018 se aleja del precedente de su predecesora para acoger la fórmula de la Ley estatal 45/2015, donde se prescinde de la citada vinculación entre elemento temporal y naturaleza de la actividad. Este último no es el único elemento significativo, pues con la nueva redacción se produce un cambio del eje de gravedad que se traslada al hecho de que la actividad se preste al margen de la entidad de voluntariado, con independencia de su carácter esporádico, aislado, periódico o no.

²¹⁴ Las exclusiones del concepto de voluntariado ya se recogían en el artículo 3.3 de la Ley Andalucía 7/2001 y en gran parte la Ley Andalucía 4/2018 ha seguido la redacción de la Ley estatal 45/2015 que recoge, con algunas mejoras las previstas en la Ley del 2001. En este sentido, resulta interesante la previsión que se contenía en esa última Ley cuando excluía de la condición de voluntariado a aquellas acciones «realizadas por objetores de conciencia en cumplimiento de la prestación social sustitutoria, y cualquier otra actuación que se derive de una obligación personal o deber jurídico» –art. 3.2.c)–. Esto es las contempladas en la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, de Objeción de Conciencia y Prestación Social Sustitutoria de 1984 y que fueron eliminadas por la disposición derogatoria única de la Ley 22/1998, de 6 de julio, de Objeción de Conciencia.

- Las ejecutadas por razones familiares, de amistad o de buena vecindad.

Este tipo de actividades que, como he mencionado, ya se encontraban en la Ley Andalucía 7/2001 aunque de forma distinta, pues se exigía que las mismas tuvieran un carácter aislado o esporádico. Y, en consecuencia, *in sensu contrario*, podríamos entender con aquella regulación que este tipo de actividades tenían o podrían haber tenido la condición de acción voluntaria cuando tuvieran un carácter continuado, todo ello sin perjuicio de que tuvieran que realizarse en el marco de una entidad de voluntariado²¹⁵.

La redacción de la Ley Andalucía 4/2018 me parece más acertada al desconectarla del elemento temporal que preveía la Ley andaluza anterior, pues es la naturaleza de la vinculación de la persona que desarrolla la actividad con el destinatario la que excluye la condición de voluntariado de la misma. Distinto es el argumento de si este tipo de actividades se deberían excluir de la acción de voluntariado. La respuesta debe ser positiva *a priori* en la medida que la actividad es la que debe determinar la naturaleza del voluntariado. El hecho de que una persona preste asistencia a otras por razón de amistad, vecindad o familiaridad sin otro elemento o requisito debería quedar fuera de la acción de voluntariado. Sin embargo, nada debe impedir que en el ejercicio de una actividad de voluntariado organizada, con los requisitos del artículo 3.1 de la Ley, pudiera estar destinada o incluyese a familiares o vecinos²¹⁶.

- Las que se realicen en virtud de una relación laboral, funcionarial, mercantil o de cualquier otra índole, mediante contraprestación de orden económico o material.

La Ley Andalucía 7/2001 ya excluía las actividades que se realizaran como consecuencia de una relación civil, laboral, funcionarial o mercantil en su artículo 3.2.b) y la Ley Andalucía 4/2018, siguiendo la redacción literal del artículo 3.3.c) de la Ley estatal 45/2015, elimina la referencia a las derivadas de la relación civil e incorpora una cláusula

²¹⁵ El artículo 3.2 Ley Andalucía 7/2001 disponía que «no se considerará acción voluntaria organizada...», mientras la Ley Andalucía 4/2018 dispone en el artículo 3.3. que «no tendrán la consideración de actividades de voluntariado...». La diferencia más sustantiva se haya en la palabra 'organizada', pues parece que en la derogada Ley podrían considerarse estas actividades como de voluntariado «no organizado». Sin embargo, esta línea de pensamiento no tiene sentido pues la citada norma ya exigía, como requisito de la acción voluntaria, «que se desarrollen en el marco de programas concretos, realizados a través de entidades sin ánimo de lucro» [art. 3.1.d)].

²¹⁶ En este sentido el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El voluntariado, su papel en la sociedad europea y su impacto» hacía referencia a distintos aspectos controvertido. Así, por ejemplo, se planteaba si «únicamente deberían entrar en la definición las actividades que se realizan con regularidad, si la ayuda entre vecinos o «los bancos de tiempo» que se han desarrollado en los últimos años también se consideran voluntariado y si sólo debería considerarse el voluntariado realizado de modo formal y estructurado. No obstante, las tres exigencias fundamentales arriba mencionadas son una condición necesaria para considerar una actividad como de voluntariado, ya sea un trabajo voluntario efectuado en beneficio de la comunidad local, o bien un servicio de voluntariado con forma estructurada. En general, se puede decir que la mejor manera de cubrir las diferentes facetas del voluntariado pasan por optar por una definición amplia.» (DOUE núm. C325/49, de 30 de diciembre de 2006).

sula de cierre mediante la fórmula «de cualquier otra índole mediante contraprestación de orden económico o material» –art. 3.3.c)–.

Esta exclusión ha mejorado en relación a la contemplada en la Ley del 2001 en la medida que recoge como elemento configurador de la misma el hecho de la existencia de contraprestación. Una contraprestación que no tiene porqué ser necesariamente económica o líquida pues también puede ser de otra naturaleza, aspectos que no se contemplaban en la normativa anterior.

Como es razonable las actividades que derivan de una relación laboral, mercantil o funcionarial deben estar excluidas, pero también todas aquellas que se realizan a cambio de contraprestación o simplemente que la lleven implícita. Recordemos que el artículo 3.1.b) establece como elemento configurador del concepto de voluntariado que se lleve a cabo sin contraprestación económica o material, sin olvidar que la misma debe tener un carácter solidario. Todo ello sin olvidar que entre los principios en los que se fundamenta la acción voluntaria se halla «la gratuidad del servicio que presta, sin obtener beneficio económico o material» –art. 5.2.h) Ley Andalucía 4/2018–. Abundando en esta idea desde otra perspectiva, el artículo 14.c) de la Ley Andalucía obliga a las personas voluntarias a «rechazar cualquier contraprestación económica o material que se les pudiera ofrecer, por parte de las personas destinatarias o de cualquier otra persona relacionada con ellas, como remuneración de su acción voluntaria».

- Los trabajos de colaboración social a los que se refiere el Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de fomento del empleo.

Esta excepción a las acciones de voluntariado no se hallaba en la Ley Andalucía 7/2001, pese a que la norma es del año 1982 y como en los supuestos anteriores ha sido la Ley estatal 45/2015 la que la incluyó en el artículo 3.3.d) y la Ley Andalucía 4/2018 la ha reproducido. Con todo, lo cierto es que la Ley Andalucía 7/2001 contenía una excepción en la que podría tener cabida la que estamos tratando, concretamente la prevista en el artículo 3.2.c) *in fine* cuando excluía «cualquier otra actuación que se derive de una obligación personal o deber jurídico».

Todo ello en la medida que el Real Decreto 1445/1982 que, en su capítulo V, bajo la rúbrica ‘Trabajos temporales de colaboración social’, contempla la posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan utilizar trabajadores perceptores de las prestaciones por desempleo en trabajos de colaboración temporal que cumplan con una serie de requisitos, recogidos en el artículo 38.1, como son:

- a) Que sean de utilidad social y redunden en beneficio de la comunidad.
- b) Que la duración máxima del trabajo sea la que le falte al trabajador por percibir en la prestación o subsidio por desempleo que se le hubiere reconocido.

c) Que no suponga cambio de residencia habitual del trabajador desempleado.

d) Que coincida con sus aptitudes físicas y profesionales.

En este sentido, es importante señalar que los trabajadores perceptores de las prestaciones por desempleo vendrán obligados a realizar los trabajos de colaboración social para los que hubieran sido seleccionados²¹⁷. Todo ello en la medida que la renuncia no motivada de los mismos dará lugar a la suspensión de las prestaciones por desempleo durante un período de seis meses. Por tanto, y aunque formalmente la persona perceptora de la prestación por desempleo podría no aceptar o renunciar a los trabajos para los que fue seleccionada las consecuencias serán lesivas para la misma. De esta manera, estas actividades no deben considerarse como voluntariado en la medida que carece del elemento esencial que es la voluntariedad y que en estos supuestos no existe²¹⁸.

- Las becas con o sin prestación de servicios o cualquier otra actividad análoga cuyo objetivo principal sea la formación.

Esta excepción no se hallaba en la Ley Andalucía 7/2001 pero sí que se recoge, con la misma redacción, en la Ley estatal 45/2015, en su artículo 3.2.e). De esta manera, se excluyen del concepto de voluntariado todas las becas, con independencia de si, como consecuencia de la misma, se prestan servicios o cualquier otra actividad o no. El elemento esencial reside en el objeto principal de la misma que, en todo caso debe ser la formación.

En este ámbito, la Ley Andalucía 7/2001 preveía una excepción a la acción voluntaria organizada que eran las actividades «realizadas como práctica profesional, laboral o cualquier otra fórmula orientada a la acumulación de méritos» –art. 3.2.d)–, que ahora no se contempla en la Ley Andalucía 4/2018 pero sí, con ciertos matices, en la Ley estatal 45/2015. Así, esta última excluye del concepto de voluntariado «las prácticas no laborales en empresas o grupos empresariales y prácticas académicas externas» [art. 3.2.f].

²¹⁷ En este sentido, el artículo 38.2 del Real Decreto 1445/1982 dispone que «las Administraciones Públicas deberán solicitar de las correspondientes Oficinas de Empleo los trabajadores desempleados que necesiten, con indicación de sus especialidades o categorías. Las Oficinas de Empleo seleccionarán a los trabajadores desempleados necesarios para atender a la referida solicitud, pudiendo determinar, en su caso, la rotación de los mismos o su sustitución en caso de colocación.».

²¹⁸ Los trabajadores que participen en la realización de obras, trabajos o servicios de esta naturaleza «tendrán derecho a percibir con cargo al INEM la correspondiente prestación o subsidio por desempleo. Las Administraciones Públicas completarán, mientras realicen tales trabajos, la prestación o subsidio hasta el importe total de la base reguladora para el cálculo de la prestación contributiva que estuviere percibiendo o que hubiere agotado antes de percibir el subsidio. En todo caso, se garantizará el 100 por 100 del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento.» –art. 38.4 Real Decreto 1445/1982–.

Tanto en el caso de la becas como en el de las prácticas el objetivo es esencialmente la formación, la adquisición de habilidades y conocimientos para el desarrollo de una actividad, como es el caso de las prácticas académicas externas, denominadas en el ámbito universitario, las prácticas curriculares y que forman parte del plan de estudios correspondiente²¹⁹, sin perjuicio de las denominadas prácticas extracurriculares.

2.2. Requisitos

El voluntariado para ser conceptualizado como tal exige que la actividad sea de interés general, de carácter solidario, que no derive de obligación o deber por parte de la persona que lo preste y que carezca de contraprestación sin perjuicio de los gastos reembolsables²²⁰. Todo ello sin olvidar que la acción de voluntariado, pese a que parte de la premisa que es desarrollada por personas físicas, debe canalizarse necesariamente a través de

²¹⁹ En todas ellas resulta esencial el proyecto formativo que deberá fijar, conforme al Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, por el que se regulan las prácticas académicas externas de los estudiantes universitarios, «los objetivos educativos y las actividades a desarrollar. Los objetivos se establecerán considerando las competencias básicas, genéricas y/o específicas que debe adquirir el estudiante. Asimismo, los contenidos de la práctica se definirán de forma que aseguren la relación directa de las competencias a adquirir con los estudios cursados» –art. 6.1–. Unas prácticas cuya duración, como dispone el artículo 5 de la citada norma, será la siguiente: «Artículo 5. *Duración y horarios de realización de las prácticas*. 1. La duración de las prácticas será la siguiente: a) Las prácticas externas curriculares tendrán la duración que establezca el plan de estudios correspondiente en los términos establecidos por el artículo 12.6 del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales. b) Las prácticas externas extracurriculares tendrán una duración preferentemente no superior al cincuenta por ciento del curso académico, sin perjuicio de lo que fijen las universidades, procurando el aseguramiento del correcto desarrollo y seguimiento de las actividades académicas del estudiante. 2. Los horarios de realización de las prácticas se establecerán de acuerdo con las características de las mismas y las disponibilidades de la entidad colaboradora. Los horarios, en todo caso, se procurará que sean compatibles con la actividad académica, formativa y de representación y participación desarrollada por el estudiante en la universidad.».

²²⁰ El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El voluntariado, su papel en la sociedad europea y su impacto» manifestaba que «El concepto de voluntariado se define a menudo de un modo distinto en la teoría y en la práctica, siendo difícil además abarcar sus distintas facetas mediante una única definición. Las definiciones existentes en los distintos Estados miembros de la Unión Europea se basan en tres criterios comunes indiscutibles: – el voluntariado se lleva a cabo libremente y por iniciativa propia, sin que pueda ser obligatorio en ningún caso. Esto garantiza el compromiso y la identificación de los voluntarios con las actividades que realizan; – el voluntariado no está remunerado y no está motivado por intereses financieros, aunque cabe reembolsar los gastos en que incurra el voluntario; – el voluntariado tiene por objetivo intervenir en favor de personas distintas de las que integran la familia del propio voluntario o de determinados grupos sociales y con ello ser útil a la sociedad (aunque, indiscutiblemente, el voluntariado ofrece grandes posibilidades en cuanto a la formación de la personalidad del voluntario).», (DOUE núm. C325/49, de 30 de diciembre de 2006). Pero antes, la exposición de motivos de la Ley Andalucía 7/2001 también disponía que «La Ley asume que la esencia de la acción voluntaria se fundamenta en el compromiso libre, responsable y altruista de los voluntarios, expresado sin que exista obligación personal o medie retribución económica alguna. Por ello, considera que su mejor incentivo es el reconocimiento de su interés social y el establecimiento de las medidas de apoyo que faciliten la eficacia de sus actuaciones.».

las entidades de voluntariado²²¹, conforme a programas concretos²²² con las excepciones previstas para las empresas y las universidades en los artículos 28 y 29 o los últimos puntos del artículo 3 de la Ley Andalucía 4/2018.

2.2.1. Requisito subjetivo

La actividad debe ser desarrollada por personas físicas, siempre que cumplan con una serie de exigencias que pueden modularse en virtud del tipo de actividad –como es el caso de trabajo con menores–. Por tanto, el desarrollo de la actividad de voluntariado está restringida a las personas físicas pero este hecho no obstaculiza que la actividad deba desenvolverse en el seno de una organización, esto es, una entidad de voluntariado.

2.2.2. Requisito objetivo

De los requisitos destaca la llave nuclear que define la actividad que es el carácter de interés general, uno de los conceptos jurídicos indeterminados por excelencia y que la Ley Andalucía 4/2018 no logra concretar pues, al igual que hacía la Ley Andalucía 7/2001, vincula este elemento o característica al hecho de que las mismas se hallen en el marco de ámbito de actuación²²³. Sin embargo, lo cierto es que existen mejoras, tanto de redacción como sustantivas con respecto a la Ley anterior en orden a delimitar el alcance del concepto de interés general. Mejoras que proceden tanto de la redacción del artículo 3.2 como del artículo 7 bajo la misma rúbrica –ámbitos de actuación del voluntariado–. El primero de ellos engloba en el marco del concepto que nos ocupa a las actividades que contribuyan, en cada uno de los ámbitos de actuación, a una serie de fines que en la Ley del 2001 no se preveían y exclusivamente se disponía «que sean de interés general, de acuerdo con el área de actuación en la que se desarrollan...» –art. 3.1.a)–. Así se requiere, dando un paso significativo con arreglo a la norma anterior, no sólo que la actividad se desarrolle en uno de los ámbitos previstos –aunque es cierto que no son un *numerus clausus*–, sino que la misma contribuya a:

- Proteger y conservar el entorno y mejorar la calidad de vida de las personas y de la sociedad en general.
- Pleno disfrute de los derechos económicos, sociales, políticos, culturales y ambientales.

Debiendo garantizar la equidad, la justicia social y cohesión social para su pleno desarrollo e inclusión social.

²²¹ En este sentido, resulta interesante la rúbrica del artículo 3 de la derogada Ley Andalucía 7/2001, concepto de acción voluntaria organizada, pues deja de relieve que la acción voluntaria debe encajarse necesariamente en un marco organizativo.

²²² Véase el artículo 8 de la Ley Andalucía 4/2018.

²²³ Véase el epígrafe III.

El segundo de ellos, esto es el artículo 7 de la Ley Andalucía 4/2018 determina los ámbitos en los que desarrollará el voluntariado, aunque no establece una lista tasada, como veremos en el apartado dedicado a esta cuestión.

2.2.3. Requisitos modales²²⁴

Los requisitos modales pueden agruparse en tres y son los concernientes a cómo se debe desarrollar la actividad de voluntariado para ser considerada como tal.

Así, en primer lugar el ejercicio de la actividad debe tener un carácter solidario, esto es, el desarrollo de la misma por parte de la persona debe girar sobre el elemento teleológico de servir a la sociedad en un sentido amplio, sin más recompensa que la satisfacción personal, implicando también un compromiso en el desarrollo de la actividad o como dispone el artículo 11.1 de la Ley Andalucía 4/2018 cuando define a la persona voluntaria, entre otros aspectos, como aquella que «decide dedicar parte de su tiempo al servicio de los demás o a intereses sociales y colectivos, mediante la participación en una actividad de voluntariado».

En segundo lugar, este carácter solidario conlleva necesariamente que la actividad se desarrolle libremente, de manera responsable y que sea asumida de forma voluntaria, sin que tenga o pueda tener su causa en una obligación personal o deber jurídico, en cuyo caso no podría integrarse en el concepto de voluntariado²²⁵.

Y, en tercer lugar, vinculada a la otras dos, se exige que la actividad se lleve a cabo sin contraprestación económica o material, sin que ello sea un obstáculo para que, como veremos en los derechos de las personas voluntarias, se reconozca el derecho al abono de los gastos reembolsables que requiera el desempeño de la acción voluntaria^{226y227}.

2.2.4. Requisitos organizativos

La Ley Andalucía 4/2018, una vez más siguiendo el ejemplo de la Ley estatal 45/2015, establece como requisito, al margen de los ya expuestos, que la actividad se desarrolle²²⁸:

²²⁴ Estos requisitos se encuentran con idéntica redacción en la Ley estatal 45/2015 en el artículo 3.1.

²²⁵ En este sentido véase el artículo 11.1 de la Ley Andalucía 4/2018, cuando exige que la persona voluntaria realice la actividad de forma libre.

²²⁶ En este sentido véase el artículo 11.1 de la Ley Andalucía 4/2018 cuando prevé que la actividad se desarrollará sin contraprestación.

²²⁷ Estos requisitos modales se encontraban en la Ley Andalucía 7/2001, aunque con algunas variaciones. Así se requería que la acción voluntaria se desarrollase en el ámbito del interés general, que se realizase de forma responsable y gratuita y que fuera consecuencia de una decisión libremente adoptada (art. 3.1).

²²⁸ Cfr. arts. 3.1.d) Ley Andalucía 4/2018 y Ley estatal 45/2015.

a) De forma organizada a través de entidades de voluntariado²²⁹.

b) Con arreglo a programas concretos.

Una redacción que mejora la de la Ley Andalucía 7/2001 que requería que las actividades se desarrollasen en el marco de programas concretos, pero no exigía que fuese a través de entidades de voluntariado, bastaba que fueran entidades sin ánimo de lucro –art. 3.1.d)–.

Sin embargo, la propia Ley Andalucía 4/2018²³⁰ prevé excepciones en relación al segundo requisito, pero nunca en relación a la necesidad de que sean organizadas por entidades de voluntariado, salvo en el caso de las universidades como veremos inmediatamente. Así, el artículo 3.4 de la norma que es objeto central de este trabajo reconoce la condición de actividades de voluntariado a aquellas que «se traduzcan en la realización de acciones concretas y específicas, sin integrarse en programas globales o a largo plazo», pero siempre que se realicen a través de una entidad de voluntariado sin ánimo de lucro.

Igualmente la propia norma excluye de estos requisitos o mejor establece cierta flexibilidad de los mismos en los casos de²³¹:

a) La promoción del voluntariado desde las empresas –art. 28–, en los casos que se permite que las empresas puedan promover y participar en programas de voluntariado, siempre que las actuaciones que se realicen se canalicen a través de entidades de voluntariado mediante el correspondiente acuerdo de colaboración.

b) La promoción del voluntariado desde las universidades –art. 29–, a las que se les exige que dispongan de una unidad o servicio para promover el voluntariado dentro de sus ámbitos de actuación propios, como son la formación, la investigación y la sensibilización, de acuerdo con la normativa de aplicación. Las actuaciones de voluntariado tendrán un objeto muy concreto, que es la formación y sensibilización de la comunidad universitaria en el voluntariado y las mismas podrán promoverse directamente por la unidad o servicio de la universidad o con la participación de las entidades de voluntariado²³².

²²⁹ En el Debate a la totalidad del proyecto de Ley andaluza de voluntariado se pusieron de relieve el número de entidades que ascendía a 2.700 inscritas en el Registro General de Entidades de Voluntariado (DSPA núm. 88, de 5 de julio de 2017).

²³⁰ Véase J. M^a. Pérez Monguió, «El voluntariado como forma de participación en las Universidades andaluzas», en Buen gobierno y buena administración en las Universidades Públicas (Dir. M^a Zambonino Pulito) 2020, pp. 287-323.

²³¹ Estas excepciones tienen su origen y espejo en la Ley estatal 45/2015, concretamente en los artículos 21 y 22.

²³² Véase J. M^a. Pérez Monguió, «El voluntariado como forma de participación en las Universidades andaluzas», en Buen gobierno y buena administración en las Universidades Públicas (Dir. M^a Zambonino Pulito) 2020, pp.

3. ÁMBITO DEL VOLUNTARIADO

El artículo 5 de la Ley Andalucía 7/2001, bajo la rúbrica *Áreas de actuación*, precepto que sería el embrionario del artículo 7 de la Ley Andalucía 4/2018, con el título de *Ámbitos de actuación*²³³ recogía unas áreas y ahora unos ámbitos que en ningún caso supusieron un *numerus clausus*, pues en el caso de la primera norma se contenía una cláusula de cierre que incluía «a cualquier otra área de necesidad o interés general de naturaleza y fines análogos a las actuaciones voluntarias enumeradas y que se ajusten a lo dispuesto en esta Ley» –art. 5 *in fine*–²³⁴ y en el supuesto de la Ley 4/2018 se dispone que se consideran ámbitos de actuación del voluntariado, entre otros,...

Así, el artículo 5 de la Ley del 2001 no establecía ámbitos concretos de acción voluntaria, sino áreas como las siguientes:

- 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.
- Protección, información y formación de 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.

287-323.

²³³ Este último precepto reproduce, como sucede en otros muchísimos artículos de la Ley, otro de la Ley estatal 45/2015 –en este caso el 6 con la misma rúbrica– aunque existen diferencias en cuanto a la definición de los ámbitos y en relación a la tipología de los mismos.

²³⁴ El carácter abierto de los ámbitos del voluntariado es la regla común en el resto de disposiciones autonómicas [p.e., 6.2.k) Ley 6/2018, de 28 de junio, del Voluntariado de Aragón].

Unas áreas que no se hallaban definidas, una labor que se fue produciendo a medida que se fue regulando, en el marco de leyes sectoriales o sus desarrollos reglamentarios, el voluntariado específico²³⁵. Así, por ejemplo, en el ámbito deportivo²³⁶ con disposiciones como el Decreto 55/2004, de 17 de febrero, del Voluntariado Deportivo en Andalucía; la Orden de 3 de abril de 2009, por la que se regulan el Censo de Entidades de Voluntariado Deportivo y el Catálogo de Programas de Acción Voluntaria en el Área de Deporte y la Orden de 3 de abril de 2009, por la que se regula el reconocimiento y los requisitos de las Escuelas de Formación de Voluntariado Deportivo.

El artículo 7 de la Ley Andalucía 4/2018, siguiendo el ejemplo de la Ley estatal 45/2015, procede a describir los ámbitos de actuación²³⁷. Unos ámbitos que integran todas las áreas del artículo 5 de la Ley Andalucía 7/2001 pero que también incluyen nuevos ámbitos²³⁸, incluso en relación a la Ley estatal 45/2015, como son el voluntariado *on line* o virtual y el digital²³⁹. Una opción normativa que permite una mayor concreción de los distintos

²³⁵ Ya en el año 2006, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «El voluntariado, su papel en la sociedad europea y su impacto» señalaba que el voluntariado «se puede clasificar según los ámbitos de actuación (como, por ejemplo, deporte, cultura, asuntos sociales, salud, educación, jóvenes, protección del medio ambiente, protección civil, política, protección del consumidor, cooperación al desarrollo, etc.)» (DOUE núm. C325/49, de 30 de diciembre de 2006).

²³⁶ Véanse sobre el voluntariado deportivo, entre otros, J. F. García de Pablos, «El voluntariado deportivo», en *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 50 (2016), pp. 87-106; J. Sánchez Téllez, «Voluntariado Deportivo para la integración social», en *Proyecto Hombre: revista de la Asociación Proyecto Hombre*, núm. 85 (2014), pp. 28-31.; J. J. Seoane Osa, «Voluntariado deportivo en el Decreto 55/2004, de 17 de febrero, del Voluntariado Deportivo en Andalucía», en *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, núm. 12 (2004), pp. 521-524.

²³⁷ En este sentido, el Grupo Parlamentario de Ciudadanos Andalucía en el Debate a la totalidad del proyecto de la Ley Andaluza de Voluntariado entendía que el trabajo del voluntariado se desarrolla en tres ámbitos especiales. «En el del voluntariado social, para luchar contra situaciones de exclusión social, generando nuevas alternativas de integración para promover una conciencia crítica, solidaria, ante la ciudadanía en Andalucía. Y también para detectar las diferentes necesidades y realidades sociales, y siguen siendo políticas más adecuadas a las administraciones públicas. En segundo lugar, también un voluntariado de carácter más civil, de protección civil y medioambiental. Creo que aquí el ejemplo más válido y más actual es el trabajo tan importante que ha desarrollado el voluntariado para luchar contra ese demonio que fue el incendio que sufrimos en Huelva (el 24 de junio de 2017). Y, en tercer lugar, también, ese voluntariado digital, que yo diría que se viene desarrollando desde hace mucho tiempo en cuanto a lo que se refiere al acompañamiento a personas, para el aprendizaje, el manejo y el aprovechamiento de nuevas tecnologías, es decir, ayudar para que se use como herramienta, a que ya de por sí sea, como decía la propia consejera, un espacio nuevo, un recurso, no ya una herramienta sino un espacio en el que trabajar de forma solidaria como voluntario.» (DSPA núm. 88, de 5 de julio de 2017, p. 45).

²³⁸ Así, la Consejera de Igualdad y Políticas Sociales manifestaba en el debate sobre la totalidad del proyecto de Ley Andaluza del Voluntariado que «La ley se adapta a nuevos escenarios de participación más complejos, como pueden ser, les comentaba a ustedes anteriormente, el voluntariado digital, una alternativa al voluntariado presencial, sin presencia física, más flexible, adaptado a la disponibilidad del tiempo que puedan tener las personas a través de las tecnologías de la información y la comunicación» (DSPA núm. 88, de 5 de julio de 2017).

²³⁹ En el trámite de enmienda el G.P. Ciudadanos propuso incorporar otros nuevos ámbitos como eran el voluntariado de personas mayores, voluntariado en materia de discapacidad, voluntariado en materia de consumo y el voluntariado juvenil [enmienda núm. 11, BOPA núm. 592, de 7 de diciembre de 2017].

ámbitos, pues no solo los describe sino también, en algunos casos, se procede a realizar precisiones y concreciones importantes como el caso del voluntariado social en el que se prevé que «en ningún caso este voluntariado podrá sustituir la acción de los servicios sociales»²⁴⁰. Con todo, quizá la descripción de los mismos resulta un poco excesiva y se podría haber optado por una vía intermedia, entre la opción que representa la Ley estatal y la de la Ley Andalucía 7/2001, como por ejemplo el modelo de la Ley 6/2018, de 28 de junio, del Voluntariado de Aragón que de forma simplificada conceptualiza los distintos ámbitos²⁴¹.

²⁴⁰ Como curiosidad, esta precisión no se hallaba en el proyecto de ley que fue registrado en el Parlamento. Así, fue la enmienda 75 del G.P. de Podemos Andalucía la que la recogió (*BOPA* núm. 592, de 7 de diciembre). En un sentido similar, véase la enmienda 43 del G.P. Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, cuando proponía la siguiente redacción: «En ningún caso, este ámbito de actuación podrá sustituir la acción de los servicios sociales cuya titularidad ha de garantizarse desde los servicios públicos». Finalmente, en el Informe de la Ponencia proponía la aceptación de la enmienda transaccional del G. Parlamentario de Podemos con la adición de la frase final del artículo 7.1.a), (*BOPA* 664, de 23 de marzo de 2018).

²⁴¹ De este modo, el artículo 6 de la citada norma dispone que «1. La acción voluntaria podrá desarrollarse en todos aquellos ámbitos cívicos, políticos, culturales y económicos que contribuyan a promover la mejora de las condiciones de calidad de vida de las personas o el desarrollo social. 2. A los efectos de esta ley, se consideran ámbitos de actuación de la acción voluntaria, entre otros, los siguientes: a) Social, que se realiza con el objetivo de complementar la intervención social profesionalizada para la consecución de la igualdad de oportunidades de la ciudadanía y la transformación social. b) Internacional de cooperación al desarrollo, que se realiza en el ámbito tanto de la sensibilización y la educación para el desarrollo como de las actuaciones de cooperación para el desarrollo y de acción humanitaria. c) Ambiental, que se realiza con el objetivo de proteger, conocer, conservar, sensibilizar y mejorar el medio ambiente para prevenir o disminuir el impacto negativo del ser humano sobre el medio ambiente y poner en valor el patrimonio natural existente, las especies animales y vegetales, los ecosistemas y los recursos naturales. d) Cultural, que se realiza con el objetivo de promover el derecho de acceso, la protección y promoción de la cultura, la defensa del patrimonio y la participación de todas las personas en la vida cultural de la comunidad. e) Deportivo, que se realiza con el objetivo de facilitar la práctica deportiva en cualesquiera de sus manifestaciones, apostando por fomentar la dimensión comunitaria y favorecer un mayor y decidido compromiso en la vida asociativa como manera eficaz de promover la educación e inclusión social. f) Educativo, que se realiza con el objetivo de mejorar la educación de las personas para compensar las desigualdades que pudieran existir entre los alumnos por diferencias sociales, personales o económicas. g) Sociosanitario, que se realiza con el objetivo de promover la salud y prevenir la enfermedad, complementando, reforzando o sustituyendo la ayuda que los pacientes puedan recibir de la familia o de su entorno social. h) Ocio y tiempo libre, que se realiza en el ámbito de la educación no formal, con el objetivo de promover valores y, en general, habilidades y competencias que favorezcan y refuercen un desarrollo personal integral. i) Comunitario, que se realiza con el objetivo de promover y articular la participación de personas voluntarias para ayudar a resolver problemas y mejorar la calidad de vida de los vecinos y de la comunidad, vertebrando una sociedad solidaria, activa, crítica, comprometida y corresponsable. j) Protección civil, que se realiza con el objetivo de colaborar en la gestión de las emergencias, como expresión de participación ciudadana, tanto en el marco preventivo como en el marco de la intervención en las actuaciones que se determinen en los órganos municipales, comarcales y autonómicos.».

| Ámbito | Conceptualización | Disposiciones |
|---|---|---|
| <i>Voluntariado social</i> | Voluntariado en materia de discapacidad, el de personas mayores y el juvenil, que se desarrolla mediante la acción solidaria planificada e integrada en la red de recursos sociales que fomente la relación con las personas y la realidad social, frente a situaciones de exclusión social, vulneración, privación o falta de derechos, desigualdades u oportunidades para alcanzar una mejor calidad de vida y una mayor cohesión y justicia social ²⁴¹ . | Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía [art. 23]. Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía [art. 35 <i>Voluntariado social</i>]. Decreto 43/1993, de 20 de abril, por el que se regula el voluntariado social a través de las entidades colaboradoras [art. 6. <i>Voluntariado y ayuda mutua</i>]. |
| <i>Voluntariado internacional de cooperación</i> ²⁴² | Vinculado tanto a la educación, para el desarrollo como parte del proceso educativo y de transformación, como a la promoción para el desarrollo en lo relativo a la acción humanitaria y la solidaridad internacional, ya se realice en nuestro país, en países o territorios receptores de cooperación al desarrollo o en cualquier país donde se declare una situación de necesidad humanitaria ²⁴³ . | Ley 14/2003, de 22 de diciembre, de Cooperación Internacional para el Desarrollo (art. 22. <i>El voluntariado en la cooperación para el desarrollo</i>). |
| <i>Voluntariado ambiental</i> | Persigue disminuir el impacto negativo del ser humano sobre el medioambiente y poner en valor el patrimonio natural existente, las especies animales y vegetales, los ecosistemas y los recursos naturales, realizando, entre otras, acciones de protección y recuperación de la flora y fauna, la biodiversidad natural de los distintos hábitats, y defensa del medio forestal; de conservación y mejora del agua, de los ríos y otros elementos del medio hídrico; del litoral, de las montañas y demás elementos del paisaje natural; de la mejora de los entornos urbanos, del medioambiente atmosférico y de los suelos; de educación y sensibilización medioambiental; de protección de los animales, y cualesquiera otras que contribuyan a proteger, conservar y mejorar el medioambiente. | Decreto 208/1997, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento Forestal de Andalucía (arts. 36 a 39)]. Decreto 225/1999, de 9 de noviembre, de regulación y desarrollo de la figura de Monumento Natural de Andalucía (art. 20 a 22). Decreto 247/2001, de 13 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Prevención y Lucha contra los Incendios Forestales (art. 5.1). |
| <i>Voluntariado cultural</i> ²⁴⁴ | Promueve y defiende el derecho de acceso a la cultura y, en particular, la integración cultural de todas las personas, la promoción y protección de la identidad cultural, la defensa y salvaguarda del patrimonio cultural y la participación en la vida cultural de la comunidad. | Ley 8/2007, de 5 de octubre, de Museos y Colecciones Museográficas de Andalucía (art. 7.3 <i>in fine</i>). |

| Ámbito | Conceptualización | Disposiciones |
|--|--|---|
| <i>Voluntariado deportivo</i> | Contribuye a la cohesión ciudadana y social, sumando los valores propios del voluntariado con aquellos otros inherentes al deporte, apostando decididamente por fomentar la dimensión comunitaria en el desarrollo de la práctica deportiva en cualquiera de sus manifestaciones, especialmente al deporte practicado por personas con discapacidad, personas mayores y grupos de atención especial, y por favorecer un mayor y decidido compromiso de quienes practican deporte en la vida asociativa, como manera eficaz de promover su educación e inclusión social, tal y como se recoge en el artículo 51 y en la disposición adicional sexta de la Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía. | Ley 5/2016, de 19 de julio, del Deporte de Andalucía (art. 51). Decreto 55/2004, de 17 de febrero, del Voluntariado Deportivo en Andalucía. Orden de 3 de abril de 2009, por la que se regulan el Censo de Entidades de Voluntariado Deportivo y el Catálogo de Programas de Acción Voluntaria en el Área de Deporte. Orden de 3 de abril de 2009, por la que se regula el reconocimiento y los requisitos de las Escuelas de Formación de Voluntariado Deportivo. |
| <i>Voluntariado educativo</i> | Como acción solidaria planificada e integrada en el sistema y la comunidad educativa que mejore las posibilidades de realización de actividades extraescolares y complementarias, contribuyendo, en particular, a compensar las desigualdades que pudieran existir entre el alumnado por diferencias sociales, personales o económicas, mediante la utilización, entre otros, de programas de aprendizaje-servicio. | Ley 9/1999, de 18 de noviembre, de Solidaridad en la Educación (art. 18.2). |
| <i>Voluntariado sociosanitario</i> | Se desarrolla mediante una intervención integral en la que se combinan la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad, la asistencia sanitaria, la rehabilitación y la atención social. Estas acciones van dirigidas al conjunto de la sociedad y a los colectivos en situación de vulnerabilidad, ofreciendo apoyo y orientación a las familias y al entorno más cercano, favoreciendo el proyecto vital de personas afectadas y familiares, mejorando así las condiciones de vida. | Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía (art. 31). |
| <i>Voluntariado de ocio y tiempo libre</i> | Forma y sensibiliza en los principios y valores de la acción voluntaria mediante el apoyo al desarrollo de actividades, en el ámbito de la educación no formal, que fomenten el desarrollo, crecimiento personal y grupal de forma integral, impulsando habilidades, competencias, aptitudes y actitudes en las personas, que favorezcan la solidaridad y la inclusión de aquellos colectivos más desfavorecidos, y logren el compromiso, la participación y la implicación social. | |
| <i>Voluntariado comunitario</i> | Colabora en la mejora de la comunidad y promueve la participación, con mayor poder de decisión e iniciativa para resolver los problemas y exigir mayor calidad de vida, en los espacios vitales más cercanos donde se desenvuelven las personas voluntarias, vertebrando una sociedad solidaria, activa, crítica y comprometida. | |

| Ámbito | Conceptualización | Disposiciones |
|---|---|---|
| <i>Voluntariado de protección civil</i> | Colabora regularmente en la gestión de las emergencias, en las actuaciones que se determinen por el Sistema Nacional de Protección Civil y, en particular, las que realice la Comunidad Autónoma de Andalucía en el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas estatutariamente o las que realicen las entidades locales andaluzas en el ejercicio de las competencias relacionadas con el voluntariado, sin perjuicio del deber de la ciudadanía en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública, como expresión y medio eficaz de participación ciudadana en la respuesta social a estos fenómenos, en los términos que establezcan las normas aplicables. | Ley 2/2002, de 11 de noviembre, de Gestión de Emergencias en Andalucía (arts. 28 y 29). |
| <i>Voluntariado online o virtual</i> | Con la función de acercar la tecnología a poblaciones con riesgo de exclusión digital, que pretende mejorar las competencias digitales de las personas que por diferentes motivos no tienen posibilidad de acceder a la tecnología, evitando la «brecha digital» que los separa de la nueva sociedad de la información. | |
| <i>Voluntariado digital</i> | Con la función de acercar la tecnología a poblaciones con riesgo de exclusión digital, que pretende mejorar las competencias digitales de las personas que por diferentes motivos no tienen posibilidad de acceder a la tecnología, evitando la «brecha digital» que los separa de la nueva sociedad de la información. | |
| <i>Voluntariado de consumo</i> | Para realizar actividades de concienciación social en materia de consumo responsable, solidario y sostenible ²⁴⁵ . | |

²⁴² La redacción en el proyecto de ley era distinta y lo definía de la siguiente manera: «Voluntariado social, que se desarrolla mediante la acción solidaria planificada e integrada en la red de recursos sociales que fomente la relación con las personas y la realidad social, frente a situaciones de exclusión social, vulneración, privación o falta de derechos, desigualdades u oportunidades para alcanzar una mejor calidad de vida y una mayor cohesión y justicia social.» [art. 7.1.a)]. La redacción actual se incorporó a través del Dictamen de la Comisión de Igualdad y Políticas Sociales (BOPA núm. 681, de 20 de abril de 2018). En el trámite de enmienda el GP de Ciudadanos propuso incorporar otros nuevos ámbitos como eran el voluntariado de personas mayores, voluntariado en materia de discapacidad, voluntariado en materia de consumo y el voluntariado juvenil [enmienda núm. 11, BOPA núm. 592, de 7 de diciembre de 2017].

²⁴³ El artículo 7.2 de la Ley Andalucía 4/2018 establece que «Reglamentariamente se regularán las condiciones en las que se llevarán a cabo las actividades de voluntariado internacional de cooperación para el desarrollo, así como en aquellos otros ámbitos de actuación que, bien por el lugar en que se realizan, bien por la especialidad de las actividades, bien por el tiempo de desarrollo de estas o por la combinación de algunas de las circunstancias anteriores, requieren de un tratamiento diferenciado».

²⁴⁴ Sin perjuicio de las actividades realizadas en este ámbito por los cooperantes, que se registrarán por el Real Decreto 519/2006, de 28 de abril, por el que se establece el Estatuto de los cooperantes.

²⁴⁵ Véase el Decreto 59/2000, de 26 de julio, por el que se regula el voluntariado cultural en Cantabria.

²⁴⁶ Este ámbito no se encontraba en el proyecto de Ley que se registró en el Parlamento y fue la enmienda 11 del G.P. de Ciudadanos la que la proponía junto con otras como el voluntariado juvenil (BOPA núm. 592, de 7 de diciembre).

4. LOS PROGRAMAS DE VOLUNTARIADO

La acción voluntaria y el propio concepto de voluntariado exigen entre sus requisitos que aquellas se desarrollen de forma organizada. Una organización que se expresa o se manifiesta a través de dos factores. En primer lugar, que se desarrollen a través de entidades de voluntariado, con las excepciones que hemos analizado en relación a las universidades y las empresas. Y en segundo lugar, que la actividad se desarrolle «con arreglo a programas concretos» –art. 3.1.d) Ley Andalucía 4/2018–.

En este sentido, la actual ley andaluza, en un impulso por el papel central que deben ocupar los programas de voluntariado como eje a través del que se canaliza la acción voluntaria, procede a determinar y a concretar la naturaleza jurídica y el contenido que debe tener cada programa en el artículo 8, todo ello sin perjuicio de las múltiples referencias a lo largo del articulado. Una opción normativa por la que no había optado la Ley Andalucía 7/2001, pese a las veinte referencias que hacía sobre los mismos a lo largo de articulado. Todo ello partiendo de la premisa de que la acción voluntaria se debe canalizar mediante los programas de voluntariado, que «serán los que den sentido, coherencia, facilitarán la actuación de las personas voluntarias y garantizarán su continuidad y eficacia en el cumplimiento de los objetivos que se pretenden.» –art. 8.1 Ley Andalucía 4/2018–²⁴⁷.

4.1. Naturaleza jurídica y caracteres

La Ley Andalucía 4/2018 realiza un esfuerzo por definir el programa de voluntariado en el artículo 8.2²⁴⁸, y así lo configura como un documento formal que debe ser aprobado por el órgano de gobierno de una entidad de voluntariado²⁴⁹ –aunque debemos recordar la situación especial de las universidades en este sentido–, en el que se debe recoger de forma sistematizada y de manera justificada la voluntad de la entidad de organizar una o más actividades de voluntariado que complementen el cumplimiento de sus objetivos o coadyuven a ello, contando con la participación de personas voluntarias.

²⁴⁷ La redacción actual del artículo 8.1 es fruto de la enmienda 12 del G. Parlamentario de Ciudadanos (BOPA núm. 592, de 7 de diciembre de 2017) y, sin duda, supuso una mejora en la redacción del texto que originalmente era el siguiente: «1. Los programas de voluntariado canalizarán la acción voluntaria, le dan sentido y coherencia, y garantizan su continuidad y eficacia en el cumplimiento de los objetivos que se pretenden.» (BOPA núm. 477, de 5 de junio de 2017) y que fue aceptado en el informe de la ponencia (BOPA núm. 664, de 23 de marzo de 2018) pero como 8.1.bis.

²⁴⁸ Este apartado tiene su origen en la enmienda 76 del G.P. Podemos Andalucía (BOPA núm. 592, de 7 de diciembre de 2017) que fue aceptada e incorporada en el Dictamen de la Comisión de Igualdad y Políticas Sociales (BOPA núm. 681, de 20 de abril de 2018). El G.P. Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía –enmienda núm. 44, del G.P., de adición, apartado 1 bis– presentó una enmienda con el mismo contenido de la del G.P. Podemos Andalucía.

²⁴⁹ Recordemos que entre los requisitos exigidos para obtener la condición de entidad de voluntariado se halla el de «Desarrollar sus actuaciones mediante programas de voluntariado diseñados y gestionados en el marco de las actividades de interés general, que respeten los valores y principios establecidos en el artículo 5 y se ejecuten, entre otros, en alguno de los ámbitos recogidos en el artículo 7. –art. 16.1.d) Ley Andalucía 4/2018–.

En esta línea se encuentra el artículo 16.1.d) Ley Andalucía 4/2018 cuando, entre los requisitos exigidos para obtener la condición de entidad de voluntariado, incorpora «Desarrollar sus actuaciones mediante programas de voluntariado diseñados y gestionados en el marco de las actividades de interés general, que respeten los valores y principios establecidos en el artículo 5 y se ejecuten, entre otros, en alguno de los ámbitos recogidos en el artículo 7.».

4.2. Contenido

La Ley Andalucía 4/2018, a diferencia de la Ley 7/2001, y siguiendo el ejemplo del artículo 7 de la Ley estatal 45/2015, establece el contenido, de mínimos, que debe tener cada programa. Unos contenidos que requieren, por parte de la entidad de voluntariado, realizar un ejercicio de reflexión sobre los programas que se pretenden implantar y desarrollar y valorar la viabilidad, sin olvidar un aspecto muy importante, esencial a mi juicio que es el de otorgar seguridad jurídica a los voluntarios y a las propias personas destinatarias de la acción²⁵⁰.

De igual manera, la existencia de los programas de voluntariado con un contenido mínimo también permite o mejor facilita a la Junta de Andalucía el ejercicio de la competencia del artículo 20.1. Ley Andalucía 4/2018 cuando le atribuye «El seguimiento, evaluación e inspección de los programas de voluntariado que se desarrollen al amparo de los principios y criterios recogidos en esta ley»²⁵¹.

De ese modo se requieren los siguientes contenidos:

- a) Denominación.
- b) Identificación de la persona coordinadora o responsable del programa.
- c) Fines y objetivos que se proponga.
- d) Descripción de las actividades que comprenda.
- e) Ámbito territorial que abarque.
- f) Duración prevista para su ejecución.

²⁵⁰ Así, el artículo 10 de la Ley Andalucía 4/2018, bajo la rúbrica 'derechos y deberes de las personas destinatarias', prevé los relativos a: «a) Decidir libremente sobre la acción o programa de voluntariado del que pudieran ser beneficiarias. b) A que la acción voluntaria sea desarrollada de acuerdo con programas que garanticen la calidad y duración de las actuaciones, y en especial cuando de ellas se deriven servicios y prestaciones personales, y a que se ejecute, en la medida de lo posible, en su entorno más inmediato, especialmente en el caso de menores de edad y personas o colectivos de especial vulnerabilidad». También refleja deberes como el de notificar a la entidad de voluntariado con al menos un mes de antelación su decisión de prescindir de los servicios de un determinado programa de voluntariado –art. 10.2.d)–.

²⁵¹ El artículo 20.1.g) de la Ley Andalucía 4/2018 atribuye a la Junta de Andalucía la competencia para «crear y gestionar un catálogo de programas de acción voluntaria realizado por las entidades de voluntariado.».

- g) Número de personas voluntarias necesarias, el perfil adecuado para los cometidos que vayan a desarrollar y la cualificación o formación exigible.
- h) Criterios para determinar, en su caso, el perfil de las personas destinatarias del programa.
- i) Medios y recursos precisos para llevarlo a cabo.
- j) Mecanismos de control, seguimiento y evaluación.
- k) Definición de los gastos a reembolsar a las personas voluntarias y procedimiento para calcularlos²⁵².

5. LAS PERSONAS VOLUNTARIAS

La Ley Andalucía 4/2018 define a las personas voluntarias, recogiendo esencialmente los caracteres propios de la acción voluntaria recogidos en el artículo 3 de la Ley y ya analizados en el segundo epígrafe del siguiente trabajo, como «la persona física que, de una forma libre, sin contraprestación económica y de acuerdo con la capacidad de obrar que le reconoce el ordenamiento jurídico, decide dedicar parte de su tiempo al servicio de los demás o a intereses sociales y colectivos mediante la participación en una actividad de voluntariado...»²⁵³. Una redacción que es consecuencia de una enmienda²⁵⁴ ya que la redacción del proyecto que tuvo registro en el Parlamento²⁵⁵ era mucho más simple y similar a la contenida en la Ley estatal 45/2015 cuando disponía que se entenderá por persona voluntaria la persona física que participe en una actividad de voluntariado de acuerdo a lo establecido en el artículo 3».

5.1. El caso de los menores de edad voluntarios

La Ley Andalucía 4/2018, siguiendo el ejemplo de la Ley estatal 45/2015, reconoce expresamente la posibilidad de los menores de participar de la condición de persona volun-

²⁵² Este requisito es el único que no se encuentra en el artículo 7.1 de la Ley estatal 45/2015. Durante la tramitación parlamentaria se presentó una enmienda –núm. 13– con el fin de modificar el texto de la siguiente redacción: «i) Medios y recursos precisos para llevarlo a cabo, indicando expresamente si está previsto dentro de algún tipo de convenio-subservención con colaboración de alguna Administración Pública».

²⁵³ La Ley estatal 45/2015 es mucho más escueta pues exclusivamente se refiere a «las personas física que decidan libre y voluntariamente dedicar, todo o parte de sus tiempo, a las actividades del artículo 3.2» –art. 8.1–.

²⁵⁴ Enmienda núm. 45, del G.P. Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía y enmienda núm. 78, del G.P. Podemos Andalucía (BOPA núm. 592, de diciembre de 2017).

²⁵⁵ BOPA núm. 477, de 5 de junio de 2017.

taria²⁵⁶, con los mismos derechos y deberes²⁵⁷. Una posibilidad que supone una novedad con respecto a la Ley Andalucía 7/2001, que no la contemplaba expresamente, aunque tampoco la impedía, todo ello en la medida que definía a la persona voluntaria como «la persona física que participe en una acción voluntaria organizada de acuerdo a lo que establecía su artículo 3». Esto es, que fuese consecuencia de una decisión libremente adoptada, que se realizase de forma responsable y gratuita y que se desarrollase en el marco de programas concretos realizados por entidades sin ánimo de lucro. En este sentido, en las últimas décadas y de forma progresiva se está produciendo un avance significativo en el reconocimiento de la realidad que supone la participación de los menores en distintos ámbitos de la sociedad y así se fomenta desde las distintas administraciones públicas. Un ejemplo lo encontramos en el artículo 2 de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía, cuando en su letra f) incluye entre las finalidades de la Ley

²⁵⁶ Así, la Consejera de Igualdad y Políticas Sociales, en el debate a la totalidad del proyecto de Ley Andaluza del Voluntariado destacaba como importante novedad la participación de menores cuando manifestaba que: «La ley se adapta a nuevos escenarios de participación más complejos (...), como es la participación de los menores de 18 años en las actividades voluntarias. Los menores de edad podrán tener esa condición de persona voluntaria siempre que se respete ese interés superior, el derecho a ser oído y escuchado, y se cumplan los requisitos siguientes: los menores de 18 años y mayores de 18 no emancipados deberán contar con el consentimiento de sus padres o de sus tutores. Los menores de 16 años y menores de 12 podrán llevar a cabo la acción voluntaria, siempre que esta no perjudique a su desarrollo y formación en el tiempo por la peligrosidad de la acción que puedan realizar, y con la autorización expresa de su familia.» (DSPA núm. 88, de 5 de julio de 2017). Una novedad que, pese a ser recibida positivamente por los distintos G.P., provocó la atención por parte de alguno de ellos, como fue el G.P. Ciudadanos en el debate a la totalidad del proyecto cuando manifestaron: «Y un aspecto muy importante y delicado, pero bueno, que también hay que plantear en la ley y se debatirá, es la labor del voluntariado que se desarrolla desde una edad temprana, que es necesario promover por supuesto y fomentar, pero que a su vez, de alguna manera, hay que enmarcar y canalizar de una forma adecuada, especialmente para proteger y dotar de seguridad jurídica a los jóvenes que deciden trabajar, en este sentido, de forma altruista. Usted ha dicho de menores de 18 años, de menores de 16 e incluso de menores de 12. Yo creo que es un tema delicado y que también tendremos que tratar.» (DSPA núm. 88, de 5 de julio de 2017, p. 44). Sin embargo, en el trámite de enmiendas no se presentó ninguna sobre este particular (BOPA núm. 5892, de 7 de diciembre de 2017).

²⁵⁷ La participación de los menores en la acción de voluntariado fue considerada con carácter general positiva en el Debate a la totalidad del proyecto de ley pese a considerarse un tema delicado. Así, el G.P. Ciudadanos Andalucía manifestaba que «un aspecto muy importante y delicado, pero bueno, que también hay que plantear en la ley y se debatirá, es la labor del voluntariado que se desarrolla desde una edad temprana, que es necesario promover por supuesto y fomentar, pero que a su vez, de alguna manera, hay que enmarcar y canalizar de una forma adecuada, especialmente para proteger y dotar de seguridad jurídica a los jóvenes que deciden trabajar, en este sentido, de forma altruista. Usted ha dicho de menores de 18 años, de menores de 16 e incluso de menores de 12. Yo creo que es un tema delicado y que también tendremos que tratar», (DSPA núm. 88, de 5 de julio de 2017, p. 46). En un sentido similar el G.P. Popular expresaba que «creemos que debe recoger la ley la incorporación de los menores a partir de 12 años, como así se ha hecho, al voluntariado, con los requisitos, por supuesto, y prevenciones oportunas. Creemos muy conveniente la colaboración de los menores con entidades sociales, en tanto que con instituciones educativas. Igualmente es importante la no discriminación y la incorporación a la acción voluntaria de mayores, de dependientes, de discapacitados. Creemos que así se cumple una importante labor integradora que debe guiar al voluntariado» (DSPA núm. 88, de 5 de julio de 2017, p. 46).

«Fomentar especialmente la participación social de las mujeres, de las personas menores de edad, de las personas mayores y de los colectivos en situación de vulnerabilidad»²⁵⁸.

De este modo, las personas menores podrán tener la condición de personas voluntarias, con el cumplimiento de los requisitos generales unos específicos que dependen de la franja de edad en la que se encuentren los menores, pero siempre y como *conditio sine qua non* que se respete su interés superior y su derecho a ser oídas y escuchadas –art. 11.2–²⁵⁹, un requisito que resulta esencial y consustancial al ejercicio de la actividad de voluntariado, pues la misma se desarrolla de manera libre, voluntaria, responsable y gratuita.

La Ley Andalucía 4/2018 distingue dos franjas de edad. Así en primer lugar, el desarrollo de las actividades de voluntariado por parte de los mayores de 16 años y menores de 18 años, siempre que no estén emancipados evidentemente, para los que exclusivamente se requiere el consentimiento por parte de los progenitores, tutores, guardadores o representantes legales. Un consentimiento que en el artículo 11 no se expresa cómo debe ser, sin embargo, en el precepto dedicado a los deberes de las entidades de voluntariado se establece la obligación de «exigir consentimiento o en su caso la autorización expresa y por escrito de los progenitores, tutores, guardadores o representantes legales de las personas voluntarias menores de edad en las condiciones establecidas en el artículo 11.2.» –art. 17.2.j)–. Un consentimiento que, como se aprecia en el precepto, parece que

²⁵⁸ Véase sobre los menores en los procesos participativos en S. Fernández Ramos y J. M^a. Pérez Monguió, *Vox populi: Consultas populares no referendarias y procesos participativos*, Thomson-Reuter-Aranzadi, 2019, pp. 263-268.

²⁵⁹ Téngase presente que el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que «1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose sus opiniones debidamente en cuenta, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias, informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento. 2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando cumpla los doce años. Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.».

no tendría que ser por escrito. Con todo, entiendo que el mismo se debería realizar por escrito o a través de cualquier otro medio que permita la constancia y veracidad el mismo. La segunda franja de edad es la que integra a los mayores de 12 años y menores de 16 años, en cuyo caso los requisitos se incrementan como es razonable, en aras de una mayor protección del menor. La Ley parte del principio por el que las personas en esta franja de edad pueden llevar a cabo acciones de voluntariado, pero impone dos requisitos. En primer lugar se exige que la actividad no perjudique el desarrollo, formación y escolarización –recordemos que la escolarización es obligatoria en España hasta los 16 años–, o supongan un peligro para la integridad de los mismos²⁶⁰.

Algo más claro resulta el artículo 8 de la Ley estatal 45/2015 del que bebe el artículo 11.2.b) de la Ley Andalucía 4/2018 cuando establece que los progenitores tutores o representantes legales valorarán, en la autorización expresa, si la actividad perjudica o no su desarrollo y formación integral.

En segundo lugar, se requiere autorización expresa por parte los progenitores, tutores... –recordemos que para la otra franja de edad exclusivamente se requiere un consentimiento que no se exige que sea por escrito–.

En ambos casos, es decir, tanto en el consentimiento como en la autorización, entiendo que los mismos deberían incorporarse a la información del registro que deben mantener las entidades de voluntariado en la que se incluirán las inscripciones de las personas voluntarias de la entidad, con una descripción mínima de la actividad que llevan a cabo y con una indicación de los programas a los que estuvieran adscritas –art. 17.2.1)–.

Requisitos para el desarrollo de actividades de voluntariado por menores de edad

| Edad | Requisitos |
|--------------|--|
| >12 <16 años | <p>La actividad no perjudique su desarrollo, formación y escolarización, o suponga un peligro para su integridad.</p> <p style="text-align: center;">+</p> <p>Autorización expresa por parte de progenitores, tutores, guardadores o representantes legales.</p> |
| >16 años <18 | Consentimiento por parte de progenitores, tutores, guardadores o representantes legales. |

²⁶⁰ La Ley estatal 45/2015 es más general, pero a su vez más coherente pues requiere que la actividad no perjudique su desarrollo o formación integral –art. 8.2–. Este último aspecto ha sido sustituido en la Ley Andalucía 4/2018 por garantizar que «no supongan un peligro para su integridad» cuando resulta evidente y, por tanto, innecesario indicar que las actividades de voluntariado no pueden suponer un riesgo para la integridad de los menores.

5.2. Límites para el desarrollo de la acción voluntaria

La Ley Andalucía 4/2018, siguiendo el ejemplo de la Ley estatal 4/2015, establece dos supuestos en los que las personas no podrán ser voluntarias por la comisión de determinados tipos de delitos, aunque en el primer caso lo define como una prohibición y, en el segundo, como un requisito, aunque los efectos sean los mismos.

Así, en primer lugar prevé una restricción total, independientemente de la vinculación con la actividad de voluntariado ni con las personas a las que va dirigida la acción voluntaria, cuando prohíbe adquirir la condición de voluntarios a las personas que tengan antecedentes penales, cuando aún no hayan sido cancelados, por delitos de violencia doméstica o de género, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de toda persona, o por delitos de tráfico ilegal, inmigración clandestina de personas o por delitos de terrorismo –art. 11.4–.

En segundo lugar, esta vez configurado como requisito para tener la condición de participantes en entidades de voluntariado o programas cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con menores²⁶¹, no haber sido condenadas por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos²⁶².

En este caso resulta significativo el hecho de que se exija, teniendo en cuenta el colectivo al que se dirige o que se ve afectado por la acción voluntaria, que se requiera que la sentencia de condena sea firme, es decir, que no quepa recurso alguno. Por tanto, supuestamente una persona que está siendo enjuiciada o que haya sido condenada, pero cuya sentencia no sea firme podría continuar con su actividad de voluntariado. Una opción normativa que no me parece de recibo, pues lo razonable sería que la actividad del voluntario en cuestión quedara inmediatamente en suspenso en el momento en que se produjera la imputación y hasta que se produjera la absolución o la condena firme.

Ley Andalucía 4/2018, siguiendo el modelo de la Ley estatal 45/2015 (arts. 8.4.y 5 *in fine*), establece un modelo distinto de control de la existencia de las prohibiciones o la carencia de los requisitos establecidos –arts. 11.4 y 5–.

Así para los primeros, esto es en los supuestos de que las personas tengan antecedentes penales, cuando aún no hayan sido cancelados, por delitos de violencia doméstica o de

²⁶¹ Art. 68. *Voluntariado*, del Decreto 355/2003, de 16 de diciembre, del Acogimiento Residencial de Menores: «1. La Administración de la Junta de Andalucía podrá acordar la actuación de voluntarios en centros de protección para la atención de menores, a través de las Entidades de Voluntariado con las que previamente se hayan celebrado convenios para el desarrollo de un determinado programa. En ningún caso se admitirán colaboraciones a título individual. 2. En todos los centros de protección los voluntarios deberán reunir los requisitos que exige la Ley del Voluntariado y su actuación deberá ser de colaboración con los profesionales al objeto de enriquecer su tarea.»

²⁶² Título VIII. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales* (arts. 178 a 194), de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

género, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de cualquier persona, o por delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas o por delitos de terrorismo, se requiere que la entidad de voluntariado, en uso de su derecho a seleccionar en el acceso o supervisar el ejercicio de la acción voluntaria prevista en el artículo 17.1.a) Ley Andalucía 4/2018, requiera a las personas que participen en dichos programas como voluntarias una declaración responsable de no tener antecedentes penales por estos delitos para incorporarse a la entidad o seguir ejerciendo la actividad voluntaria.

En el caso de las personas que en ejercicio de la actividad de voluntariado tengan contacto habitual con menores, la forma de acreditación de la ausencia de condena penal firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos no será como en el supuesto general, mediante una declaración responsable, sino que se requiere que la persona acredite la ausencia de condena firme mediante una certificación negativa del Registro Central de Delincuentes sexuales en las condiciones que se establecen en el Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales²⁶³.

²⁶³ Artículo 9 *Certificación de los datos inscritos*, Real Decreto 1110/2015, de 11 de diciembre, por el que se regula el Registro Central de Delincuentes Sexuales: «1. Los órganos judiciales, en relación con las causas que tramiten y para su unión al procedimiento, podrán obtener directamente los datos contenidos en el Registro y aportarlos al procedimiento judicial mediante diligencia de constancia del Letrado de la Administración de Justicia, con plena validez jurídica, sin necesidad de solicitar certificación al responsable del registro. 2. El encargado del Registro, siempre que no se trate de información reservada a Jueces y Tribunales, y previo consentimiento del interesado o de su representante, informará de los datos relativos al mismo contenido en el Registro Central de Delincuentes Sexuales, a instancia de cualquier órgano de las Administraciones Públicas ante el que se tramite un procedimiento para acceder a profesiones, oficios o actividades que impliquen un contacto habitual con menores, así como para su ejercicio. En ausencia de tal consentimiento, el certificado se expedirá a instancia del propio interesado en los términos previstos en el apartado siguiente. 3. A petición del titular interesado, podrán certificarse directamente los datos relativos a su persona y suscribir certificaciones negativas respecto a personas que no figuren inscritas. Tratándose de menores de edad o personas con la capacidad modificada judicialmente la solicitud habrá de efectuarse, en todo caso, por su representante legal. La certificación positiva contendrá la transcripción de los datos inscritos, tal y como obren en el Registro en el momento de su expedición, excluyendo las inscripciones que, conforme a una norma con rango de ley, se hallen a disposición exclusiva de Jueces y Tribunales. En todo caso, los ciudadanos de origen extranjero o que tuvieran otra nacionalidad, deberán, además, aportar certificación negativa de condenas penales expedido por las autoridades de su país de origen o de donde sean nacionales respecto de los delitos relacionados en el apartado 1 del artículo 3. 4. Las Entidades Públicas de protección de menores competentes territorialmente podrán solicitar, por vía telemática, al encargado del Registro Central de Delincuentes Sexuales los datos que resulten necesarios del inscrito para valorar la situación de desprotección de un menor respecto de quien sea su progenitor, tutor, guardador o acogedor, aún sin consentimiento de aquél y siempre que no se trate de información reservada a Jueces y Tribunales. Cada una de estas Entidades Públicas identificará al órgano responsable del control de esos datos y lo comunicará al encargado del Registro para garantizar su confidencialidad. 5. Asimismo, a instancia de autoridades judiciales o policiales extranjeras que lo requieran en el marco de una investigación judicial o policial, o de prevención del delito, el encargado del Registro comunicará la información que constará en él, sin consentimiento del interesado, en las formas y supuestos que determinen las normas comunitarias y los tratados internacionales de asistencia judicial en materia penal suscritos por España. 6. En todo caso, la solicitud, expedición y obtención de los certificados se hará preferentemente por medios electrónicos, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.»

En este sentido, resulta esencial destacar que todas las personas que pretendan desarrollar una actividad de voluntariado deberán suscribir un acuerdo de incorporación, que se configura como el instrumento principal por el que se establece la relación entre aquella y la entidad de voluntariado. Un acuerdo que, entre otros muchos requisitos, como es su formulación por escrito, deberá ir acompañado de la certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales y de la declaración responsable a la que hemos hecho referencia –art. 15.3 Ley Andalucía 4/2018–.

Por último, la Ley Andalucía 4/2018 contempla la posibilidad de excepción de la prohibición o requisitos que se han expuesto en el presente epígrafe. Así se prevé que las entidades de voluntariado podrán desarrollar programas de voluntariado en los que se contemplen los objetivos de reinserción de personas con antecedentes penales no caducados a través de la acción voluntaria. En estos supuestos, la entidad reflejará en el propio programa de voluntariado las características especiales del mismo –art. 11.6–²⁶⁴.

| | | | | |
|--|---|---|---|---|
| <i>Prohibición general</i> | Antecedentes penales no cancelados. | Violencia doméstica o de género. Por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de toda persona. Por delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas. Por delitos de terrorismo. | Declaración responsable de no tener antecedentes penales por estos delitos. | Junto con el acuerdo de incorporación se debe aportar la declaración responsable o la certificación, según el caso. |
| <i>Requisitos específicos para tener la condición de personas voluntarias en entidades de voluntariado o programas cuyo ejercicio conlleve el contacto habitual con menores.</i> | No haber sido condenado por sentencia judicial firme. | Delitos: Contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos. | Certificación negativa del Registro Central de Delincuentes sexuales. | |
| <i>Excepción a los dos supuestos anteriores.</i> | Las entidades de voluntariado podrán desarrollar programas de voluntariado en los que se contemplen los objetivos de reinserción de personas con antecedentes penales no caducados a través de la acción voluntaria. En este caso, la entidad reflejará en el propio programa de voluntariado las características especiales del mismo. | | | |

²⁶⁴ El artículo 11.6 de la Ley Andalucía 4/2018 realiza esta previsión, como manifiesta expresamente en el precepto citado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.4 de la Ley estatal 45/2015.

5.3. Compatibilidad de la acción voluntaria

El ejercicio de la actividad de voluntariado tiene sus límites y también sus compatibilidades. Estas últimas no se encontraban unificadas o recogidas en un único precepto en la Ley Andalucía 7/2001 y sólo quedaban reflejadas de forma parcial con respecto a la Ley Andalucía 4/2018²⁶⁵.

De esta forma la Ley andaluza, siguiendo de nuevo el ejemplo de la Ley estatal 45/2015, prevé o contempla tres supuestos de compatibilidad.

El primero tiene por objeto evitar que la acción voluntaria se realice en el marco de la jornada laboral –art. 12.1–²⁶⁶. Una previsión que se aplica tanto a las personas que trabajen por cuenta ajena como al personal de la Administración pública, entendido en sentido amplio. Sin embargo, esta medida tiene una excepción en el artículo 27.2 de la Ley Andalucía 4/2018, cuando se prevé la posibilidad de que, tanto las Administraciones Públicas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía como las empresas o instituciones privadas puedan promover y facilitar a su personal el desarrollo de labores de voluntariado, de acuerdo con la legislación laboral o de empleo público y con pleno respeto a lo acordado en la negociación colectiva, con medidas como:

- a) Adopción de medidas de reducción o adaptación de la jornada laboral.
- b) Suspensiones de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo o interrupciones de la prestación retribuidas o no.

La Ley exige que los términos concretos en los que se vayan a desarrollar las medidas de reducción o adaptación de la jornada laboral consten por escrito y sean consensuados entre ambas partes –art. 27.2 *in fine*–²⁶⁷.

En segundo lugar, se contempla la compatibilidad de aquellas personas que trabajen en una entidad de voluntariado con la acción de voluntariado que desarrollen, en su caso, en los términos que se establezcan en el acuerdo de incorporación, pero siempre y cuando se cumplan dos requisitos preceptivos²⁶⁸:

²⁶⁵ La Ley del 2001 contemplaba exclusivamente la compatibilidad del desarrollo de la acción voluntaria con la de ser miembro de la entidad que llevase a cabo el programa –art. 16.1–.

²⁶⁶ El art. 9.1 de la Ley estatal 45/2015 parece tener una redacción más clara cuando dispone que «1. Los trabajadores por cuenta ajena y los empleados públicos sólo podrán realizar actividades de voluntariado fuera de la jornada laboral».

²⁶⁷ Este último aspecto no se encuentra en la Ley estatal 45/2015.

²⁶⁸ En el trámite de enmiendas se presentaron dos a este apartado del artículo 12 con un mismo objetivo, que la compatibilidad estuviese condicionada a que la persona tuviera un contrato a tiempo completo en la entidad. Enmiendas núm. 46, del G.P. Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía que preveía y núm. 79, del G.P. Podemos Andalucía (BOPA núm. 592, de 7 de diciembre de 2017).

- a) La acción voluntaria no se puede desarrollar en el marco de la jornada laboral.
- b) No podrán realizar las mismas funciones que desarrollen en su puesto de trabajo²⁶⁹.

En tercer y último lugar, se prevé que las personas voluntarias podrán tener la condición de socias en la entidad de voluntariado en la que estén integradas y participar en los órganos de gobierno de la misma, de conformidad siempre con sus estatutos –art. 12.3–²⁷⁰.

6. ACUERDO DE INCORPORACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA LA RELACIÓN ENTRE EL VOLUNTARIO Y LA ENTIDAD

El acuerdo de incorporación, denominado compromiso de incorporación en la Ley Andalucía 7/2001 –art. 16–, conforme a la Ley Andalucía 4/2018 constituye el instrumento principal de definición y regulación de la relación entre la persona voluntaria y la entidad de voluntariado. Un acuerdo que otorga seguridad jurídica a las partes en cuanto a los elementos y principios por los que regirá la relación entre ambas partes, pero a su vez supone un ejercicio de transparencia por parte de la entidad de voluntariado que tendrá que recoger los aspectos concretos del mismo.

Un acuerdo que no debe entenderse como un «acuerdo de adhesión» por parte de la persona voluntaria pues, sin duda alguna, en el marco de la Ley podrán determinarse las condiciones particulares que ambas partes estimen convenientes. Así, la propia Ley Andalucía 4/2018 hace referencia a esta posibilidad en varios apartados como es el caso del artículo 13.h) *in fine* cuando se recoge el derecho de las personas voluntarias al reembolso de los gastos de acuerdo con el programa al que estén adscritos y, en su caso, de los pactados en el acuerdo de incorporación.

6.1. Contenido

El acuerdo de incorporación tiene un contenido mínimo fijado por la Ley Andalucía 4/2018, pues como se ha expuesto en el apartado anterior, su contenido es susceptible de pactos particulares, que dependerán de numerosos aspectos, no solo subjetivos sino también objetivos, como pueden ser los derivados del programa concreto. En este sentido, la regulación del contenido mínimo del denominado compromiso de incorporación en la Ley Andalucía 7/2001 era mucho más parca, pues lo limitaba a «a) El conjunto de derechos y deberes que, con arreglo a la presente Ley, correspondan a ambas partes. b) El contenido de las funciones, actividades y tiempo de dedicación que se comprometen a realizar las personas voluntarias. c) La formación requerida para la realización de las actividades a realizar y, en su caso, el proceso que deba seguirse para obtenerla. d) La duración del compromiso y las causas y formas de desvincula-

²⁶⁹ Este requisito no se contempla en la Ley estatal 45/2015 –art. 9.2–.

²⁷⁰ En el mismo sentido el artículo 9.3. de la Ley estatal 45/2015.

ción por ambas partes.»), pues la Ley vigente, siguiendo en parte el esquema de la Ley estatal 45/2015, amplía el contenido. Una opción normativa que debe ser considerada positiva, pues contribuirá a mejorar la seguridad jurídica de las partes pues exige concretar muchos más aspectos como son el seguro o el régimen de los gastos reembolsables.

Así, como contenido mínimo de todo acuerdo se establecen las siguientes cuestiones²⁷¹:

- a) El conjunto de derechos y deberes que corresponden a ambas partes, que tendrá que respetar lo dispuesto en la presente ley.
- b) La descripción de las funciones, actividades y tiempo de dedicación que se compromete a realizar la persona voluntaria y la identificación de la persona coordinadora del programa de voluntariado en el que participe.
- c) En su caso, el régimen por el que se regulará la intervención de las personas trabajadoras asalariadas o socias que participen en las actuaciones de voluntariado dentro de la propia entidad, respetando lo dispuesto en la negociación colectiva.
- d) El régimen de gastos reembolsables que han de abonarse a las personas voluntarias, de conformidad con la actividad de voluntariado a desarrollar y el programa al que estén adscritas.
- e) La formación que se requiera para el cumplimiento de las funciones que tengan asignadas las personas voluntarias y, en su caso, el itinerario formativo que deba seguirse para obtenerla.
- f) La duración del compromiso, así como las causas y formas de desvinculación por ambas partes.
- g) La información sobre el seguro para las personas voluntarias.

6.2. Formalización y modificación

El acuerdo de incorporación se debe formalizar, por escrito²⁷² y de manera duplicada, con carácter previo, aunque no exista una mención expresa a este aspecto, pues si es el documento principal que rige entre las personas voluntarias y la entidad de voluntariado, no parece razonable que pueda iniciarse una acción de voluntariado sin que se haya formalizado. Todo sin olvidar que, como señala el apartado 3 del artículo 13 de la Ley Andalucía

²⁷¹ La Ley Andalucía 7/2001 era mucho más parca en relación al contenido mínimo, pues lo limitaba a «a) El conjunto de derechos y deberes que, con arreglo a la presente Ley, correspondan a ambas partes. b) El contenido de las funciones, actividades y tiempo de dedicación que se comprometen a realizar las personas voluntarias. c) La formación requerida para realizar las actividades y, en su caso, el proceso que deba seguirse para obtenerla. d) La duración del compromiso y las causas y formas de desvinculación por ambas partes.».

²⁷² El requisito de la formalización por escrito ya se encontraba en la Ley Andalucía 7/2001 –art. 16– y también se prevé en la Ley estatal 45/2015 –art. 12.3–.

4/2018, que también supone un momento de control por parte de la entidad de voluntariado, pues junto al mismo debe acompañarse, cuando proceda, la certificación negativa del Registro Central de Delincuentes Sexuales y de declaración responsable que ya se ha expuesto en el epígrafe *Límites para el desarrollo de la acción voluntaria*.

En cuanto a la modificación del acuerdo o de algunos de los apartados o cláusulas que lo pudieran integrar, se podrá realizar a iniciativa de cualquiera de las partes, de mutuo acuerdo, pudiendo efectuarse tal modificación incluso de forma telemática, siempre que se deje constancia de ello –art. 15.4–²⁷³.

7. LA ACTIVIDAD DEL VOLUNTARIADO: EL ESTATUTO DEL VOLUNTARIO

El desarrollo de la actividad del voluntario se rige por una serie de derechos y deberes que conforman su estatuto y que a su vez tienen manifestaciones en los derechos y deberes de las propias entidades de voluntariado, pero también en el régimen o estatuto de las personas destinatarias de la acción voluntaria. De este modo, se regulan cuestiones relevantes en el desarrollo de la acción voluntaria como son la seguridad, la formación, los recursos, los gastos, los riesgos, la información, la participación, el reconocimiento de la actividad o la protección de datos de carácter personal.

Así, a los efectos meramente expositivos, los derechos y deberes de los voluntarios se pueden agrupar, al margen de por otros muchos criterios, por el de naturaleza temporal que permite clasificarlos en virtud del momento en el que se manifiestan.

| | DERECHOS | DEBERES |
|--------------|--|---|
| ANTES | Ser tratadas sin discriminación o menoscabo de los derechos fundamentales. | |
| | Al respeto a su libertad, dignidad, intimidad, creencias y orientación sexual. | |
| | Información. | |
| | Elegir libremente el programa. | Seguir las indicaciones técnicas de los responsables. Actuar de forma diligente, responsable y solidaria. Cumplir con los compromisos adquiridos. |

²⁷³ Nada preveía la Ley Andalucía 7/2001 sobre la modificación del, por entonces, denominado compromiso de incorporación, aunque resulta evidente que el régimen era el mismo que el actual.

| | DERECHOS | DEBERES |
|----------------|---|---|
| DURANTE | Ser tratadas sin discriminación o menoscabo de los derechos fundamentales. | |
| | Al respeto a su libertad, dignidad, intimidad, creencias y orientación sexual. | |
| | Realizar la actividad en condiciones de accesibilidad. | |
| | Información. | Deber de confidencialidad. |
| | Reembolso de los gastos. | Rechazar cualquier contraprestación. |
| | Formación. | Participar en las actividades formativas. |
| | Acreditación identificativa. | Utilizar debidamente las distinciones. |
| | Obtener el respeto y reconocimiento del valor social de su contribución. | |
| | Protección de sus datos de carácter personal. | Cumplir las normas de protección de datos de carácter personal. |
| | Recursos materiales. | Respetar los materiales. |
| | Desarrollar la actividad en condiciones de seguridad y salud. | Cumplir las medidas de seguridad y salud. |
| | Aseguración. | |
| | Cesar de la condición de voluntaria. | Notificar la renuncia con suficiente antelación. |
| DESPUÉS | Acreditación de la actividad y reconocimiento de las competencias por parte de la entidad de voluntariado. Protección de los datos de carácter personal. | |

7.1. Información

La información²⁷⁴ es un elemento esencial en el desarrollo de la acción voluntaria. Un derecho que se extiende a todos los momentos en los que se lleve a cabo la actividad, incluso con carácter previo o posterior a la participación en el programa por parte del voluntario y que debe constituir una premisa esencial.

De esta manera, el artículo 13.j) reconoce el derecho de los voluntarios «A obtener de la entidad de voluntariado en la que colaboran información sobre la misión, finalidad y funcionamiento de la entidad, sobre el sentido y desarrollo de la acción voluntaria y sobre el papel e itinerario que tienen dentro de la entidad, así como a disponer de información sobre las actividades, los medios y el apoyo para su correcto cumplimiento». Pero igualmente el artículo 13.i) declara que las personas voluntarias tendrán derecho «A recibir previamente al desarrollo de la actividad encomendada la información básica necesaria para su realización, así como el apoyo adecuado durante la realización de la actividad voluntaria»²⁷⁵. Un derecho que se corresponde igualmente con un deber de confidencialidad respecto de la información recibida y conocida en el desarrollo de su acción voluntaria –art. 14.b)–.

Una información que debe efectuarse en un formato adecuado que permita la comprensión por parte de las personas destinatarias, conforme a sus capacidades y circunstancias personales siguiendo, como mantiene el artículo 11.3 de la Ley Andalucía 4/2018, «las pautas marcadas por los principios de accesibilidad universal y diseño para todos, de manera que les resulten accesibles y comprensibles».

7.2. Formación

Un elemento esencial para el desarrollo de la actividad de los voluntarios es la formación. Una formación que debe permitir a los mismos desarrollar su labor con la calidad y requerimientos que se establezcan en cada programa, proporcionando los conocimientos teóricos y prácticos precisos y que debe estar «adaptada a las condiciones personales para el correcto desarrollo de las actividades que se les asignen» –art. 13.d)–.

²⁷⁴ Este derecho se extiende a las personas destinatarias cuando se establece que las mismas tendrán el derecho «A recibir información, formación y orientación suficiente y comprensible de acuerdo con sus condiciones personales, tanto al inicio como durante su ejecución, sobre las características de los programas de los que se beneficien o sean personas destinatarias, así como a colaborar en su evaluación.» –art. 10.1.c)–.

²⁷⁵ Resulta necesario apuntar que, entre las obligaciones de las entidades de voluntariado, se halla la de «Establecer sistemas internos de información y orientación adecuados sobre los fines, el régimen de funcionamiento de la entidad de acción voluntaria, la realización de las tareas que sean encomendadas a las personas voluntarias y la delimitación de dichas tareas con las funciones propias del personal de estructura asalariado.»–17.2.f)–.

Así, la Ley Andalucía 4/2018 contempla el derecho de los voluntarios a recibir, siempre a cargo de la entidad de voluntariado en la que desarrollen la actividad²⁷⁶, una formación básica, común a todos los programas de voluntariado de la entidad en cuestión y que, entre otras muchas cuestiones, debería incorporar la relativa al régimen jurídico de los voluntarios y una formación específica²⁷⁷. Un derecho que se corresponde a su vez con el deber que tienen los voluntarios de «participar en las tareas formativas previstas por la entidad de voluntariado para las actividades y funciones confiadas, así como en las que con carácter permanente se precisen para mantener la calidad de los servicios que se presten» –art. 14.j)–.

La Ley que nos ocupa obliga a todas las entidades a disponer de un plan de formación o de un itinerario formativo que les garantice el correcto desarrollo de sus actividades –art. 17.2.g)–.

Un programa formativo que, recordemos, forma parte del contenido mínimo de todo programa de voluntariado, al margen de otros muchos aspectos, el «número de personas voluntarias necesarias, el perfil adecuado para los cometidos que vayan a desarrollar y la cualificación o formación exigible.» –art. 8.3.g)–. Todo ello sin olvidar que, igualmente, forma parte del contenido mínimo de todo acuerdo de incorporación «la formación que se requiera para el cumplimiento de las funciones que tengan asignadas las personas voluntarias y, en su caso, el itinerario formativo que deba seguirse para obtenerla» –art. 15.2.e)–. Una formación que debería recibirse antes de comenzar la labor cuando fuera imprescindible para el desarrollo de la misma y finalmente ser acreditada por la entidad de voluntariado –art. 17.2.g)–.

Las previsiones de la Ley van más allá y como manifestación del principio de accesibilidad a la acción voluntaria que se exige a las entidades de voluntariado éstas deberán garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y a la accesibilidad universal de las personas voluntarias mayores, con discapacidad o en situación de dependencia, o cualquier otro colectivo con necesidades especiales, de manera que puedan ejercer, en igualdad de condiciones respecto del resto de las personas voluntarias, los derechos y deberes que les correspondan de acuerdo con esta ley, erradicando cualquier posible forma de discriminación.

En estos casos, la formación, al margen del consentimiento para su incorporación a la entidad de voluntariado, la información, y las actividades que se les encomienden, se deberán llevar a cabo en un formato adecuado y de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales, siguiendo las pautas marcadas por los principios de accesibilidad universal y diseño para todos, de manera que les resulten accesibles y comprensibles –art. 11.3–.

²⁷⁶ En este sentido, resulta muy interesante la Orden de 3 de abril de 2009, por la que se regula el reconocimiento y los requisitos de las Escuelas de Formación de Voluntariado Deportivo.

²⁷⁷ Un derecho que se manifiesta como deber en el caso de las entidades de voluntariado como se prevé en el art. 17.2.g) de la Ley Andalucía 4/2018.

Por último, la Ley Andalucía 4/2018 incluye, entre sus funciones, el fomento de la formación de las personas voluntarias, tanto por parte de las Administraciones públicas como por las entidades que desarrollen las actividades del voluntariado, en los respectivos sectores –art. 6.k)–. Una acción de fomento que se manifiesta, por una parte, en el artículo dedicado a las competencias de la Junta de Andalucía, cuando prevé «el apoyo a las entidades de voluntariado en su labor de formación de las personas voluntarias para conseguir que sea regular, de calidad y acorde con sus condiciones personales» –art. 20.1.f)–. Y, por otra parte, en el artículo 21.d) cuando atribuye a las entidades locales la obligación de facilitar a las entidades y personas los mecanismos de asistencia técnica, formación e información, así como establecer las medidas de fomento que, de acuerdo con lo previsto en esta Ley, consideren adecuadas.

7.3. Cobertura por los riesgos que se puedan derivar del desarrollo de la acción voluntaria

Las personas voluntarias en el desarrollo de su actividad pueden sufrir daños en sentido amplio, pero también los pueden causar. En consecuencia, la Ley Andalucía 4/2018 reconoce, entre sus derechos, el de estar asegurados con una póliza adecuada a las características y circunstancias de la actividad desarrollada que les cubra los riesgos de accidentes y de enfermedad²⁷⁸, pero también la de responsabilidad civil por los daños y perjuicios ocasionados a terceros, derivados directamente de la actividad voluntaria –art. 13.h)–²⁷⁹. Una póliza que corresponderá suscribir a la entidad en cuyo seno desarrolle la persona la acción voluntaria y que se configure como un deber de la misma –art. 17.2.d)–.

La Ley, consciente de la importancia de la cuestión, se preocupa de garantizar el cumplimiento de esta obligación por parte de las entidades de voluntariado al incluir dentro del contenido mínimo del acuerdo de incorporación el relativo a la información sobre el seguro que los cubrirá –art. 14.1.g)– y con la obligación de informarles sobre este aspecto recogido en el cuadro de deberes de las mismas –art. 15.2.g)–. Unas obligaciones que deberían

²⁷⁸ En este sentido véase el Decreto 3/2007, de 9 de enero, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro General de Entidades de Voluntariado de Andalucía y el seguro de las personas voluntarias, que en su artículo 18 exige a las entidades de voluntariado la «suscripción de una póliza de seguro que les garantice la cobertura de asistencia sanitaria, riesgo de enfermedad, muerte e invalidez por accidentes derivados directamente del ejercicio de la actividad voluntaria organizada por la entidad».

²⁷⁹ Así, el artículo 17.3. de la Ley Andalucía 4/2018 prevé que «Las entidades de voluntariado responderán frente a terceros por los daños y perjuicios causados por las personas voluntarias que participen en sus programas, como consecuencia de la realización de actuaciones de voluntariado, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil y demás normativa de aplicación, debiendo suscribir a tal efecto una póliza de seguro que cubra la responsabilidad civil, que será obligatoria cuando lo exija la normativa sectorial.». En este sentido, la Ley estatal 45/2015 es más laxa, y al margen de establecer la correspondiente póliza de seguro permite alternativamente «otra garantía financiera que cubra la responsabilidad civil», y parece que esta cobertura por la hipotética responsabilidad civil no será obligatoria para las entidades de voluntariado, salvo que así lo requiera la normativa sectorial –art. 14.3–.

perfeccionarse con una copia de las coberturas y de la propia póliza, hecho que daría seguridad jurídica a los voluntarios y evitaría picaresca sobre el particular.

Con todo, nada se prevé ante el incumplimiento por parte de la entidad de voluntariado de la obligación de contratar un seguro que cubra la actividad desarrollada por los voluntarios. De esta manera, sería oportuno articular un régimen sancionador que estableciera las correspondientes consecuencias por el citado incumplimiento²⁸⁰.

7.4. Acreditación identificativa

El ejercicio de la actividad por parte del voluntario requiere, tanto frente a terceros como frente a los destinatarios de la acción voluntaria, la existencia de un distintivo que permita acreditar su condición²⁸¹. La Ley Andalucía 4/2018 establece el derecho de aquéllos a disponer de una acreditación identificativa en la que conste, además, la entidad de voluntariado en la que participa –art. 13.k)–, junto el deber de utilizarlas debidamente –art. 14.g)–. Sin embargo, la acreditación identificativa que se reconoce como derecho, como se ha expuesto, exige para hacerse efectiva que los voluntarios la soliciten pues la obligación de las entidades de voluntariado se concreta en la de facilitar a las personas voluntarias que lo requieran la citada acreditación –art. 17.2.i)–. Una precisión que no parece razonable –no lo exige ni la Ley estatal 45/2015 ni lo contemplaba la Ley Andalucía 7/2001²⁸²–, pues lo normal sería que una vez que se firme el acuerdo de incorporación, la entidad de voluntariado diese al voluntario su acreditación como tal.

La acreditación está regulada por la Orden de 18 de febrero de 2009, por la que se aprueba el modelo de carné de persona voluntaria en Andalucía, disposición que establece que la citada acreditación tendrá forma de carné y será editado por la Consejería competente en materia de voluntariado y distribuida por ésta a las entidades de voluntariado.

Unos carnés que tendrán la vigencia establecida en el compromiso de incorporación, ahora acuerdo de incorporación –art. 3.2–.

7.5. Recursos materiales

La persona voluntaria tiene el derecho a disponer de los recursos materiales para la realización de la actividad de voluntariado. Unos recursos materiales que la Ley Andalucía 4/2018 establece que serán los que se consideren imprescindibles, una precisión o acla-

²⁸⁰ Véase la reflexión sobre la necesidad de un régimen sancionador en el Dictamen del Consejo Consultivo núm. 286/2017, de 16 de mayo de 2017, p. 31.

²⁸¹ Así lo señala expresamente el artículo 3.3 de la Orden de 18 de febrero de 2009, por la que se aprueba el modelo de carné de persona voluntaria en Andalucía.

²⁸² Véanse, respectivamente, los artículos 14.2.j) y 15.f).

ración que resulta desacertada, pues determina unos recursos materiales de mínimos²⁸³. En este sentido, la Ley Andalucía 7/2001, cuyo ejemplo sigue la Ley estatal 45/2015, tenía una regulación más acertada cuando preveía que los voluntarios tenían el derecho a recibir los medios materiales para el ejercicio de las funciones que se les encomienden o asignen –arts. 11.a) y 10.1.b) respectivamente–.

Un derecho que se corresponde con el deber que tienen los voluntarios de respetar y cuidar los materiales que pongan a disposición de los mismos las entidades de voluntariado para la ejecución del programa al que se hallen asignados –art. 14.h)–.

7.6. Reembolso de los gastos

La acción voluntaria y el propio concepto de voluntariado tienen como una de sus líneas o principios que la misma se desarrolle o se lleve a cabo sin contraprestación con independencia de su naturaleza, material o económica²⁸⁴.

Esta circunstancia no es óbice para que la persona voluntaria perciba o le sean reintegrados los gastos que le pudiera ocasionar el desarrollo de la actividad en la medida que la gratuidad en la prestación de la actividad no se debe traducir en un coste para las personas voluntarias.

Así, entre los derechos de las personas voluntarias se encuentra el relativo a que les sean reembolsados los gastos que pudieran derivarse del desempeño de sus actividades –art. 13.h)–. Este derecho se traduce a su vez en el deber de las entidades de voluntariado de cubrir aquéllos –art. 17.2.e)–.

En este sentido, la Ley al margen de contemplar el derecho/deber de reembolso regula esta cuestión con cierto detenimiento pues, en primer lugar, exige como contenido mínimo de los programas de voluntariado, la definición de los gastos a reembolsar a las personas voluntarias y procedimiento para calcularlos –art. 8.3.k)–. Y, en segundo lugar, se requiere que en el contenido mínimo de los acuerdos de incorporación se incluya «El régimen de gastos reembolsables que han de abonarse a las personas voluntarias, de conformidad con la actividad de voluntariado a desarrollar y el programa al que estén adscritas» –art. 15.2.d)–.

Por tanto, partiendo de la premisa del derecho al reembolso de los gastos que origine para el voluntario el desarrollo de su actividad, los mismos deben ser configurados con arreglo a un programa concreto y recogerse en el acuerdo de incorporación, constituyendo los mismos un límite para la entidad de voluntariado y un elemento de publicidad para el voluntario que desde el comienzo conoce el tipo de gastos que le podrán ser reembolsados.

²⁸³ Cuando la Ley aborda el régimen de los deberes de las entidades de voluntariado prescinde del carácter de imprescindibles y dispone que aquéllas deberán dotar a las personas voluntarias de «los medios necesarios para el cumplimiento de sus cometidos».

²⁸⁴ Cfr. arts. 3.1.c) y 5.2.h).

Con todo, resulta interesante la previsión del citado artículo 13.h) cuando reconoce el derecho a que los gastos sean reembolsados, pero lo condiciona a que hayan sido previamente autorizados por la entidad de voluntariado, de acuerdo con el programa en el que estén adscritos y, en su caso, de lo pactado en el acuerdo de incorporación. Esta previsión, con un claro precedente en el artículo 11.e) de la Ley Andalucía 7/2001 y que no se haya en la Ley estatal 45/2015²⁸⁵, de autorización, por naturaleza previa al gasto y expresa, parece ir vinculada a los gastos previstos en el programa y en el acuerdo de incorporación pero si es así podría resultar difícilmente explicable que los voluntarios deban pedir autorización para un gasto previsto y al que tiene derecho al reembolso. Sin embargo, la razón de la previsión, que nos ocupa podría residir en el ejercicio de una fiscalización por parte de la entidad de voluntariado del tipo o modalidad de gasto. Pensemos en una previsión en el programa concreto y en un acuerdo de incorporación del reembolso de los gastos derivados del transporte. Resulta evidente el derecho del voluntario al reembolso, pero no de todo tipo o variedad de transporte (taxi, tren, vehículo particular...) y es ahí donde entiendo que se produce la autorización del gasto por parte de la entidad de voluntariado.

7.7. Acreditación y reconocimiento de la actividad desarrollada

La Ley Andalucía 7/2001 reconocía, por una parte, el derecho de los voluntarios a solicitar de las entidades en que colaboren la acreditación de los servicios prestados –art. 11.g) *in fine*– y, por otra parte, la obligación de las entidades de expedir a los voluntarios un certificado que acredite su participación en los programas de acción voluntaria en que hayan colaborado –art. 15.g)–. Un esquema que repite en parte la Ley Andalucía 4/2018 y que mejora sustancialmente aportando claridad y precisión a la cuestión cuando, en primer lugar, contempla el derecho «a solicitar y a obtener de las entidades en las que colaboren la acreditación de los servicios prestados». Pero junto a lo anterior también reconoce el derecho a que se les acredite a aquellos «las competencias, aptitudes y destrezas adquiridas como consecuencia del ejercicio de su labor de voluntario» –art. 14.m)–, sin perjuicio de la obligación que ya analizamos, de la necesaria acreditación de la formación que reciben al finalizar la misma –art. 17.2.g)–.

Junto con estas previsiones, la Ley Andalucía 4/2018 incorpora un nuevo precepto, bajo la rúbrica *Acreditación y reconocimiento de las actuaciones de voluntariado* –art. 30–²⁸⁶, que

²⁸⁵ Cfr. art. 10.1.f) Ley estatal 45/2015.

²⁸⁶ Durante la tramitación parlamentaria se presentaron dos enmiendas con idéntico contenido —núm. 67, del G.P. Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, y la núm. 99, del G.P. Podemos Andalucía, por la que se pretendía la adición de un punto tercero con el contenido siguiente: «Las experiencias de voluntariado realizadas fuera de las fronteras del Estado serán reconocidas a efectos de concurso de méritos y/o concurso-oposición como experiencia laboral, siempre y cuando se hubieran efectuado las mismas funciones o similares a las del puesto de trabajo a las que se opta y sean reconocidas tanto por instituciones del país donde se prestaron los servicios de voluntariado, como por la Administración pública andaluza», (BOPA núm. 592, de 7 de diciembre de 2017).

es una reproducción literal del artículo 24 de la Ley estatal 45/2015, y que fija o determina los aspectos más significativos de la acreditación y del reconocimiento, contempladas como dos cuestiones distintas. La acreditación plasma la actividad desarrollada y el reconocimiento contempla las competencias adquiridas.

Requisitos de la acreditación

| Organismo competente para la emisión | Entidad de voluntariado. |
|---|--|
| <i>Forma</i> | Certificación. |
| <i>Momento</i> | En el momento que lo solicite la persona voluntaria. En todo caso a la finalización del periodo voluntario. |
| <i>Contenido mínimo</i> | Datos personales. Datos identificativos de la entidad de voluntariado. Fecha de incorporación. Duración. Descripción de las tareas o funciones asumidas. Lugar donde se ha llevado a cabo la actividad. |

En relación al reconocimiento, la Ley Andalucía 4/2018 es mucho más parca y se limita a disponer que se «realizará de conformidad con la normativa general de reconocimiento de las competencias adquiridas por experiencia laboral o por vías no formales de formación.» –art. 29.2–. Esto es conforme al Real Decreto 1224/2009, de 17 de julio, de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral. Un Real Decreto que fija un procedimiento único, tanto para el ámbito educativo como para el laboral, para la evaluación y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación, previsto en el artículo 8.2 de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

Arias Careaga, S., Rincón Becerra, C. P., «El fomento y la promoción del voluntariado en las universidades españolas», en *Revista española del tercer sector*, núm. 34 (2016), pp. 39-63.

Arnanz Villalta, E., «Voluntariado y participación», en *Revista española del tercer sector*, núm. 18 (2011), pp. 75-95.

Ballesteros Alarcón, V., *Tendencias del voluntariado andaluz: Aproximación al voluntariado organizado en Andalucía*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2013.

Colozzi, I., «Un modelo organizativo para las organizaciones del voluntariado», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. Extra 1, 2001, pp. 103-116.

Dávila de León, M. C. y Díaz Morales, J. F., «Voluntariado y satisfacción vital», en *Psycho-social Intervention*, vol. 14, núm. 1 (2005), pp. 81-84.

Díe Olmos, L., «La formación del voluntariado», en *Documentación social*, pp. 167-184.

Fernández Ramos, S. y Pérez Monguió, J. M^a. *Vox populis: Consultas populares no referendarias y procesos participativos*, Thomson-Reuter-Aranzadi, 2019, pp. 263-268.

Fuentes Rey, P., «El voluntariado como agente de “la nueva solidaridad”», en *Cuadernos de trabajo social*, núm. 9 (1996), pp. 263-278.

García de Pablos, J. F., «El voluntariado deportivo», en *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 50 (2016), pp. 87-106.

García Fajardo, J. C., «Los jóvenes ante el voluntariado», en *Sociedad y utopía: Revista de ciencias sociales*, núm. 23 (2004), pp.149-162.

Iturriotz, I., «La formación del voluntariado», en *Revista de servicios sociales*, núm. 38 (2000).

Osorio García de Oteyza, M., *Voluntariado social*, Centro de Estudios Ramón Areces, 2003.
Sánchez Téllez, J., «Voluntariado Deportivo para la integración social», en *Proyecto Hombre: revista de la Asociación Proyecto Hombre*, núm. 85 (2014), pp. 28-31.

Pérez Monguió, J. M^a., «El voluntariado como forma de participación en las Universidades andaluzas», en *Buen gobierno y buena administración en las Universidades Públicas* (Dir. M^a Zambonino Pulito) 2020, pp. 287-323.

Seoane Osa, J. J. «Voluntariado deportivo en el Decreto 55/2004, de 17 de febrero, del Voluntariado Deportivo en Andalucía», en *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, núm. 12 (2004), pp. 521-524.

Torres López, M^a. A. «Régimen jurídico del voluntario en España: del voluntariado social al voluntariado para la sociedad», en *Actualidad administrativa*, núm. 19 (2000), pp. 613-627.

Capítulo V. LA LEY 9/2018, DE 8 DE OCTUBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 12/2007, DE 26 DE NOVIEMBRE, PARA LA PROMOCIÓN DE LA IGUALDAD DE GÉNERO EN ANDALUCÍA

María de los Ángeles Fernández Scagliusi

1. CONSIDERACIONES PREVIAS: ALGUNOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES PARA ENTENDER LA IGUALDAD DE GÉNERO

En Andalucía se han adoptado numerosas medidas para avanzar en materia de igualdad entre mujeres y hombres. Ciertamente, se ha producido un salto cualitativo, al consagrarse la igualdad de género y la prohibición de discriminación como fundamento y objetivo de la actuación de los poderes públicos autonómicos. Con esta finalidad, se aprobó la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía. Para avanzar en el desarrollo de la normativa de igualdad de género andaluza, esta última fue modificada por la Ley 9/2018, de 8 de octubre, por la que se modifica la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

La Ley 9/2018, cuya entrada en vigor se produjo el 16 de octubre de 2018²⁸⁷, introduce modificaciones en algunos de los preceptos de la Ley 12/2007, ampliando su contenido. La norma consta de un artículo único, con sesenta y un apartados, tres disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

²⁸⁷ La entrada en vigor de la Ley 9/2018 tuvo lugar el día 16 de octubre de 2018, al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía núm. 199, de 15 de octubre de 2018.

Para poder abordar esta nueva norma y los cambios que introduce, es necesario explicar previamente una serie de conceptos fundamentales en la materia.

Por “género” se entienden las construcciones socioculturales que diferencian y configuran los roles, las percepciones y los estatus de las mujeres y de los hombres en una sociedad. El género se refiere a los atributos y oportunidades sociales asociados con el hecho de ser hombre y mujer y las relaciones entre mujeres y hombres, niñas y niños. Estos atributos, oportunidades y relaciones se construyen socialmente y se aprenden a través de procesos de socialización. Son específicos del contexto y del tiempo y cambiantes. El género determina lo que se espera, se permite y se valora en una mujer o en un hombre en un contexto determinado. En la mayoría de las sociedades existen diferencias y desigualdades entre mujeres y hombres en cuanto a las responsabilidades asignadas, las actividades emprendidas, el acceso a los recursos y el control sobre ellos, así como las oportunidades de adopción de decisiones. El género es parte del contexto sociocultural más amplio y ejerce de principio estructurador de las sociedades humanas²⁸⁸. Otros criterios importantes para el análisis sociocultural incluyen la clase, la raza, el nivel de pobreza, el grupo étnico y la edad.

Por “igualdad de género” se entiende la existencia de una igualdad de oportunidades y de derechos entre las mujeres y los hombres en las esferas privada y pública que les brinde y garantice la posibilidad de realizar la vida que deseen. Actualmente, se reconoce a nivel internacional que la igualdad de género es una pieza clave del desarrollo sostenible²⁸⁹. La igualdad de género se refiere a la igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades de las mujeres y los hombres, las niñas y los niños. La igualdad no significa que las mujeres y los hombres sean lo mismo, sino que los derechos, las responsabilidades y las oportunidades no dependen del sexo con el que nacieron. La igualdad de género implica que se tengan en cuenta los intereses, las necesidades y las prioridades tanto de las mujeres como de los hombres, reconociéndose la diversidad de los diferentes grupos de mujeres y de hombres. La igualdad de género no es una cuestión de la mujer, sino que debe preocupar y comprometer plenamente tanto a los hombres como a las mujeres. La igualdad entre mujeres y hombres se considera tanto una cuestión de derechos humanos como una condición previa e indicador de un desarrollo sostenible centrado en las personas²⁹⁰.

²⁸⁸ PÉREZ VILLALOBOS, M.C. y ROMO AVILÉS, N., «Igualdad y género. Conceptos básicos para su aplicación en el ámbito de la seguridad y defensa», *Cuadernos de Estrategia*, núm. 157, 2012 (ejemplar dedicado a *El papel de la mujer y el género en los conflictos*), p. 21.

²⁸⁹ *Gente resiliente en un planeta resiliente, Informe del Grupo de alto nivel del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la sostenibilidad mundial*, 2012, p.6, indica que cualquier cambio serio hacia el desarrollo sostenible requiere la equidad de género. La inteligencia y la capacidad colectivas de la mitad de la humanidad es un recurso que debemos nutrir y desarrollar, por el bien de todas las generaciones futuras.

²⁹⁰ Oficina del Asesor Especial en cuestiones de género de las Naciones Unidas, *Gender Mainstreaming, an overview*, Nueva York, 2002.

2. EL DERECHO COMO HERRAMIENTA AL SERVICIO DE LA IGUALDAD DE GÉNERO

La cláusula del Estado social y democrático de Derecho proporciona el marco idóneo para que el Derecho sea una herramienta útil al servicio de la igualdad de género, en tanto que necesaria para la plena participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural.

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 protección²⁹¹.

Uno de los objetivos principales de un Estado social y democrático de Derecho es el fomento de la igualdad²⁹², que debe ser alcanzada por medio de la actuación de los poderes públicos, los cuales fijarán objetivos específicos para lograrla mediante las denominadas medidas de acción positiva. Éstas son definidas como el conjunto de medidas legislativas, económicas o de cualquier naturaleza, que de manera temporal ponen los poderes públicos a disposición de la sociedad y que están encaminadas a conseguir la igualdad de trato y de oportunidades existente entre hombres y mujeres²⁹³.

Efectivamente, el Derecho es el instrumento idóneo para favorecer un nuevo modelo de sociedad y lograr la efectiva igualdad de mujeres y hombres. Desde esta perspectiva, el ordenamiento jurídico ha de desempeñar tres funciones fundamentales en relación con la consecución de la efectiva igualdad²⁹⁴:

²⁹¹ MORA RUIZ, M., «Capítulo VI. Servicios sociales e igualdad de género», en la obra colectiva coordinada por FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M., *El derecho de los servicios sociales en Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2012, p. 403.

²⁹² Como es consabido, el art. 14 CE establece que la población española es igual ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

²⁹³ GONZÁLEZ BUSTOS, M.Á., «El trato de la igualdad en el ordenamiento jurídico administrativo español: especial incidencia en la Comunidad Autónoma de Castilla y León», en la obra colectiva coordinada por GONZÁLEZ BUSTOS, M.Á., *La mujer ante el ordenamiento jurídico: soluciones a realidades de género*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 94.

²⁹⁴ PÉREZ DEL RÍO, M.T., «El impacto en el mundo del Derecho de la evolución del trabajo de las mujeres ¿Está todo hecho en el Derecho?», en la obra colectiva coordinada por DÍAZ NARBONA, I. y GAMERO BRUN, C., *El feminismo ante el Nuevo Milenio*, Monografías Universitarias de San Roque, Universidad de Cádiz, núm. 97, Cádiz, 1998, p.40.

- Una función preventiva de conductas discriminatorias, dirigida a los poderes públicos y a los sujetos particulares.
- Una función tutelar frente a situaciones de efectiva discriminación.
- Una función promocional, de forma que se superen los estadios de prohibición y sanción de conductas de discriminación, para pasar al fomento de la paridad y la efectiva remoción de obstáculos que impiden la efectiva igualdad de las mujeres en el ejercicio de los derechos.

Las políticas públicas de erradicación de la discriminación se adoptan tanto a nivel europeo²⁹⁵ como a nivel estatal, autonómico y local. En efecto, todos los poderes públicos en aplicación del art. 9.2 CE²⁹⁶ se han esforzado por dotarse de medios suficientes tendentes a lograr la consecución de la igualdad real y efectiva²⁹⁷. Esa facultad va dirigida especialmente al Poder Legislativo, el cual a través de las correspondientes disposiciones normativas ha puesto a disposición de las diferentes Administraciones públicas un conjunto de instrumentos como las medidas de acción positiva o la creación de diferentes organismos de apoyo y de fomento de la igualdad²⁹⁸.

²⁹⁵ El 12 de mayo de 2009 el Comité de Ministros del Consejo de Europa proclamó la llamada Declaración de Madrid con el título «Convirtiendo la igualdad de género en una realidad», en la que se manifiesta que la igualdad de género es parte integrante de los derechos humanos y un requisito fundamental de la democracia. En ella se reconoce que el estatus legal de las mujeres ha mejorado con el tiempo, pero pasados veinte años desde la Declaración sobre la igualdad de mujeres y hombres (Consejo de Europa, 1988), todavía es un reto para los Estados miembros salvar la distancia entre la igualdad legal y la real. Compartiendo este objetivo, la Comisión Europea ha impulsado un importante número de informes sobre la materia y ha elaborado su «Compromiso estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres 2016-2019», que contiene cinco áreas temáticas prioritarias, entre las que destacan: aumentar la participación de la mujer en el mercado laboral y promoción de la igual independencia económica de mujeres y hombres; reducir las disparidades entre sexos existentes en las retribuciones, los ingresos y las pensiones, para así combatir la pobreza entre las mujeres; promover la igualdad entre mujeres y hombres en la toma de decisiones, y promover la igualdad entre mujeres y hombres y los derechos de las mujeres en todo el mundo. Este compromiso estratégico de la Comisión está estrechamente ligado a la Estrategia Europa 2020.

²⁹⁶ El art. 9.2 CE señala: «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».

²⁹⁷ MORA RUIZ, M., «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: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 25, 2009, p. 31, explica que hay que señalar que la aplicación de la Constitución en materia de igualdad no ha estado exenta de problemas; antes al contrario, puede reconocerse una cierta evolución en la eficacia de los arts. 14 y 9.2 de la CE en lo que a la igualdad de género se refiere, a la que ha contribuido de manera definitiva el Tribunal Constitucional. Así, en el período constituyente, la Constitución no reflejó con acierto las exigencias de la igualdad de género, entre otras razones porque las aspiraciones de las mujeres en ese momento quedaron en cierto modo diluidas en las de los grandes grupos políticos, que sólo parcialmente fueron vehículo para que las mujeres hicieran valer sus intereses; es más, la familia es objeto de protección en la Carta Magna y sigue respondiendo al modelo patriarcal.

²⁹⁸ GONZÁLEZ BUSTOS, M.Á., «El trato de la igualdad en el ordenamiento jurídico administrativo español: especial incidencia en la Comunidad Autónoma de Castilla y León»..., *op. cit.*, p. 116 explica que a partir del conocimiento de la realidad social se han ido desarrollando actuaciones dirigidas a la eliminación de la discriminación.

El paso definitivo en lo que se refiere al papel del Derecho como motor esencial del cambio que debe producirse en la sociedad, es el que está ocurriendo en la actualidad, en la medida en que se están juridificando los elementos de las políticas públicas de igualdad, incluso en el más alto nivel normativo²⁹⁹. Piénsese, en este sentido, en cómo las Comunidades Autónomas, en la última oleada de reforma de sus Estatutos, han incluido las exigencias de la igualdad de género entre sus contenidos fundamentales, no sólo como principio o valor del ordenamiento jurídico, sino, también, en cada una de las competencias que estos Estatutos les confieren, haciendo de esta igualdad un componente de todas sus actuaciones, rasero de validez de las mismas, en los términos que exige el principio de transversalidad de la igualdad de género³⁰⁰.

Junto a ello, las numerosas Leyes de igualdad aprobadas por las Comunidades Autónomas, así como las Leyes autonómicas de lucha contra la violencia de género y las Leyes Orgánicas 3/2007, de 22 de marzo, para la efectiva igualdad de mujeres y hombres y 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, configuran todo un cuerpo normativo que, pese a las críticas que pueda recibir por su efectivo grado de aplicación, tienen el mérito de constituir el marco jurídico de referencia para que desde el orden establecido, en línea con las premisas del llamado feminismo de la igualdad, pueda llegarse a una efectiva igualdad de mujeres y hombres en la titularidad y disfrute de derechos.

3. EL MARCO COMPETENCIAL

En virtud del art. 73 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de políticas de género que, respetando lo establecido por el Estado en el ejercicio de la competencia que le atribuye el art. 149.1.1.^ª CE, incluye, en todo caso: a) la promoción de la igualdad de hombres y mujeres en todos los ámbitos sociales, laborales, económicos o representativos; b) 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 sexo, y c) la promoción del asociacionismo de mujeres.

Por otra parte, el art. 10.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía afirma que la Comunidad Autónoma propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la democracia paritaria y la plena incorporación de aquella en la vida social, superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica, política o social. Asimismo-

²⁹⁹ MORA RUIZ, M., «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. 32.

³⁰⁰ BALAGUER, M.L., *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género, Feminismos*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2005, pp. 101 y ss.

mo, el art. 15 determina que se garantiza la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos. Finalmente, el art. 38 establece que la prohibición de discriminación del art. 14 y los derechos reconocidos en el capítulo II vinculan a todos los 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.

De este modo, la Ley contiene -porque así puede hacerlo- medidas de promoción y de garantía de la igualdad de género de carácter transversal que encuentran habilitación competencial específica en el Estatuto de Autonomía, en materia de régimen estatutario del personal funcionario (art. 47.2.1.ª); agricultura, ganadería y pesca (art. 48); educación (art. 52); enseñanzas universitarias (art. 53); investigación, desarrollo e innovación tecnológica (art. 54); salud (art. 55); vivienda y urbanismo (art. 56); servicios sociales (art. 61); empleo (art. 63); transportes (art. 64); cultura (art. 68); medios de comunicación social (art. 69); deportes (art. 72) y asociaciones, colegios profesionales y corporaciones de Derecho público (art. 79).

4. CAMBIOS INTRODUCIDOS POR LA LEY 9/2018

4.1. Políticas públicas para la promoción de la igualdad de género

El Título I de la Ley 12/2007 aborda las políticas públicas para la «*promoción de la igualdad de género*», indicando que los poderes públicos deben potenciar que la igualdad de género esté presente en el ámbito legislativo y ejecutivo, de forma que informe la elaboración, ejecución y seguimiento de las disposiciones normativas, así como la política en sus distintos campos de actuación. Con ello, se deben considerar las prioridades y necesidades de mujeres y hombres, su incidencia en la concreta situación de unos y otros, para así adaptarlas con objeto de eliminar todo posible efecto discriminatorio. Esta transversalidad de género contemplada en el art. 5 de la Ley y que supone integrar la perspectiva de género en el ejercicio de las distintas políticas y acciones públicas es un principio clave para lograr la pretendida igualdad³⁰¹.

4.1.1. Evaluación de impacto de género

Como dispone el art. 5 de la Ley 12/2007, los poderes públicos de Andalucía han de incorporar la evaluación del impacto de género en el desarrollo de sus competencias, para garantizar la integración del principio de igualdad entre mujeres y hombres.

³⁰¹ El Estatuto de Autonomía ha plasmado la transversalidad de género mediante la incorporación de la igualdad en distintos niveles normativos, recurriendo, en algunos preceptos a derechos estatutarios específicos para las mujeres; 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 estableciendo la competencia autonómica sobre la igualdad de género.

Con esta finalidad, todos los proyectos de ley, disposiciones reglamentarias y planes que apruebe el Consejo de Gobierno tienen que incorporar, de forma efectiva, el objetivo de la igualdad por razón de género. 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.

Con el objetivo de que la evaluación de impacto de género sea una técnica operativa, se detalla el contenido del informe y su finalidad, de forma que éste irá acompañado de indicadores pertinentes en género³⁰², mecanismos y medidas dirigidas a paliar y neutralizar los posibles impactos negativos que se detecten sobre las mujeres y los hombres, así como a reducir o eliminar las diferencias encontradas, promoviendo de esta forma la igualdad entre los sexos.

4.1.2. Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres

En materia de planificación estratégica, el art. 7 de la Ley 12/2007 prevé que el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, con la participación de las Entidades Locales, formule y apruebe, con una periodicidad que no sea inferior a cuatro años³⁰³, un Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía, a propuesta de la Consejería competente en materia de igualdad. En él se han de incluir las líneas de intervención y directrices que orienten las actividades de los poderes públicos en Andalucía en materia de igualdad entre mujeres y hombres, con el objeto de promover la democracia paritaria y la plena incorporación de las mujeres, a fin de superar cualquier discriminación social, política, económica o laboral, entre otras. Este Plan también incorpora entre sus líneas directrices una estrategia de apoyo a las mujeres del ámbito rural.

El acuerdo del Consejo de Gobierno de 19 de enero de 2010 aprobó el I Plan Estratégico para la igualdad de mujeres y hombres de Andalucía, 2010-2013³⁰⁴, herramienta que aborda los compromisos políticos que le animan así como la metodología que se va a aplicar dirigida a la consecución de un logro de interés global: la igualdad de género, identificando para ello las áreas de intervención, los objetivos a conseguir en cada una de ellas, las acciones a desarrollar para su consecución, los plazos en los que se debe cumplimentar el compromiso de acción, la identificación de las estructuras implicadas y la metodología de gestión a aplicar.

³⁰² Los indicadores de género tienen la función especial de señalar los cambios sociales en términos de relaciones de género a lo largo del tiempo. Su utilidad se centra en señalar los cambios en el estatus y rol de las mujeres y de los hombres en distintos momentos del tiempo y, por lo tanto, medir si la igualdad de oportunidades está siendo alcanzada a través de las acciones planificadas.

³⁰³ El I Plan Estratégico para la igualdad de mujeres y hombres de Andalucía propone una vigencia cuatrianual, a partir del año siguiente a la entrada en vigor de la Ley 12/2007.

³⁰⁴ Disponible en la dirección: [https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/PLAN_IMHA\(1\).pdf](https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/PLAN_IMHA(1).pdf)

El 5 de junio de 2018 el Consejo de Gobierno aprobó la formulación del II Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía. Este II Plan tenía como finalidad identificar las líneas estratégicas prioritarias de intervención y marcar las directrices para alcanzar el objetivo de la igualdad entre mujeres y hombres en Andalucía. Sin embargo, el art. 7 de la Ley 12/2007 fue modificado cuatro meses después y se hizo necesario un nuevo acuerdo de formulación del Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía con una vigencia de siete años³⁰⁵, quedando sin efecto el anterior.

Este nuevo acuerdo del Consejo de Gobierno tuvo lugar el 26 de junio de 2019, por el que se aprueba la formulación del Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía 2020-2026. El mismo tiene como finalidad establecer, con la participación de todas las partes interesadas, las directrices, los objetivos estratégicos y las líneas básicas de intervención que orientarán las actividades de los poderes públicos en Andalucía, en materia de igualdad entre mujeres y hombres, con el fin último de alcanzar la democracia paritaria y la plena incorporación de las mujeres en orden a superar cualquier discriminación social, política, económica o laboral. Este Plan afecta a todas las Consejerías, a sus entidades instrumentales, a las universidades públicas andaluzas, así como a las Entidades Locales que deberán desarrollar sus propios planes específicos de Igualdad en función de las directrices que marcará el Plan Estratégico.

En este contexto, cabe señalar que tras la modificación efectuada por la Ley 9/2018, se definen los planes de actuación de cada una de las consejerías en la materia. En este sentido, el apartado segundo del art. 7 afirma que *«en desarrollo de las líneas de intervención y directrices del Plan Estratégico previsto en el apartado 1, cada Consejería de la Administración de la Junta de Andalucía elaborará y aprobará sus propios planes de igualdad, de ámbito específico, que contemplarán las medidas y el presupuesto en materia de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito de sus competencias, que serán evaluados anualmente para incluir las medidas correctoras oportunas»*.

Por otro lado, se extiende el ámbito de la planificación a las Entidades Locales de Andalucía, tal y como contempla el art. 7.3 *«Las Entidades Locales de Andalucía aprobarán sus propios planes de igualdad, en el marco definido por el Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres de Andalucía, y adoptarán las medidas y el presupuesto necesario para garantizar su cumplimiento. Asimismo, se promoverá la existencia de un servicio especializado de igualdad de género en el ámbito municipal, considerando como tales los centros municipales de información a la mujer»*.

El Instituto Andaluz de la Mujer asesorará a las consejerías y a las entidades locales que así lo soliciten en el proceso de elaboración de los planes, en lo relativo a la adecuación de sus contenidos a las líneas y directrices previstas en el Plan Estratégico para la Igualdad de Mujeres y Hombres de Andalucía.

³⁰⁵ El ámbito temporal del Plan comprenderá siete anualidades 2020-2026. El Consejo de Gobierno, a propuesta de la Consejería competente en materia de igualdad, podrá acordar su prórroga por un período no superior a 2 años.

4.1.3. Enfoque de género en el presupuesto

El Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía es un elemento activo en la consecución de forma efectiva del objetivo de la igualdad entre mujeres y hombres. A tal fin, la Comisión de Impacto de Género en los Presupuestos, dependiente de la Consejería con competencias en la materia, con participación del Instituto Andaluz de la Mujer, emitirá el informe de evaluación de impacto de género sobre el anteproyecto de Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de cada ejercicio (art. 8.1 de la Ley 12/2007).

Asimismo, la Comisión de Impacto de Género en los Presupuestos impulsará y fomentará la preparación de anteproyectos con perspectiva de género de los estados de ingresos y de gastos en las diversas Consejerías y, cuando proceda, de recursos y dotaciones de las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía. Además, -señala como novedad la Ley 9/2018- promoverá la realización de auditorías de género en las Consejerías y entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía e impulsará la aplicación de la perspectiva del enfoque de género en el plan de auditorías de cada ejercicio.

Por último, otro cambio que se introduce por la Ley 9/2018 es la incorporación, por parte de la Cámara de Cuentas de Andalucía, del informe sobre la Cuenta General de la Comunidad Autónoma la fiscalización del cumplimiento de la perspectiva de género en el presupuesto de la Junta de Andalucía.

4.1.4. Lenguaje no sexista e imagen pública

El art. 9 de la Ley 12/2007 aborda el lenguaje no sexista y la imagen pública; cuestión en la que se han añadido varias precisiones por parte de la Ley 9/2018³⁰⁶. El mismo pretende que las Administraciones públicas garanticen un uso no sexista del lenguaje y un tratamiento igualitario en los contenidos e imágenes que utilicen en el desarrollo de sus políticas, en todos los documentos, titulaciones académicas y soportes que produzcan directamente o bien a través de personas o entidades. Todas las publicaciones y emisiones en las que la Junta de Andalucía participe han de garantizar un tratamiento inclusivo y no discriminatorio de las mujeres.

Por ello, las entidades instrumentales de las Administraciones públicas de Andalucía, así como las corporaciones de Derecho público de Andalucía, adaptarán su denominación oficial a un lenguaje no sexista, en el marco de sus respectivas normas reguladoras, y garantizarán un tratamiento igualitario en los contenidos e imágenes que utilicen en el desarrollo de sus actividades y en todos los documentos y soportes que produzcan directamente o bien a través de personas o entidades.

³⁰⁶ La regulación anterior sólo indicaba: «La Administración de la Junta de Andalucía garantizará un uso no sexista del lenguaje y un tratamiento igualitario en los contenidos e imágenes que utilicen en el desarrollo de sus políticas».

Asimismo, la Administración de la Junta de Andalucía promoverá que los colegios profesionales y las corporaciones de Derecho público hagan un uso no sexista del lenguaje y un tratamiento igualitario en los contenidos e imágenes que utilicen.

4.1.5. Estadísticas e investigaciones con perspectiva de género

El art. 10 de la Ley 12/2007 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:

- a) Incluir sistemáticamente la variable sexo en las estadísticas, encuestas y recogida de datos que realicen.
- b) Incorporar indicadores de género en las operaciones estadísticas que posibiliten un mejor conocimiento de las diferencias en los valores, roles, situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres, y su manifestación e interacción en la realidad que se vaya a analizar.
- c) Analizar los resultados desde la dimensión de género.
- d) Analizar y cuantificar el valor de los cuidados. Esta última función fue incorporada al art. 7 por la Ley 9/2018, pues la regulación anterior no contemplaba nada al respecto.

Asimismo, realizarán análisis e investigaciones sobre la situación de desigualdad por razón de sexo y difundirán sus resultados. Especialmente, contemplarán la situación y necesidades de las mujeres en el medio rural y pesquero, y de aquellos colectivos de mujeres sobre los que influyen diversos factores de discriminación.

Como novedad, la Ley 9/2018 indica que el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía, como organismo coordinador de la ejecución de la actividad estadística y cartográfica de los órganos y entidades del Sistema Estadístico y Cartográfico de Andalucía, debe publicar anualmente un informe-síntesis, que recoja las principales estadísticas de Andalucía desde una perspectiva de género.

Los diferentes observatorios de la Administración de la Junta de Andalucía y otros órganos colegiados que tengan entre sus fines el análisis e investigación en su ámbito de competencias igualmente han de publicar un informe anual que recoja sus principales estadísticas desde una perspectiva de género.

4.1.6. Órganos directivos y colegiados

Los arts. 11 y 11 bis de la Ley 12/2007 se ocupan, respectivamente, de la representación equilibrada en los órganos directivos y colegiados y de la denominación de los colegios profesionales de Andalucía y las corporaciones de Derecho público.

En virtud del art. 11, se garantizará la representación equilibrada de hombres y mujeres en el nombramiento de titulares de órganos directivos de la Administración de la Junta de Andalucía cuya designación corresponda al Consejo de Gobierno. Asimismo, en la composición de los órganos colegiados de la Administración de la Junta de Andalucía debe respetarse la representación equilibrada de mujeres y hombres, incluyendo en el cómputo a aquellas personas que formen parte de los mismos en función del cargo específico que desempeñen³⁰⁷. Este mismo criterio de representación se observará en la modificación o renovación de dichos órganos. A tal efecto, cada organización, institución o entidad a la que corresponda la designación o propuesta facilitará la composición de género que permita la representación equilibrada.

Por último, el art. 11 contempla una regla que no contenía la regulación anterior, al afirmar que sin perjuicio de otras medidas que se consideren oportunas, las normas que regulen los jurados creados para la concesión de cualquier tipo de premio promovido o subvencionado por las Administraciones públicas de Andalucía establecerán las mismas reglas de representación equilibrada definidas para los órganos colegiados.

El art. 11 bis, incluido por la Ley 9/2018, aclara que los estatutos de los colegios profesionales de Andalucía deben establecer las medidas adecuadas para asegurar que en los órganos de dirección a los que se refiere el art. 32 de la Ley 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los Colegios Profesionales de Andalucía, así como en todos aquellos órganos colegiados que se deban constituir con carácter preceptivo, se garantice la representación equilibrada de mujeres y hombres. Asimismo, las corporaciones de Derecho público de Andalucía y las federaciones deportivas de Andalucía deben establecer las medidas adecuadas para que en sus órganos colegiados se garantice la representación equilibrada de mujeres y hombres.

Todas estas entidades deben adaptar su denominación a un uso no sexista del lenguaje.

4.1.7. Contratación pública

El art. 12 de la Ley 12/2007 afirma que la Administración de la Junta de Andalucía, a través de sus órganos de contratación, establecerá condiciones especiales en relación con la ejecución de los contratos que celebren, con el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres, especialmente en el ámbito laboral, siempre dentro del marco proporcionado por la normativa vigente. Debe observarse que tras la modificación efectuada por la Ley 9/2018 cambian los términos del artículo al indicarse que la Junta de Andalucía “establecerá” y no “podrá establecer” condiciones especiales, como se hacía con anterioridad.

³⁰⁷ Debe destacarse que la regulación anterior preveía expresamente lo contrario al indicar: «a) Del cómputo se excluirán aquellas personas que formen parte en función del cargo específico que desempeñen».

Los órganos de contratación de la Administración de la Junta de Andalucía señalarán, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, la preferencia de la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan la marca de excelencia o desarrollen medidas destinadas a lograr la igualdad de oportunidades, cuenten con protocolo de acoso sexual y por razón de sexo³⁰⁸, así como que las medidas de igualdad aplicadas permanezcan en el tiempo y mantengan la efectividad, de acuerdo con las condiciones que reglamentariamente se establezcan. Todo ello, sin perjuicio de lo establecido en las normas reguladoras de los contratos del sector público³⁰⁹.

4.1.8. Ayudas y subvenciones

El art. 13 de la Ley 12/2007 dispone que la Administración de la Junta de Andalucía incorporará a las bases reguladoras de las subvenciones públicas la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad de género por parte de las entidades solicitantes, salvo en aquellos casos en que, por la naturaleza de la subvención o de las entidades solicitantes, esté justificada su no incorporación.

Igualmente, no formalizará contratos ni subvencionará, bonificará o prestará ayudas públicas a aquellas personas físicas o jurídicas condenadas por alentar o tolerar prácticas laborales consideradas discriminatorias por la legislación vigente, durante un plazo de cinco años desde la fecha de la condena por sentencia firme. La regulación anterior a la reforma efectuada por la Ley 9/2018 no precisaba nada respecto al plazo y tampoco aclaraba que tampoco podrán acceder a ningún tipo de ayudas que conceda la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias aquellas personas físicas o jurídicas que, mediante resolución administrativa firme, sean objeto de las sanciones accesorias. A tal efecto, los solicitantes deberán presentar, junto con la solicitud de la ayuda, una declaración responsable del hecho de no haber sido objeto de sanciones administrativas firmes ni de sentencias firmes condenatorias, en los plazos establecidos en la presente ley.

La Administración de la Junta de Andalucía establecerá medidas concretas de vigilancia del cumplimiento del principio de igualdad en el ámbito laboral para aquellas personas físicas o jurídicas con las que contrate, que subvencione, bonifique o a las que preste ayudas públicas.

³⁰⁸ La alusión a los protocolos por acoso sexual y por razón de sexo no se incluía en la regulación anterior a la modificación. El art. 3 define qué se entiende por acoso sexual en el apartado 6 (situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico de índole sexual, con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo) y acoso por razón de sexo, en el apartado 7 (situación en que se produce un comportamiento relacionado con el sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo).

³⁰⁹ La regulación anterior a la modificación de la Ley 9/2018 hacía alusión al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

4.2. Medidas para promover la igualdad de género

El Título II de la Ley aborda las «Medidas para promover la igualdad de género». Concretamente, el Capítulo I trata la igualdad en la educación; el Capítulo II, la igualdad en el empleo; el Capítulo III, la conciliación de la vida laboral, familiar y personal; el Capítulo IV, las políticas de promoción y protección de la salud y de bienestar social; el Capítulo V, las políticas de promoción y atención a las mujeres; el Capítulo VI, Participación social, política y económica y el Capítulo VII, la imagen y los medios de comunicación.

4.2.1. La igualdad en la educación

Los arts. 14 a 21 de la Ley 12/2007 se centran en la igualdad en la educación, distinguiendo entre la enseñanza no universitaria (arts. 14 a 19) y la enseñanza universitaria (arts. 20 y 21).

En cuanto a la enseñanza no universitaria, debemos destacar como cambios más relevantes, en primer lugar, la profundización en los principios de una escuela coeducativa y en la corresponsabilidad, aportando herramientas para facilitar la integración de los objetivos coeducativos en el currículum escolar. Con este objetivo, se introduce el art. 15 bis que dispone que la Administración educativa andaluza integrará en el diseño y desarrollo curricular de todas las áreas y materias de las diferentes etapas educativas, de conformidad con la normativa en materia de educación, los siguientes objetivos coeducativos: desarrollo personal integral y en igualdad del alumnado; integración del saber de las mujeres y de su contribución social e histórica al desarrollo de la humanidad; análisis crítico del modelo de masculinidad hegemónica y la existencia de androcentrismo en la transmisión del conocimiento; incorporación de conocimientos necesarios bajo los principios de corresponsabilidad y el reparto igualitario de responsabilidades; capacitación del alumnado para que la elección de las opciones académicas y profesionales se realice libre de condicionamientos basados en el género y prevención de la violencia contra las mujeres.

En segundo lugar, para la revisión de los libros de texto y el resto de materiales curriculares se constituye, en el seno de la Administración educativa, una comisión de personas expertas para valorar su adecuación a estos principios. Por ello, se añade al art. 16 un apartado 3, en virtud del cual la Consejería competente en materia de educación creará una comisión de personas expertas en coeducación, en la que participará el Instituto Andaluz de la Mujer, para el seguimiento del lenguaje, de las imágenes y de los contenidos de los materiales curriculares y los libros de texto que se utilicen en el ámbito del sistema educativo de Andalucía. Esta comisión emitirá un informe anual, que remitirá para su conocimiento al Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres.

En la enseñanza universitaria, se reconocen las unidades de igualdad de género de las Universidades de Andalucía. El art. 20 cuenta ahora con un apartado 4º que señala expresamente: «Cada universidad pública de Andalucía se dotará, con estructura propia y suficiente, de una unidad de igualdad de género con el fin de impulsar, coordinar y evaluar

la implementación de la perspectiva de género en su ámbito de actuación. Asimismo, entre sus funciones estará el prevenir y responder ante los casos de acoso que se produzcan en el seno de la comunidad universitaria (PDI, PAS y estudiantado), garantizando la adecuada atención de las víctimas, la investigación necesaria para esclarecer las circunstancias de los hechos denunciados y la adopción de medidas cautelares que protejan a la víctima e impidan que el proceso de investigación se pueda ver afectado».

Asimismo, se añade el apartado 4 al art. 21, relativo a los proyectos de investigación, que prevé que el sistema universitario andaluz promoverá la creación de cátedras sobre estudios de género y violencia sexista en facultades, escuelas técnicas superiores y escuelas universitarias.

Finalmente, debe destacarse la inclusión de un nuevo artículo dedicado al papel de las mujeres en la ciencia y en I+D+i, con el fin de ayudar a superar los obstáculos que hoy todavía encuentran las mujeres en estos campos del conocimiento, incluyendo mecanismos que eviten el sesgo de género en todo el proceso de la investigación, el desarrollo tecnológico y la innovación, extendiendo estas medidas al ámbito de competencias del Sistema Andaluz del Conocimiento. A tal efecto, el art. 21 bis de la Ley 12/2007 afirma que las Administraciones públicas de Andalucía impulsarán la incorporación de la perspectiva de género como una dimensión transversal en la investigación, el desarrollo y la innovación, de manera que su relevancia sea considerada en todos los aspectos del proceso científico, y fomentarán la presencia paritaria de las mujeres en los eventos científicos, académicos e institucionales.

4.2.2. La igualdad en el empleo

Los arts. 22 a 35 de la Ley 12/2007 abordan la igualdad en el empleo, distinguiendo entre la igualdad laboral en el sector privado y en la Función Pública andaluza (sección primera, arts. 23 a 30) y la responsabilidad social y marca de excelencia (sección segunda, arts. 34 y 35).

En las políticas de empleo, debe destacarse la inclusión de un nuevo artículo dedicado a la cuestión de la brecha salarial entre mujeres y hombres en Andalucía. El art. 26 bis establece que la Administración de la Junta de Andalucía, en colaboración con los agentes económicos y sociales más representativos, desarrollará programas específicos dirigidos a la eliminación de la discriminación salarial por razón de género. Para ello, la Consejería competente en materia de empleo realizará anualmente estudios que permitan analizar las diferencias retributivas entre mujeres y hombres en las empresas y sectores de Andalucía, sus causas y su evolución en el tiempo, con el fin de diseñar políticas e incentivos que permitan erradicar estas situaciones. De los estudios se dará traslado, para su conocimiento, al Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres. Igualmente, adoptará acciones destinadas a promover una mayor diversificación profesional de mujeres y hombres, suprimir las desigualdades de género y eliminar la segregación por sexos en el mercado laboral. Asimismo, desarrollará las medidas necesarias para que los sectores feminizados sean revalorizados socialmente y tengan el mismo reconocimiento y las mismas condiciones laborales que los demás.

4.2.3. La conciliación de la vida laboral, familiar y personal

Los arts. 36 a 40 se refieren a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

Dentro de este capítulo se añade el art. 37 bis sobre los servicios públicos para la conciliación en el ámbito educativo y social, el cual señala que Administración de la Junta de Andalucía garantizará el desarrollo de medidas, en el ámbito de la escolarización en educación infantil, educación primaria y educación secundaria obligatoria, en los centros docentes públicos de su titularidad, orientadas a facilitar la conciliación de la vida laboral, familiar y personal en Andalucía. Por otro lado, la Administración de la Junta de Andalucía garantizará progresivamente la existencia de plazas escolares en el primer ciclo de la educación infantil para atender la demanda de las familias y promoverá el desarrollo de los servicios 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, para facilitar su autonomía, con el fin de garantizar el apoyo necesario para ellas, a la vez que se favorecen las condiciones para la conciliación de la vida personal y laboral de las personas del núcleo de convivencia familiar responsables del cuidado continuado de las personas en situación de dependencia.

4.2.4. Las políticas de promoción y protección de la salud y de bienestar social

Los arts. 41 a 49 de la Ley 12/2007 se refieren a las políticas de promoción y protección de la salud (impulsando las medidas necesarias para atender las necesidades de hombres y mujeres, en los ámbitos de promoción de salud y prevención de la enfermedad) y bienestar social (estableciendo medidas o programas específicos para las mujeres mayores, las mujeres con discapacidad, las mujeres inmigrantes, las mujeres con hijos e hijas a cargo, mujeres al frente de familias monoparentales, mujeres con problemas de adicciones y mujeres en riesgo de exclusión social o con especial vulnerabilidad).

Como novedad, se incorpora el art. 48 bis referido a las mujeres gitanas, el cual indica que los poderes públicos de Andalucía promoverán el desarrollo de actuaciones específicas dirigidas a las mujeres pertenecientes a la etnia gitana, desde una perspectiva de género y un enfoque interseccional, con el fin de neutralizar los factores de riesgo de exclusión y vulnerabilidad social, y para fomentar su plena participación en el ámbito educativo y laboral, promoción de la salud y protección contra la violencia de género, así como su activa participación en la vida política, económica, social y cultural.

En este sentido, también realizarán actuaciones que eviten el antigitanismo y promoverán, a través de la transversalidad en el diseño y desarrollo de políticas públicas, referentes alejados de una imagen estigmatizada y que propicien la visibilidad de las mujeres y niñas en un contexto igualitario, respetando la propia identidad y sus manifestaciones como un activo en positivo para ellas mismas y para toda la sociedad.

4.2.5. Las políticas de promoción y atención a las mujeres

Los arts. 50 a 52 bis abordan las políticas de promoción y atención a las mujeres. En este capítulo se regulan temas que hoy son importantes en nuestra sociedad, como son los relativos al deporte y mujer³¹⁰, cultura y mujer³¹¹ y cooperación al desarrollo³¹². En todas estas cuestiones se aplican los mismos principios de evitar la discriminación y el fomento de estereotipos sexistas vinculados a ésta y se introducen aspectos reguladores de la política de la Junta de Andalucía en estas materias que favorezcan la integración de la perspectiva de género y prevengán situaciones de discriminación.

Como novedad, se añade el art. 52 bis relativo a las mujeres jóvenes. En él se indica que las Administraciones públicas de Andalucía incorporarán la perspectiva de género en las políticas de juventud, promoviendo programas destinados a conocer y analizar la realidad de las mujeres jóvenes de forma integral. Asimismo, se precisan las actuaciones que desarrollará la Junta de Andalucía para este propósito³¹³.

³¹⁰ El art. 50 bis indica que los programas públicos de desarrollo y apoyo al deporte y la actividad deportiva incorporarán el principio de igualdad entre mujeres y hombres en su diseño y ejecución. Por ello, las Administraciones públicas de Andalucía, en su ámbito de competencias, promoverán y llevarán a cabo las acciones positivas necesarias para conseguir la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres en el ámbito del fomento de la actividad física y deportiva.

³¹¹ El art. 50 ter sostiene que las Administraciones públicas de Andalucía, en su ámbito de competencias, velarán por hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en lo relativo a la creación y producción artística y cultural y a la difusión de la misma.

³¹² El art. 50 quáter afirma que las políticas, planes y documentos de planificación estratégica, tanto sectorial como territorial, incluirán el principio de igualdad entre mujeres y hombres. La igualdad entre mujeres y hombres será una prioridad transversal y específica en los contenidos del Plan Andaluz de Cooperación para el Desarrollo, contemplando medidas concretas para su seguimiento y evaluación.

³¹³ Las actuaciones señaladas son: a) Promover la integración laboral de las mujeres jóvenes, desde la educación y diversificación de opciones profesionales en igualdad, detectando y eliminando situaciones de discriminación en el acceso al empleo y adoptando las medidas necesarias para la promoción en el empleo y contra la precariedad laboral. Asimismo, se impulsará el emprendimiento y autoempleo de las mismas.
b) Promover una educación sexual y afectiva adecuada, con principios de igualdad de género.
c) Incorporar medidas de prevención y detección contra la violencia de género en la juventud.
d) Difundir y promover las manifestaciones artísticas, culturales, científicas, técnicas y deportivas de las mujeres jóvenes.
e) Promover una imagen no discriminatoria, plural e igualitaria de las mujeres jóvenes en los medios de comunicación, en la publicidad y en la industria del ocio, en particular en los videojuegos.
f) Colaborar con los agentes económicos y sociales más representativos en la detección y eliminación de situaciones de discriminación en el acceso al empleo y la promoción en el empleo y en la lucha contra la precariedad laboral y por un empleo de calidad.
g) Promover la participación en el movimiento social y asociativo, especialmente en el movimiento asociativo de mujeres.

4.2.6. *La participación social, política y económica*

Los arts. 53 a 56 de la Ley 12/2007 se ocupan de la participación social, política y económica.

Las modificaciones en este capítulo se refieren, por un lado, al art. 54 sobre la participación social, donde se establece que la Administración de la Junta de Andalucía, a través del Instituto Andaluz de la Mujer, promoverá la participación de las entidades y asociaciones de carácter privado en la implantación de la igualdad entre mujeres y hombres, favoreciendo la participación de las mujeres en estas organizaciones. Además, la Administración de la Junta de Andalucía podrá celebrar convenios de colaboración, para la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres y la erradicación de la discriminación por razón de sexo, con los colegios profesionales y agentes económicos y sociales de Andalucía, siempre que cumplan las obligaciones en materia de igualdad establecidas en la presente ley.

Por otro, al art. 56 sobre la participación en ámbitos sociales, políticos y económicos, añade expresamente que, con el fin de promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y decisión en el ámbito social, político y económico, el otorgamiento de subvenciones puede estar condicionado a la adopción de medidas que posibiliten un incremento de la presencia de mujeres en los órganos de dirección.

4.2.7. *La imagen y los medios de comunicación*

El art. 57 de la Ley 12/2007 incorpora el apartado 4 que sostiene que anualmente el Instituto Andaluz de la Mujer elaborará un informe sobre el tratamiento de la imagen de las mujeres en los medios de comunicación y la publicidad, que será remitido para su conocimiento al Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres.

4.3. Organización institucional para la igualdad de género

El Título III de la Ley 12/2007 se ocupa de la «*organización institucional y coordinación entre las distintas Administraciones públicas para la igualdad de género*» como estrategia adecuada y necesaria para impulsar, desarrollar y evaluar las acciones y políticas públicas para promover la igualdad de género en Andalucía.

Con esta finalidad, se establecen órganos administrativos para la igualdad, así como entidades con funciones de asesoramiento o apoyo de las Administraciones territoriales en el ámbito de la igualdad de género. Seguidamente analizaremos cuáles son y qué cambios presentan los mismos tras la aprobación de la Ley 9/2018, debiéndose indicar desde un primer momento que las modificaciones en este Título se llevan a cabo únicamente en el art. 61 relativo al Observatorio de la igualdad de género y en el art. 62 bis que implanta los centros municipales de información a la mujer.

4.3.1. Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres

La Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres fue establecida por la Ley 12/2007³¹⁴ como órgano colegiado para el seguimiento de las acciones y actuaciones de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de igualdad de género.

En aplicación del art. 59 de la Ley 12/2007, el Decreto 437/2008, de 2 de septiembre creó esta Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres y regula su composición, competencias, organización y régimen de funcionamiento.

La composición de la misma es la siguiente³¹⁵:

- Presidencia: la persona titular de la Consejería competente en materia de igualdad.
- Vicepresidencia: la persona titular del Instituto Andaluz de la Mujer.
- Vocalías: Una persona con rango al menos de Director General, que será designada por las personas titulares de las restantes Consejerías que constituyen la Administración de la Junta de Andalucía.
- Secretaría: un funcionario o funcionaria del Instituto Andaluz de la Mujer que desempeñe una Jefatura de Servicio, cuyo nombramiento se realizará por la Presidencia de la Comisión, que actuará con voz, pero sin voto.

Las funciones que tiene encomendadas son las previstas por el art. 31.2 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía y, en particular las contempladas por el art. 3 del Decreto 437/2008:

- a) Promover la aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en la Administración de la Junta de Andalucía.
- b) Hacer un seguimiento del cumplimiento, desarrollo y aplicación de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.
- c) Analizar y debatir el Plan estratégico para la igualdad de mujeres y hombres que el Consejo de Gobierno aprobará cada cuatro años, de conformidad con lo establecido en el art. 7 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, así como realizar el seguimiento de la ejecución del citado Plan.
- d) Analizar y debatir el informe periódico, previsto en el art. 64 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, sobre el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en relación con la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres. A tal fin, todos los órganos

³¹⁴ Art. 59 de la Ley 12/2007. Actualmente, hay que entenderla hecha a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

³¹⁵ Así lo prevé el art. 4 del Decreto 437/2008.

de la Administración de la Junta de Andalucía colaborarán con la Comisión facilitándole la información necesaria.

- e) Hacer el seguimiento de las actuaciones de las Unidades de Igualdad de Género constituidas en cada Consejería de conformidad con el art. 60 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre.
- f) Cuantas otras tareas le sean atribuidas en materia de igualdad de género.

4.3.2. Unidades de igualdad de género

El art. 60 de la Ley 12/2007 creó Unidades de Igualdad de Género en todas las Consejerías de la Junta de Andalucía, con el fin de impulsar, coordinar e implementar la perspectiva de género en la planificación, gestión y evaluación en sus respectivas políticas.

El Decreto 275/2010, de 27 de abril, por el que se regulan las Unidades de Igualdad de género en Andalucía estableció el desarrollo reglamentario de las mismas. En él se definen las Unidades de Igualdad de Género como «*unidades administrativas que se constituyen para la integración del principio de igualdad de género en el conjunto de las actuaciones y normas emanadas de la Administración de la Junta de Andalucía*».

Las funciones específicas de estas unidades de igualdad recogidas en el art. 4 del Decreto 275/210 son:

- a) Asesorar a los órganos competentes de la Consejería en la elaboración del informe de evaluación del impacto por razón de género, previsto en el art. 6 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre.
- b) Llevar a cabo el seguimiento, evaluación del desarrollo y cumplimiento del Plan Estratégico para la Igualdad de mujeres y hombres establecido por el art. 7 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, sin perjuicio de las funciones que, a tales efectos, correspondan a otros órganos.
- c) Recibir las estadísticas oficiales de su Consejería y de sus entidades instrumentales, y realizar el análisis, seguimiento y control de los datos desde la dimensión de género.
- d) Impulsar la formación y sensibilización del personal de la Consejería o entidades instrumentales en relación al alcance y significado del principio de igualdad de oportunidades, mediante la formulación de propuestas de acciones formativas.
- e) Asesorar, en la elaboración de los planes de igualdad regulados en el art. 32 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, que se proyecten en su respectivo ámbito de actuación por la Administración de la Junta de Andalucía, así como colaborar en la evaluación de dichos planes y favorecer la elaboración de medidas correctoras.
- f) Impulsar y apoyar el desarrollo de medidas de conciliación de la vida laboral, familiar y personal de las mujeres y hombres que se adopten desde la Consejería competente en materia de función pública.

- g) Realizar la asistencia técnica al personal y órganos de la Consejería y de sus entidades instrumentales en relación a la aplicación de las políticas de igualdad, y especialmente en el seguimiento de la publicidad institucional.
- h) Colaborar con el Instituto Andaluz de la Mujer al objeto de garantizar la adecuada cooperación en la coordinación de las actuaciones en materia de igualdad de mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional única, de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre.
- i) En general, velar por la aplicación efectiva del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Las personas titulares de las Consejerías son las encargadas de designar el órgano directivo que ha de asumir las funciones de las unidades de igualdad de género de entre aquellos que ejerzan funciones de carácter horizontal o transversal. Asimismo, las personas titulares de las Consejerías pueden crear Unidades de Igualdad de Género en sus agencias administrativas y agencias de régimen especial. En caso de no implantarse, son las Unidades de la Consejería a la que estén adscritas quienes asumen sus funciones (art. 3.2 del Decreto 275/2010).

De manera obligatoria se prevé la creación de la Unidad de Igualdad de Género del Instituto Andaluz de la Mujer con el objetivo de apoyar a la Administración de la Junta de Andalucía para implementar y consolidar el proceso de implantación de la transversalidad de género en Andalucía³¹⁶.

4.3.3. Observatorio de la igualdad de género

El Observatorio de la Igualdad de Género es el órgano asesor adscrito a la Consejería competente en materia de igualdad, destinado a detectar, analizar y proponer estrategias para corregir situaciones de desigualdad de las mujeres en la Comunidad Andaluza (art. 61.1). La Ley 12/2007 señalaba que, en todo caso, se priorizarían las áreas de violencia de género, situación laboral e imagen pública de las mujeres. Esta previsión se ha suprimido en la Ley 9/2018, aclarándose en su lugar que las funciones del Observatorio se harán con participación administrativa y social y funciones asesoras y de evaluación de las políticas y medidas incluidas en la presente ley, procediendo a su análisis y difusión.

A continuación, el apartado segundo del art. 61 añade una cuestión que no se contemplaba en la regulación anterior: «*El Observatorio Andaluz de la Igualdad de Género, en colabo-*

³¹⁶ La Disposición adicional primera del Decreto 275/2010 afirma que, además de las funciones previstas en el art. 4, ésta desarrollará las siguientes: coordinar las Unidades de Igualdad de Género existentes en la Administración de la Junta de Andalucía y asesorar a las Unidades de Igualdad de Género en el desarrollo de las funciones que tienen asignadas, y realizar actividades de intercambio y transferencia de experiencias de integración del enfoque de género.

ración con la Unidad Estadística y Cartográfica de la Consejería competente en materia de igualdad, definirá los indicadores necesarios para el análisis de la igualdad de género, así como las fuentes de información de referencia y la metodología de cálculo de los mismos. En la definición de estos indicadores se tendrá en cuenta la información estadística y cartográfica generada por el Sistema Estadístico y Cartográfico de Andalucía».

4.3.4. Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres

El Consejo Andaluz de Participación de las mujeres, adscrito también a la Consejería competente en materia de igualdad y funcionalmente al Instituto Andaluz de la Mujer, es el órgano de participación de las organizaciones de mujeres en las políticas de igualdad de género de la Junta de Andalucía (art. 62).

Su objetivo es canalizar las reivindicaciones, intereses y promover su participación. Sus funciones están enumeradas en el art. 3 del Decreto 154/2011, de 10 de mayo por el que se regula el Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres:

- a) Representar los intereses de las organizaciones de mujeres andaluzas ante la Administración de la Junta de Andalucía.
- b) Servir de cauce de participación activa de las organizaciones de mujeres de Andalucía.
- c) Colaborar con la Consejería competente en materia de igualdad para el impulso y la promoción de la participación de las mujeres en la vida política, económica, cultural y social.
- d) Asesorar a la Consejería competente en materia de igualdad sobre las disposiciones de carácter general en materias de su competencia que hayan de ser sometidas a la aprobación del Consejo de Gobierno.
- e) Canalizar las demandas de las mujeres andaluzas.
- f) Difundir el valor de la igualdad en la sociedad andaluza, defender los derechos e intereses de las mujeres, así como fortalecer el movimiento asociativo y la coordinación entre las organizaciones de mujeres para la consecución de sus objetivos comunes.
- g) Elaborar cuantos informes considere convenientes en orden a la mejora de la situación de la mujer andaluza y de la sensibilización social en esta materia.
- h) Colaborar con los diferentes colectivos y organizaciones relacionados con la igualdad de oportunidades y fomentar la interrelación con los órganos locales de participación.
- i) Velar por el incremento de la participación de las mujeres en los órganos de gobierno y en los procesos de toma de decisión.

La composición es detallada por el art. 4 del Decreto 154/2011, modificado por el Decreto 115/2015, de 24 de marzo, por el que se modifica el Decreto 154/2011, de 10 de mayo, por el que se regula el Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres, el cual señala que el Consejo está integrado por una Presidencia, tres Vicepresidencias, una Secretaría y veintiséis vocalías en representación de las organizaciones de mujeres.

Asimismo, pueden formar parte del Consejo hasta tres personas con reconocida trayectoria profesional en el movimiento asociativo de mujeres, que actúan con voz, pero sin voto.

La Presidencia es ejercida por la persona titular de la Presidencia de la Junta de Andalucía. La Vicepresidencia Primera está ocupada por la persona titular de la Consejería competente en materia de igualdad; la Vicepresidencia Segunda es elegida por y entre las personas que ocupen puesto en las vocalías del Consejo en representación de las organizaciones de mujeres, exigiéndose mayoría simple; y la Vicepresidencia Tercera es desempeñada por la persona titular de la Dirección del Instituto Andaluz de la Mujer.

4.3.5. Centros municipales de información a la mujer

Como resultado de la colaboración del Instituto Andaluz de la Mujer con los Ayuntamientos andaluces se crean los centros municipales de información a la mujer, unidades de atención integral e información a las mujeres y en especial a las mujeres víctimas de violencia de género (art. 62 bis).

Estos centros llevan a cabo actuaciones de sensibilización en políticas de igualdad y fomento de la participación de las mujeres. Además, ofrecen información, atención y asesoramiento en políticas de igualdad y realizan programas específicos de desarrollo personal, educativo y de salud, así como de orientación profesional y laboral.

Andalucía dispone actualmente de 174 Centros Municipales de Información a la Mujer, repartidos por toda la Comunidad Autónoma, de manera que las mujeres dispongan de este recurso de la forma más cercana.

El Instituto Andaluz de la Mujer subvenciona el funcionamiento de los Centros Municipales de Información a la Mujer a través de una convocatoria anual de subvenciones³¹⁷.

Los objetivos de estos centros municipales son los siguientes:

- a) Proporcionar a las mujeres, atención, información y asesoramiento cuando se encuentren en situación de discriminación por razón de sexo.
- b) Proponer y desarrollar programas de actuación para las mujeres en el ámbito local.
- c) Avanzar en la eliminación de las situaciones de discriminación laboral, cultural, económica o política desde una perspectiva de género en el ámbito local.
- d) Promocionar la participación y presencia de las mujeres en la vida política, cultural y social, así como su participación en el proceso de toma de decisiones que favorezcan la perspectiva de género en la política pública municipal.
- e) Impulsar las investigaciones sobre la situación local de las mujeres en diversos ámbitos.

³¹⁷ El apartado segundo del art. 62 bis de la Ley 12/2007

4.3.6. Comisión de coordinación de las políticas autonómicas y locales para la igualdad de género

La Comisión de coordinación de las políticas autonómicas y locales para la igualdad de género es un órgano colegiado de participación administrativa encargado de coordinar e impulsar la integración del enfoque de género en las políticas y programas, en materia de igualdad de mujeres y hombres, desarrollados por las diferentes Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma.

La Comisión está adscrita orgánicamente, a la Consejería competente en materia de igualdad, y funcionalmente al Instituto Andaluz de la Mujer.

Su finalidad es la de coordinar e impulsar la integración del enfoque de género en las políticas y programas, en materia de igualdad de mujeres y hombres, desarrollados por las distintas Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma.

Se compone por representantes de la Administración de la Junta de Andalucía, de las Diputaciones Provinciales y de los Ayuntamientos (art. 63). El 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, dando cumplimiento al art. 63, crea la Comisión y especifica en el art. 4 cuáles son sus funciones³¹⁸:

- a) Promover la aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres 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, de 26 de noviembre.
- c) Cooperar institucionalmente en materia de igualdad de mujeres y hombres a fin de impulsar la integración del enfoque de género en las políticas y programas que se desarrollen en el ámbito de actuación 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.
- e) Cuantas otras tareas le sean atribuidas en materia de igualdad de género.

En cuanto a su composición, el art. 5 del Decreto 12/2011 precisa que está integrada por una Presidencia (ejercida por la persona titular de la Consejería competente en materia de igualdad), dos Vicepresidencias (la primera ejercida por la persona que ostente la Dirección del Instituto Andaluz de la Mujer y la segunda, por la persona elegida entre

³¹⁸ MORA RUIZ, M., «Capítulo VI. Servicios sociales e igualdad de género»..., *op. cit.*, p. 420, explica que 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, dada la complejidad de su composición o su régimen de funcionamiento, que exige un mínimo de dos sesiones anuales: la regulación de ambos aspectos puede, si no hay voluntad de las Administraciones, dificultar un papel activo de la Comisión.

aquéllas que ocupen las vocalías en representación de los Ayuntamientos y las Diputaciones Provinciales de Andalucía), las Vocalías³¹⁹ y la Secretaría (ejercida por un funcionario o funcionaria que desempeñe un puesto de Jefatura de Servicio).

4.4. Garantías para la igualdad de género

Los arts. 64 a 72 de la Ley 12/2007 tratan las garantías para la igualdad de género, clasificando los artículos en dos capítulos distintos: el capítulo I (disposiciones generales, arts. 64 a 67) y el capítulo II (defensa del principio de igualdad de género, arts. 68 a 72). En esta materia, se introduce un nuevo aspecto no contemplado previamente por la legislación en materia de igualdad, que es el papel de la Administración en la defensa del principio de igualdad de género.

El art. 68 prevé ahora que es el Instituto Andaluz de la Mujer el órgano al que corresponde la defensa y asistencia a las mujeres ante situaciones de discriminación por razón de sexo, y la promoción del cumplimiento del principio de igualdad de trato de mujeres y hombres en la Comunidad Autónoma de Andalucía, a cuyos efectos, y sin perjuicio de las funciones que tiene encomendadas legalmente, ejercerá las funciones previstas en el art. 69. Este último enumera como funciones del Instituto Andaluz de la Mujer: «a) Practicar investigaciones, tanto de oficio como a instancia de parte, para el esclarecimiento de posibles situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, a los efectos de incoar el correspondiente procedimiento sancionador, si se estimara que se han producido acciones u omisiones tipificadas como infracción en la ley.

- b) *Facilitar vías de negociación y dirigir recomendaciones a personas físicas y jurídicas con el fin de corregir situaciones o prácticas discriminatorias por razón de sexo y/o situación familiar y hacer un seguimiento del cumplimiento de las mencionadas recomendaciones.*
- c) *Prestar asesoramiento a las mujeres ante posibles situaciones de discriminación por razón de sexo y/o situación familiar.*
- d) *Difundir las actividades que realiza y sus investigaciones, así como elaborar informes y dictámenes de conformidad con lo dispuesto en esta ley.*
- e) *Colaborar con la autoridad laboral y en especial con la Inspección de Trabajo en orden al seguimiento del cumplimiento de la normativa laboral antidiscriminatoria en materia de igualdad de mujeres y hombres».*

³¹⁹ El art. 9 del Decreto 12/2011 afirma que forman parte de la Comisión las siguientes vocalías: “a) Nueve personas en representación de los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales de Andalucía designadas por la asociación de municipios y provincias de ámbito andaluz más representativa. Su designación se hará por un período de cuatro años prorrogables por períodos de igual duración y sin limitación alguna y b) Ocho personas al menos con rango de Director o Directora General, que serán designadas por cada una de las Consejerías de la Administración de la Junta de Andalucía con competencias en materia de Régimen Local, Hacienda, Educación, Economía, Empleo, Salud, Igualdad y Cultura”.

La Ley establece también mecanismos que permiten a la ciudadanía reclamar ante situaciones donde entiende que se conculcan sus derechos a la igualdad de género y a la no discriminación, otorgando al Instituto Andaluz de la Mujer, la facultad de recoger, investigar e informar sobre estas cuestiones (arts. 70 a 72).

4.5. Infracciones y sanciones

Como se indica en punto VI de la Exposición de Motivos de la Ley 9/2018, una de sus grandes novedades es la inclusión de un nuevo título V, que tiene por objeto la regulación de las infracciones y sanciones. Se advierte, no obstante, que estas novedosas disposiciones se instauran «con pleno respeto a los regímenes ya existentes en materia de empleo, a las competencias atribuidas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y a las cuestiones relacionadas con los supuestos de la publicidad considerada ilícita, reguladas en la legislación general sobre publicidad y en la legislación básica en materia de competencia».

El novedoso título V abarca los arts. 73 a 86 (ambos inclusive), sistematizados en dos capítulos diferenciados: el primero, sobre infracciones (arts. 73 a 79); y el segundo, sobre sanciones (arts. 80 a 86).

Por lo que respecta al capítulo I, los preceptos que lo conforman y que acaban de anunciarse se ocupan de las siguientes materias:

- Art. 73, aborda la noción de infracción a efectos de la Ley.
- Art. 74, enumera las clases de sanciones previstas en la Ley.
- Art. 75, define las infracciones leves.
- Art. 76, determina las infracciones graves.
- Art. 77, especifica las infracciones muy graves.
- Art. 78, delimita la responsabilidad derivada de la comisión de infracciones, particularmente en lo que concierne al sujeto responsable.
- Art. 79, por último, se encarga del plazo de prescripción de las distintas infracciones definidas en los artículos precedentes.

El capítulo II, por su parte, regula las sanciones que corresponden a cada una de las infracciones definidas legalmente:

- Art. 80, detalla las sanciones previstas para cada modalidad de infracción.
- Art. 81, establece distintos criterios de graduación de las sanciones.
- Art. 82, determina los plazos de prescripción de las sanciones.
- Art. 83, ordena el régimen de publicación y comunicación de las sanciones impuestas.
- Art. 84, prevé supuestos en los que tiene lugar la reducción de la eventual sanción.
- Art. 85, indica los órganos competentes para imponer las sanciones.
- Art. 86, especifica el procedimiento que ha de seguirse.

4.5.1. Las infracciones

El art. 73 con el que se inicia el título V, define las infracciones, precisando su naturaleza administrativa, como «las acciones u omisiones tipificadas y sancionadas en los artículos siguientes». Esto es, se incide en el principio constitucional de tipicidad consustancial a la potestad sancionadora, de modo que únicamente tendrán la consideración de infracción (y subsiguientemente, la sanción prevista frente a la misma) a los efectos de la Ley, las expresamente contempladas en ella. Si la infracción se estima que puede ser constitutiva de delito o falta, el órgano administrativo competente debe dar traslado al Ministerio Fiscal, debiendo abstenerse de proseguir el procedimiento sancionador hasta que no medie pronunciamiento por parte de la autoridad judicial al respecto. Se pone así de manifiesto la *vis atractiva* de la jurisdicción penal, lo cual incide hasta el punto de negar la posibilidad de imponer sanción administrativa cuando se decrete una sanción de tal naturaleza. Si, por el contrario, no se estima la existencia de delito o falta, la Administración puede seguir con el procedimiento sancionador, aunque sobre la base de aquellos hechos reputados como suficientemente probados por parte del órgano judicial competente. Como puede apreciarse, la intervención del juez es preceptiva en todo caso, ya sea para determinar el carácter penal de la infracción o para denegarlo, en cuyo caso deberá al menos especificar los hechos que servirán de base al sucesivo procedimiento administrativo sancionador. De conformidad con esta misma inteligencia, en los casos de identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la penal, la instrucción de causa penal frente a los tribunales de justicia suspende la tramitación del procedimiento sancionador administrativo. Nótese que, en todo caso, «las medidas administrativas que hubieran sido adoptadas para salvaguardar la salud y seguridad de las personas se mantendrán hasta tanto la autoridad judicial se pronuncie sobre las mismas en el procedimiento correspondiente».

El art. 74 clasifica las infracciones entre categorías básicas: leves, graves y muy graves; siguiendo un orden lógico, a continuación, los arts. 75, 76 y 77 enumeran y definen (a modo de *numerus clausus*, como no puede ser de otra manera, en atención al principio de tipicidad) las infracciones que se tienen por leves, graves y muy graves, respectivamente.

Comenzando con las «infracciones leves», de acuerdo con el art. 75, reúnen tal consideración las siguientes actuaciones:

- a) *«La insuficiente o parcial colaboración con el Instituto Andaluz de la Mujer durante la acción investigadora e inspectora de este.»*
- b) *«La insuficiente o parcial colaboración con la actuación inspectora de la Administración de la Junta de Andalucía.»*
- c) *«Las acciones u omisiones tipificadas como graves o muy graves, cuando se hayan cometido por imprudencia o simple negligencia.»*

Los dos primeros supuestos aluden a una falta de colaboración (insuficiente o parcial, no total) con la actividad investigadora e inspectora de la Administración en materia de igualdad; mientras que el último apartado reputa como leves las acciones u omisiones

graves o muy graves cuando en su comisión haya sido causada por imprudencia o simple negligencia. Tratándose la imprudencia y la simple negligencia de conceptos jurídicos indeterminados, hubiera sido aconsejable en aras de una mayor seguridad jurídica que el legislador hubiera concretado tales nociones en mayor medida. Por otra parte, la conjunción disyuntiva empleada entre ambas figuras parece aludir a la equivalencia existente entre ambas, lo cual llama poderosamente la atención, pues la imprudencia es una noción perteneciente al ámbito penal, mientras que la negligencia cual sinónimo de culpa es propia del Derecho civil. Desde el punto de vista de la técnica legislativa este último pasaje del precepto es ciertamente mejorable. De hecho, la responsabilidad civil (desde la perspectiva subjetiva acogida como regla general en el Código Civil, ex art. 1902) se construye sobre la «culpa» como criterio de imputación básico, de ahí que no llegue a entenderse el recurso a dicho criterio (reiteramos que la culpa se identifica con la negligencia, esto es, con la ausencia de la diligencia debida) para rebajar a leve una infracción que en abstracto tenga la consideración de grave o muy grave. Parece, pues, que las infracciones graves y muy graves exigen una conducta dolosa que vaya más allá de la mera culpa, si bien no es un aspecto al que se haga expresa referencia en los arts. 76 y 77, aunque sí puede deducirse del tenor literal de las actuaciones definidas como graves y muy graves como seguidamente tendremos ocasión de ver.

Por lo que respecta a las **infracciones «graves»**, el art. 76 considera como tales los siguientes supuestos de hecho:

- a) *«La negativa a colaborar con la acción investigadora del Instituto Andaluz de la Mujer o las acciones u omisiones dirigidas a impedir su ejercicio.»*
- b) *La negativa a colaborar con la actuación inspectora de la Administración de la Junta de Andalucía o las acciones u omisiones dirigidas a impedir su ejercicio.*
- c) *La realización de actos o comportamientos que dificulten o impidan el ejercicio de los derechos reconocidos en esta ley y que constituyan o causen discriminación por razón de sexo.*
- d) *La elaboración, utilización o difusión, en centros docentes de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de libros de texto y materiales curriculares que presenten a las personas como superiores o inferiores en dignidad humana en función de su sexo, o que utilicen la imagen de las mujeres asociada a comportamientos que justifiquen o inciten a la prostitución o a la violencia.*
- e) *La realización de campañas de publicidad o anuncios que utilicen el cuerpo de las mujeres o partes del mismo como reclamo publicitario, desvinculado del producto anunciado, o que utilicen la imagen de las mujeres asociada a comportamientos que justifiquen o inciten a la prostitución o a la violencia contra ellas.*
- f) *Realizar actos o comportamientos que atenten contra la dignidad de los participantes o que constituyan discriminación, en la celebración de pruebas deportivas y convocatorias de premios deportivos, por razón de sexo.*
- g) *Organizar o desarrollar actos culturales, artísticos o lúdicos que, por su carácter sexista o discriminatorio por razón de sexo, vulneren los derechos previstos en esta ley o justifiquen o inciten a la prostitución o a la violencia de género.*

- h) *La imposición de cláusulas en los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo.*
- i) *La reincidencia en falta leve de la misma naturaleza que la nueva infracción por la que se hubiese sancionado por resolución firme en vía administrativa en el plazo de los dos años anteriores a la comisión de la misma».*

Se trata, como pueda apreciarse, de un listado detallado, en el que se recogen nueve supuestos que dan lugar a la comisión de una infracción grave. Los dos primeros aluden a los obstáculos al ejercicio de la actividad inspectora de la Administración en materia de igualdad, aunque a diferencia de cuanto acontecía en el art. 75, en este caso no se trata simplemente de una falta de colaboración insuficiente, sino de una manifiesta negativa a colaborar. El tercer supuesto alude a los derechos reconocidos en la Ley, de modo que tiene la consideración de infracción grave toda actuación que dificulte o impida el ejercicio de tales derechos subjetivos. El cuarto y quinto supuesto inciden en el empleo de materiales e imágenes que justifiquen e inciten la discriminación por razón de sexo, así como la prostitución o la violencia contra las mujeres, en el contexto educativo (centros docentes de la Comunidad Autónoma andaluza) y el publicitario, respectivamente. El sexto y séptimo supuesto centran su atención en el ámbito deportivo y en el cultural, artístico y lúdico; de forma que los actos, comportamientos, pruebas que sean discriminatorios por razón de sexo, que atenten contra la dignidad de la persona y en el caso del contexto cultural, justifiquen o inciten la prostitución, serán reputados como infracciones graves. El penúltimo supuesto se centra en el clausulado de los negocios jurídicos (nótese que se emplea una figura genérica, de calado eminentemente doctrinal³²⁰, en la que encuentran cabida diversas categorías tales como los contratos, testamentos, e incluso actuaciones propias del Derecho de familia como las capitulaciones matrimoniales), y reputa como infracción grave las cláusulas que constituyan o causen discriminación por razón de sexo. El listado de infracciones graves se cierra con un último apartado que tipifica la reincidencia en la comisión de infracciones leves: durante los dos años siguientes a la sanción administrativa de una infracción leve, toda actuación análoga en la que incurra el responsable (en abstracto, leve) será considerada como infracción grave.

El art. 77 se ocupa de la última categoría de infracción, «las muy graves», que vienen a ser las siguientes:

- a) *«El comportamiento contrario a los derechos previstos en esta ley, de naturaleza sexual o no, realizado en función del sexo de una persona, que produzca el efecto de atentar contra su dignidad, creando un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo para la misma.*

³²⁰ La figura del negocio jurídico fue una creación de la pandectística alemana y prueba de ello es que nuestro Código Civil no emplea tal denominación en ninguno de sus preceptos. Sobre el negocio jurídico en Derecho español, cfr. la célebre obra: DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1993 (reimpresión).

- b) *La represalia o trato vejatorio que reciba una persona como consecuencia de haber presentado una queja, reclamación o denuncia destinada a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del deber de igualdad de trato entre mujeres y hombres.*
- c) *El empleo de un lenguaje discriminatorio o la transmisión de mensajes o imágenes estereotipadas de subordinación de las mujeres a los hombres o de desigualdad entre ambos sexos en los medios de comunicación social de Andalucía.*
- d) *La reincidencia en falta grave de la misma naturaleza que la nueva infracción por la que se hubiese sancionado por resolución firme en vía administrativa en el plazo de los dos años anteriores a la comisión de la misma».*

El listado de infracciones muy graves es mucho más reducido que el de las graves, siendo cuatro las actuaciones contempladas. En primer lugar, la vulneración de los derechos contemplados en la Ley por razón del sexo de la persona lesionada. También tendrá la consideración de infracción muy grave las represalias o tratos vejatorios frente a reclamaciones que denuncien de discriminación entre hombres y mujeres. En tercer lugar y en el contexto de los medios de comunicación social de Andalucía, será infracción grave el empleo de lenguaje, mensaje o imágenes que evidencian desigualdad entre ambos sexos, particularmente subordinación de las mujeres a los hombres. Por último, en términos similares a lo dispuesto en el apartado i) del art. 76, la reincidencia, en este caso de una infracción grave en los dos años posteriores a su sanción por resolución administrativa firme, la convertirá automáticamente en «muy grave».

Definidas las tipologías de infracciones, el art. 78 se encarga a continuación de los sujetos responsables de las mismas. En este sentido, se acoge una noción de responsable que comprende aquellas personas físicas y jurídicas que «realicen las acciones y omisiones tipificadas como infracción», así como las que «cooperen en su ejecución, mediante una acción u omisión sin la cual la infracción no se hubiese producido». El apartado tercero, por último, establece el régimen de solidaridad a los supuestos de pluralidad de responsables, respecto de las infracciones que cometan y las sanciones que eventualmente se le impongan.

El Capítulo I del novedoso Título V se cierra con la definición del plazo de prescripción de las infracciones, contemplándose plazos diversos en función del tipo de infracción: cuatro años para las muy graves, tres años para las graves y un año para las leves, «sin perjuicio de lo previsto en el artículo 30 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público».

4.5.2. Las sanciones

El Capítulo II tiene por objeto la regulación de las sanciones y abarca los arts. 80 a 86, ambos inclusive. La sistemática seguida, debe recordarse que es la siguiente: el art. 80 detalla las sanciones previstas para cada uno de los tipos de infracciones; el art. 81 contempla criterios de graduación de las sanciones; el art. 82 define los plazos de prescrip-

ción de las sanciones; el art. 83 prevé los mecanismos de publicación y comunicación de las sanciones; el art. 84 admite una reducción porcentual de la sanción por pronto pago que no será posible en determinados casos; el art. 85 especifica los órganos con competencia sancionadora; y el art. 86 detalla el procedimiento que debe seguirse en materia sancionadora, así como los principios que deben regirlo.

El art. 80 define las sanciones previstas para cada uno de los tipos de infracciones. El primer apartado contempla las sanciones correspondientes a las infracciones leves, el apartado segundo las sanciones para el supuesto de infracción grave, el apartado tercero las sanciones en los casos de infracciones muy graves, y el apartado cuarto una sanción general adicional en materia de subvenciones para las infracciones graves y muy graves. En todos los casos, no se imponen sanciones fijas, sino distintas horquillas de cuantías mínimas y máximas cuya concreción correrá a cargo de los órganos sancionadores competentes de acuerdo con los criterios de gradación previstos en el art. 81.

- a) Las sanciones leves se sancionan con multas de hasta 6.000 euros.
- b) Las infracciones graves se sancionan con multa de entre 6.001 y 60.000 euros, a lo que podrá adicionarse una sanción accesoria, de entre las siguientes:
 - a. *«Prohibición de acceder a cualquier tipo de ayuda pública concedida por la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias por un periodo de hasta tres años o la pérdida de forma automática de cualquier tipo de ayuda pública concedida por la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias.»*
 - b. *Inhabilitación temporal, por un periodo de hasta tres años, para ser titular, la persona física o jurídica, de centros o servicios dedicados a la prestación de servicios públicos.*
 - c. *Cierre o suspensión temporal del servicio, actividad o instalación por un periodo de hasta tres años».*
- Las infracciones muy graves se sancionan con multas de entre 60.001 euros y 120.000 euros, junto con una sanción accesoria que, en su caso, podrá consistir en lo siguiente:
 - a. *«Prohibición de acceder a cualquier tipo de ayuda pública concedida por la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias por un periodo de tres a cinco años o la pérdida de forma automática de cualquier tipo de ayuda pública concedida por la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias.»*
 - b. *Inhabilitación temporal, por un periodo de tres a cinco años, para ser titular, la persona física o jurídica, de centros o servicios dedicados a la prestación de servicios públicos.*
 - c. *Cierre o suspensión temporal del servicio, actividad o instalación por un periodo de hasta cinco años».*

Al margen de lo anterior, todo responsable de una infracción grave o muy grave pierde automáticamente «las ayudas, bonificaciones y subvenciones concedidas por la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción», debiendo reintegrar la correspondiente cantidad percibida.

Como acabamos de anticipar, dentro del marco definido por el art. 80, el órgano sancionador deberá concretar la sanción, en proporción a la infracción cometida y atendiendo a los criterios de graduación previstos detalladamente en el art. 81; a saber:

- a) *«La naturaleza y gravedad de los perjuicios causados.*
- b) *La intencionalidad.*
- c) *La trascendencia social de los hechos o su relevancia.*
- d) *El beneficio que haya obtenido la persona o entidad infractora.*
- e) *El incumplimiento de las advertencias o requerimientos que previamente haya realizado la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía.*
- f) *La reparación voluntaria de los daños causados o la subsanación de los efectos consecuencia de la infracción, siempre que ello tenga lugar antes de que recaiga resolución definitiva en el procedimiento sancionador.*
- g) *La reincidencia en los hechos sancionados».*

El apartado segundo del art. 81 establece un principio básico relacionado con el carácter disuasorio que debe tener la sanción impuesta: la sanción pecuniaria impuesta debe ser de tal calibre que no haga que la infracción cometida sea más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de la norma infringida.

De conformidad con el art. 82, las sanciones muy graves prescriben a los tres años, las graves a los dos y las leves al año, «sin perjuicio de lo previsto en el artículo 30 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre». Se trata, como puede comprobarse, de plazos de prescripción diversos de los contemplados para las infracciones.

Un elemento básico en materia de sanciones es su adecuada publicidad por los cauces y en los términos legalmente previstos en el art. 83. La publicidad sólo es necesaria en los casos de infracciones muy graves y graves, deberá llevarse a cabo en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, y sólo tendrá lugar, lógicamente, con la firmeza de la sanción impuesta. Cuando la sanción corresponda a una infracción muy grave, la publicación puede hacerse extensiva a «los medios de comunicación social». La publicación de la sanción incluirá la «referencia a los nombres, apellidos, denominación o razón social de las personas responsables, así como al tipo de infracción». Los costes de la publicación se imputan al infractor y sancionado. Cuando se imponga como sanción accesoria «la prohibición de acceder a cualquier tipo de ayuda pública que conceda la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias», deberá ser comunicada igualmente «a la base de datos de subvenciones de la Junta de Andalucía como a la base de datos nacional de subvenciones, en los términos y condiciones establecidos en sus respectivas normas reguladoras».

Como suele ser habitual con las sanciones administrativas de naturaleza pecuniaria, el art. 84 prevé una regla general de reducción de la sanción cuando el pago por parte del infractor tenga lugar antes de la resolución: en tales casos las multas se reducirán en un treinta por ciento. No obstante, la reducción no podrá aplicarse cuando se trata de la sanción de una infracción muy grave «y cuando la persona infractora haya cometido una

o varias infracciones de la misma naturaleza en los cinco años anteriores, con imposición de sanción que sea firme».

El art. 85 se ocupa de los órganos con competencia sancionadora. Lo primero que se indica es que la sanción sólo podrá imponerse tras la previa incoación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador. La iniciación del procedimiento corre a cargo del «centro directivo de la Consejería competente por razón de la materia en cuyo ámbito se produzcan los hechos o conductas tipificadas como infracciones en esta ley». Cuando se acuerde el inicio del procedimiento sancionador, se debe establecer el órgano competente para la instrucción del procedimiento. Las sanciones podrán imponerse por los siguientes órganos competentes:

- a) *«La persona titular del Instituto Andaluz de la Mujer, para la imposición de sanciones por infracciones leves.*
- b) *La persona titular de la Consejería competente en materia de igualdad, para la imposición de sanciones por infracciones graves.*
- c) *El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, para la imposición de sanciones por infracciones muy graves».*

Los apartados cuarto y quinto del art. 85 definen los órganos competentes en sectores específicos, tales como el audiovisual y el educativo:

- *«La autoridad competente para incoar y resolver los correspondientes procedimientos sancionadores por la comisión de las infracciones contempladas en los artículos 76.e) y 77.c) (...) será el Consejo Audiovisual de Andalucía, de acuerdo con las atribuciones conferidas al mismo por el artículo 4.16 de la Ley 1/2004, de 17 de diciembre, de creación del Consejo Audiovisual de Andalucía».*
- *Y «en el supuesto contemplado en el artículo 76.d) la instrucción del procedimiento, propuesta e imposición de sanciones será la Consejería competente en materia de educación, con la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora».*

Por último, el art. 86 determina la normativa que ha de regir el procedimiento sancionador: los «órganos competentes para iniciar, instruir y resolver los procedimientos sancionadores deben aplicar la normativa de procedimiento sancionador a los ámbitos de competencia de la Administración de la Junta de Andalucía». El procedimiento, por su parte, debe regirse por los principios rectores característicos del ámbito sancionador: «legalidad, competencia, irretroactividad, tipicidad, responsabilidad, proporcionalidad, prescripción, prohibición de doble sanción, presunción de inocencia y prohibición de analogía».

5. CONCLUSIONES

Como hemos señalado, en Andalucía se han adoptado numerosas medidas para avanzar en materia de igualdad entre mujeres y hombres. Sin embargo, aún existen formas de discriminación por razón de sexo que debemos erradicar.

Ciertamente, en ningún país la igualdad de género se ha convertido en la norma y aún quedan importantes disparidades por subsanar. Por lo general los progresos en materia de igualdad de género se evalúan analizando medidas de resultados clave, como el porcentaje de acceso en pie de igualdad a los recursos y las oportunidades y a su distribución. Gracias a estos indicadores objetivos es posible saber en qué medida las mujeres y los hombres pueden gozar de los mismos derechos fundamentales y posibilidades de progreso personal y profesional y contribuir al desarrollo de su país. Esa imagen empírica de la situación en materia de igualdad de género es importante para entender su relación con el desarrollo, puesto que la capacidad de las mujeres y los hombres de participar en pie de igualdad en la vida social, cultural, política y económica garantiza que tanto las políticas públicas como los valores, las normas y las prácticas culturales reflejen los intereses y experiencias de ambos sexos y los tengan en cuenta. Las políticas, medidas y prácticas que solo tienen en cuenta los intereses de la mitad de la población generan desequilibrios que socavan el desarrollo sostenible de un país³²¹.

Las actitudes y percepciones culturales con respecto a la igualdad de género han evolucionado considerablemente como consecuencia de estas intervenciones focalizadas y de los progresos realizados en la medición de los resultados. Esta evolución es fundamental en lo que respecta tanto a la sostenibilidad de la igualdad de género como a la comprensión, la implicación y el apoyo de la comunidad para su realización: solo hay igualdad de género cuando las medidas aplicadas “de arriba abajo” se complementan plenamente con el apoyo recibido “de abajo arriba”.

³²¹ «La igualdad entre mujeres y hombres es una cuestión de derechos y constituye una condición para el logro de la justicia social, además de ser un requisito previo necesario y fundamental para la igualdad, el desarrollo y la paz», *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, 1979.

6. BIBLIOGRAFÍA

BALAGUER, M.L., *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género, Feminismos*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2005.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ BUSTOS, M.Á., «El trato de la igualdad en el ordenamiento jurídico administrativo español: especial incidencia en la Comunidad Autónoma de Castilla y León», en la obra colectiva coordinada por GONZÁLEZ BUSTOS, M.Á., *La mujer ante el ordenamiento jurídico: soluciones a realidades de género*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 83-116.

MORA RUIZ, M., «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: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 25, 2009, pp. 28-39.

MORA RUIZ, M., «Capítulo VI. Servicios sociales e igualdad de género», en la obra colectiva coordinada por FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M., *El derecho de los servicios sociales en Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2012, p. 401-453.

PÉREZ DEL RÍO, M.T., «El impacto en el mundo del Derecho de la evolución del trabajo de las mujeres ¿Está todo hecho en el Derecho?», en la obra colectiva coordinada por DÍAZ NARBONA, I. y GAMERO BRUN, C., *El feminismo ante el Nuevo Milenio*, Monografías Universitarias de San Roque, Universidad de Cádiz, núm. 97, Cádiz, 1998.

PÉREZ VILLALOBOS, M.C. y ROMO AVILÉS, N., «Igualdad y género. Conceptos básicos para su aplicación en el ámbito de la seguridad y defensa», *Cuadernos de Estrategia*, núm. 157, 2012 (ejemplar dedicado a *El papel de la mujer y el género en los conflictos*, pp. 21-51).

Capítulo VI. LA LEY 7/2018, DE 30 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 13/2007, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Rocío Navarro González

1. PLANTEAMIENTO

La igualdad de género se ha convertido en objetivo prioritario de las políticas públicas en las que la garantía y promoción de dicha igualdad y la lucha contra la violencia de género son dos ejes de actuación por parte de los poderes públicos que tienen la obligación de adoptar medidas de acción positiva para que la misma sea real y efectiva, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, conforme a lo previsto en el artículo 9.2 de la Constitución Española.

La violencia de género entraña una clara manifestación extrema de la desigualdad y representa, a su vez, una contundente violación de los derechos humanos que evidencia el déficit democrático de una sociedad y uno de los síntomas de la incompleta ciudadanía de las mujeres. De ahí, que la somnolencia legislativa que tiempo atrás primaba en la apuesta por la erradicación de la violencia de género, haya quedado relegada ante la preocupación emergente por parte de determinados movimientos y colectivos sociales que, junto a sus inquietudes y recomendaciones de organismos internacionales y programas de acción comunitarios, ofrecen una respuesta global a la violencia de género.

La Comunidad Autónoma de Andalucía asume en su Estatuto de Autonomía un fuerte compromiso en la erradicación de la violencia de género y en la protección integral a las mujeres al establecer que las mujeres tienen “derecho a una protección integral contra la violencia de género que incluirá medidas preventivas, medidas asistenciales y ayudas públicas”³²² y que se afianza con la aprobación de Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género (Ley 13/2007), avanzándose de forma significativa en la lucha contra la violencia de género al aunar, por una parte, medidas de corte preventivo y reparador de la acción pública respecto de la violencia de género y sostener, por otra, una intervención continuada de mayor trascendencia a partir de la cual pueda cambiarse la estructura social.

El transcurso de más de una década desde la entrada en vigor de la ley no ha acomodado a los operadores jurídicos y agentes sociales ni ha eliminado de la agenda pública la protección de las víctimas y el interés por seguir profundizando en las causas estructurales de la violencia y en quienes la ejercen. La persistencia de la violencia de género como principal atentado a los derechos humanos de las mujeres obliga a los poderes públicos a seguir avanzando en el reconocimiento de los derechos y en el desarrollo de políticas públicas que sirvan para erradicar la violencia en sus distintas manifestaciones.

En virtud de ello y ante la sucesión de una serie de circunstancias internacionales y nacionales tanto de índole social como jurídica que apremian la actualización del texto normativo andaluz, se aprueba la Ley 7/2018, por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género (Ley 7/2018).

La adaptación a las nuevas realidades trae consigo significativos cambios e importantes aportaciones con el fin de optimizar los recursos existentes implantando medidas novedosas y eficaces que enriquezcan sustancialmente el tratamiento normativo de la violencia de género, respetando el planteamiento instaurado en la ley anterior y buscando el equilibrio entre las medidas estructurales y las de acción positiva.

En un primer momento y para un mejor entendimiento del sentido e intención de los cambios efectuados, se tratará de forma puntual la Ley 13/2007 como marco normativo previo y el contexto en el que se desenvuelven una serie de acontecimientos que de una manera u otra inciden en el avance normativo de la violencia de género.

Seguidamente se analizarán las novedades más significativas de carácter sustancial que reporta la Ley 7/2018 de forma separada por las repercusiones que conlleva, ahondando posteriormente en los cambios y mejoras perpetrados en el resto de las medidas, así tanto de las acciones de sensibilización y prevención como de las medidas destinadas a la protección y recuperación integral, observándose cierto inconformismo por parte del legislador hacia el enfoque tradicional que hasta ahora empleaba en las políticas de igualdad y en sus actuaciones dirigidas a erradicar la violencia de género.

³²² Art. 16 Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

2. REFERENTE LEGISLATIVO PREVIO: LA LEY 13/2007, DE 26 DE NOVIEMBRE, DE MEDIDAS DE PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género (Ley 1/2004), colma el deseo inicial a nivel estatal de articular jurídicamente una estrategia que ayude a erradicar la violencia de género como manifestación discriminatoria que atenta a la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Supuso un punto de inflexión en nuestro ordenamiento jurídico ofreciendo un planteamiento integral en la lucha contra este tipo de violencia con una clara y decisiva intervención de los poderes públicos limitada no solo a medidas de carácter preventivo y reparador sino también a medidas destinadas a modificar la estructura social³²³.

La Ley andaluza de Prevención y Protección integral contra la Violencia de Género asume el planteamiento previsto en la aludida ley estatal reflejando en su articulado medidas que se suceden con el propósito de eludir y prevenir la violencia de género, por un lado, y de reaccionar ante la situación real de violencia acaecida, por otro³²⁴. De entrada, la Ley 13/2007 establece una serie de acciones de corte preventivo y de sensibilización y con un claro fin transformador de la sociedad que se proyectan en ámbitos significativos como la educación, la investigación, la publicidad y comunicación y la formación especializada, entre otros³²⁵.

Por otro lado, ante la situación de violencia de género generada y acreditada, la ley crea un dispositivo de protección integral sustentada en un reconocimiento previo de derechos que permiten la tutela de las mujeres con una atención jurídica, sanitaria y social y que se refuerza, a su vez, con medidas dirigidas a la superación de la condición de víctima de la violencia de género y a la recuperación del denominado “proyecto vital”³²⁶.

Junto a las medidas de prevención y protección integral apuntadas han de señalarse otras medidas relativas a la coordinación y cooperación institucional, que instauran la creación de una comisión institucional y establecen parámetros de actuación de las Administraciones, como la elaboración de los protocolos y redes de cooperación³²⁷.

³²³ Es interesante la lectura de la Circular 4/2005, de 18 de julio, relativa a los criterios de aplicación de la Ley 1/2004

³²⁴ MORA RUIZ, M: “Servicios sociales e igualdad de género” en *El Derecho de los servicios sociales en Andalucía*. Estudios del derecho propio de Andalucía, pp. 438-448

³²⁵ Título I Ley 13/2007

³²⁶ Título II y III Ley 13/2007

³²⁷ Título IV Ley 13/2007

Paralelamente se observa la amplitud con la que el legislador autonómico determina tanto el ámbito objetivo de la ley como el ámbito de aplicación de la misma. Por un lado, la ley autonómica amplía el alcance del concepto de violencia de género respecto de la Ley Orgánica 1/2004 al permitir la protección en supuestos más generales, entendiendo el sufrimiento o perjuicio en la salud física, sexual o psicológica de la mujer, incluyendo amenazas de dichos actos, coerción o privaciones arbitrarias de su libertad, tanto si se producen en la vida pública como privada³²⁸. Por otro lado, la ley andaluza evoluciona con respecto a la estatal en el tratamiento del ámbito de su aplicación, con una consideración también amplia al tener como destinatarias a todas las mujeres que se encuentren en el territorio de la Comunidad Autónoma andaluza y ello como consecuencia del marco general creado desde el Estatuto de Autonomía para garantizar la igualdad de mujeres y hombres³²⁹.

No obstante, pese a que la ley 13/2007 ha sido, desde su aprobación, el marco normativo regulador en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía de las actuaciones de los poderes públicos en materia de violencia de género, aventajando de forma considerable a la normativa estatal y gozando de un amplio consenso político y social ratificado por el Pleno de Parlamento de Andalucía³³⁰, la aparición en años sucesivos a la entrada en vigor de la norma autonómica de acontecimientos de índole internacional como nacional obligan a plantearse por parte de todos los agentes implicados una readaptación del texto normativo andaluz.

3. HITOS SIGNIFICATIVOS QUE REFUERZAN EL AVANCE NORMATIVO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

3.1. El Convenio de Estambul y la Directiva 2012/29/UE como instrumentos de vanguardia

La ciudad turca de Estambul, antigua Constantinopla, ha sido testigo de uno de los tratados internacionales de gran alcance en la lucha para erradicar la violencia contra la mujer: el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la

³²⁸ El artículo 1 de la Ley 1/2014 acota la violencia de género objeto de regulación a la que el hombre ejerce sobre la mujer con ocasión de las relaciones de pareja. Según indicó la Instrucción 2/2005 de la Fiscalía General del Estado, para que los actos de violencia sobre la mujer incidan en el ámbito de la ley estatal y puedan reputarse violencia de género es preciso que tengan como sujeto activo en todo caso a un hombre, que el sujeto pasivo sea siempre una mujer y que entre ambos exista, o haya existido, una relación matrimonial o relación similar de afectividad, aún sin convivencia.

³²⁹ MORA RUIZ, M, *op. cit.* p. 440

³³⁰ El Pleno del Parlamento de Andalucía aprueba por unanimidad, en la sesión celebrada el 10 de diciembre de 2014, el dictamen de la Comisión de Igualdad, Salud y Políticas Sociales 9-14/DEC-000006

mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul)³³¹. Suscrito el 11 de mayo de 2011 y ratificado por el Estado español con fecha 18 de marzo de 2014, constituye el primer instrumento de carácter vinculante en el ámbito europeo en materia de violencia contra la mujer y violencia doméstica que responde a la necesidad ineludible de armonizar la legislación de los países miembros del Consejo de Europa, evitando un ámbito distinto de protección a las víctimas de violencia en función de su país de residencia³³².

Los Estados miembros del Consejo de Europa y los países signatarios han sido unánimes en condenar toda forma de violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica, y en reconocer, entre otros aspectos, la igualdad entre mujeres y hombres como elemento clave de la prevención de la violencia contra la mujer. Así lo han constatado expresamente en el mencionado Convenio junto a una serie de objetivos como el deseo de concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra la mujer y la violencia doméstica y la apuesta por la promoción de la cooperación internacional para eliminar la violencia, entre otros, aspirando así a crear una Europa libre de violencia contra la mujer y de violencia doméstica³³³.

Un aspecto importante del Convenio de Estambul son las definiciones que contiene³³⁴. Una de ellas, la relativa a la violencia contra la mujer, destaca por integrar la lucha contra tal violencia y la lucha contra la discriminación sexista, desde una perspectiva de género y protegiendo los derechos humanos. El Convenio considera que la violencia contra la mujer debe entenderse como “una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres” y designa “todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física,

³³¹ El Convenio nace en el seno de la Red parlamentaria por el derecho de las mujeres a vivir sin violencia del Consejo de Europa. Ha sido denominado “estándar de oro” por ONU Mujeres y se le ha otorgado el Premio Política del Futuro 2014, en reconocimiento al hecho de que en la actualidad es el instrumento internacional más amplio sobre la violencia contra las mujeres, y con capacidad para influir en las legislaciones internas de los países firmantes, así como para controlar los avances y los incumplimientos en la materia.

³³² BOE núm. 137, de 6 junio de 2014 publica el Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011

³³³ Art. 1 Convenio de Estambul

³³⁴ El artículo 3 define la violencia contra la mujer, la violencia doméstica, el género, la violencia contra la mujer por razones de género, la víctima y el término mujer. Dicho artículo ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, por la confusión que ha generado en el concepto de violencia de género considerar la violencia doméstica como una categoría diferenciada de la violencia de género y no como una de las manifestaciones de dicha violencia, proponiendo por ello para clarificar los conceptos acudir a los estándares conceptuales de violencia de género e identificar correctamente sus tipologías y los sujetos activos y pasivos de dicha violencia, VENTURA FRANCH, A., “El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica”, *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 97 (2016), pp 179-208; LOUSADA ARCHENA, J. F., “El convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género”, *Aequalitas* nº 35 (2014), pp. 6-15.

sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”³³⁵.

Junto a una serie de medidas que establece el Convenio tanto de carácter preventivo como de protección y apoyo hacia las víctimas, destaca de forma singular el capítulo V sobre derecho material, en el que se incluyen una serie de hechos que las Partes tendrán la obligación de tipificarlos como delito siempre que se cometan intencionadamente, como las mutilaciones genitales femeninas y los matrimonios forzados, entre otros, que hasta ahora no quedaban incluidos y hoy se manifiestan como formas de violencia³³⁶.

Desde este momento no conviene demorar la tarea de señalar las aportaciones más significativas por este instrumento de vanguardia en la apuesta por erradicar la violencia de género por la gran repercusión que *a posteriori* tendrán reflejo en nuestra normativa española, en especial en la andaluza. La adhesión de España al Convenio de Estambul obliga sin duda alguna a adaptar nuestra legislación a la aplicación del Convenio, así como el replanteamiento de los conceptos jurídicos de violencia de género y violencia sobre la mujer como tendremos ocasión de comprobar a lo largo del estudio.

La primera de las aportaciones de mayor trascendencia refiere a la ampliación del concepto de violencia sobre la mujer, incluyendo nuevas conductas penalmente relevantes acaecidas en el marco de una relación sentimental existente o no, y la segunda, afecta a las hijas y los hijos de la pareja que se incorporan como víctimas directa de la violencia.

La repercusión de todas las contribuciones del Convenio de Estambul ha sido inmediata en nuestra normativa nacional que se ha reflejado mediante modificaciones sustanciales de gran interés, en especial las relativas a los menores. La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, genera los primeros cambios de la Ley 1/2004, reforzando la protección del menor en situaciones de violencia de género y reconociendo, en cumplimiento de lo establecido en el Convenio de Estambul, en su disposición final tercera a los menores como posibles víctimas de dicha violencia³³⁷. A partir de este momento, el objeto de la Ley no se circunscribe únicamente

³³⁵ Art. 3 Convenio de Estambul. En dicho artículo también se incluye la definición de violencia contra la mujer por razones de género, entendiéndose como toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada. De ahí que podemos observar que las definiciones que recoge el Convenio relativas a la violencia contra las mujeres y la violencia contra las mujeres por razones de género se solapan, siendo la primera más descriptiva que la segunda.

³³⁶ Art. 33 a 39 Convenio de Estambul

³³⁷ De forma puntual lo reconocía el artículo 87 ter de la LOPJ y lo anunciaba la resolución 47/2012, pero la Ley 8/2015 lo refuerza modificando el apartado 2 del artículo 1, que queda redactado como sigue: “2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia”.

a la protección de la mujer sino que extiende su protección a “sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia” a los que reconoce expresamente como “víctimas” de la violencia de género³³⁸. El menor no es un mero testigo privilegiado de la violencia que sufre su madre sino que es víctima directa y especialmente vulnerable de esa situación.

Por otra parte, en el contexto regional europeo e insistiendo en una línea de trabajo reflexiva hacia las víctimas alentada años atrás por el Consejo de Europa, se aprueba la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, en la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos³³⁹. Junto a una serie de derechos básicos de información y apoyo reconocidos a las víctimas y otros que se les garantizan para participar en el proceso penal, es significativo, en relación con las medidas oportunas a adoptar en cada caso en el proceso penal, la elección de la Directiva de optar por una evaluación individual de las víctimas a fin de determinar sus necesidades especiales de protección y no limitarse a una generalización estandarizada de tales medidas.

Otra novedad destacada de dicha Directiva refiere a la inclusión de los familiares, como “víctimas indirectas”, entendiéndose como familiares al cónyuge o persona con una relación personal íntima con la víctima directa (manteniendo un hogar común y de manera estable y continua), así como los familiares en línea directa, los hermanos y hermanas y las personas a cargo de la víctima³⁴⁰.

Gran parte del contenido de la Directiva 2012/29/UE se incorpora al ordenamiento jurídico español mediante Ley 4/2015, de 27 de abril, que regula el Estatuto de las víctimas de los delitos, reuniendo en un solo texto legislativo el catálogo de los derechos, procesales

³³⁸ Art. 1.2 Ley 1/2004. En consecuencia, los Jueces habrán de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, en particular, sobre las medidas civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia. También se mejora la regulación del régimen de visitas.

³³⁹ La Directiva sustituye a la Decisión Marco del Consejo de Europa, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI) que fue el primer proyecto profundo del legislador europeo para lograr un reconocimiento homogéneo de la víctima en el ámbito de la Unión Europea. Tal Decisión concibe y trata las necesidades de la víctima de forma integrada y articulada, no limitándose a atender a los intereses de la víctima en el marco del procedimiento penal en sentido estricto, incorporando, así, algunas medidas de asistencia a las víctimas, antes o después del proceso penal, encaminadas a paliar los efectos del delito. Pese a que los Estados miembros fueron poco proclives en adaptar su legislación interna a los mandatos de esta Decisión, tal como se recoge en el Informe de la Comisión Europea de 2009, ello no ha impedido, que la Corte Europea de Derechos Humanos reconociera en sus sentencias los derechos de las víctimas en el proceso penal.

³⁴⁰ Al igual que en la legislación anterior, el nuevo instrumento legislativo excluye del concepto de víctima a las personas jurídicas, pero eso no impide a los Estados miembros ampliar la definición en sus normas internas. Sin embargo, se deja a los Estados miembros el derecho a limitar el número de familiares que pueden acogerse el estatuto de víctima indirecta y a establecer la prioridad entre ellos.

o extraprocesales, de la víctima, con el objeto de protegerla de forma integral³⁴¹. La Ley parte de un concepto amplio de víctima, un concepto omnicompreensivo que se extiende a toda persona que sufre un perjuicio físico, moral o económico como consecuencia de un delito, comprendiendo no solo la víctima directa sino también la víctima indirecta, como familiares o asimilados³⁴².

Las víctimas de violencia de género, si bien ya tenían un tratamiento especial con la Orden de Protección³⁴³ y la Ley Orgánica 1/2004, son de nuevo objeto de protección reforzada con la aprobación de este Estatuto que les afecta de forma positiva con el catálogo general de derechos procesales y extraprocesales de la víctima ampliándose su asistencia y articulándose diferentes niveles de protección, con especial atención a la protección de los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia de género³⁴⁴.

3.2. La propuesta andaluza que remueve el interés por la erradicación de la violencia contra la mujer

La inquietud por erradicar la violencia de género es una constante que se manifiesta en todos los sectores y agentes de la sociedad española a través de diferentes actuaciones. Una muestra de ello se constata en la propuesta que emerge de un colectivo asociativo de mujeres de toda Andalucía para dar respuesta a este problema de magnitud nacional y que remueve, entre otros, el interés por la cuestión a asociaciones y agentes sociales.

En abril de 2015, el Consejo Andaluz de Participación de las Mujeres³⁴⁵ (CAPM), decide en pleno impulsar un pacto de consenso contra la violencia de género, elaborándose para ello un texto que asume el Instituto Andaluz de la Mujer y es aprobado por el Consejo de

³⁴¹ BOE núm. 101, 28 de abril de 2015

³⁴² En el Estatuto de las Víctimas (artículos 1, 2 y 17) se da una definición de lo que es víctima, distinguiendo entre víctima directa e indirecta, integrando a toda persona que sufra un perjuicio físico, moral o económico como consecuencia de un delito y a la considerada víctima indirecta entre los que se encuentran el cónyuge o persona vinculada a la víctima por una análoga relación de afectividad, sus hijos y progenitores, parientes directos y personas a cargo de la víctima directa por muerte o desaparición ocasionada por el delito, así como a los titulares de la patria potestad o tutela en relación a la desaparición forzada de las personas a su cargo, cuando ello determine un peligro relevante de victimización secundaria.

³⁴³ Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica

³⁴⁴ IGLESIAS CANLE, I.C., "La víctima de violencia de género en el ordenamiento jurídico español", DENTE, F. E CAGNOLATI, A. (Eds): *Comunicazione di genere tra immagini e parole*, 2019, pp. 65-73

³⁴⁵ Creado por la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, se configura como un órgano colegiado de participación de las organizaciones de mujeres en las políticas de igualdad de género de la Junta de Andalucía, con el objetivo de canalizar sus reivindicaciones, intereses y promoviendo su participación, adscrito orgánicamente a la Consejería competente en materia de igualdad y funcionalmente al Instituto Andaluz de la Mujer.

Gobierno mediante acuerdo de 17 de noviembre de 2015, instando su adhesión a las diferentes fuerzas políticas, colectivos y colegios profesionales. En dicho acuerdo se propone a su vez la remisión al Gobierno de la nación de la propuesta desde Andalucía de un Pacto de Estado para la erradicación de la violencia de género.

En los meses siguientes, la propuesta en cuestión aviva el interés de diferentes colectivos, observándose, por un lado, la recepción de múltiples aportaciones y recomendaciones con el deseo de ser analizadas e incorporadas al texto y, por otro lado, la adhesión de varias Comunidades Autónomas -Extremadura, Canarias, Asturias y Valencia-, al contenido de la misma durante la Conferencia Sectorial de Igualdad, celebrada el 3 de mayo de 2016.

Finalmente, el 10 de noviembre de 2016, el gobierno andaluz remite al Gobierno central la propuesta andaluza de Pacto de Estado para la erradicación de la violencia contra las mujeres con el respaldo unánime de instituciones y agentes sociales³⁴⁶.

3.3. El Pacto de Estado en materia de violencia de género: un paso más en el compromiso para impulsar políticas para la erradicación de la violencia de género

A las directrices internacionales expuestas junto a la iniciativa andaluza se le suman las propuestas de diferentes grupos parlamentarios que, interesados en mejorar y actualizar la Ley 1/2004 y en articular un Pacto social, político e institucional que recupere el espíritu de consenso de dicha ley, generan en el Pleno del Congreso de los Diputados el impulso de suscribir un Pacto de Estado en materia de violencia de género por el Gobierno de la Nación, las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía y la Federación Española de Municipios y Provincias³⁴⁷.

Se crea para ello una Subcomisión en el seno de la Comisión de Igualdad del congreso con el objeto de elaborar un informe que dejen identificados los problemas que impiden

³⁴⁶ El texto consta de 88 medidas, 23 de ellas de carácter urgente que plantean, entre otras iniciativas, la adaptación de la legislación estatal al Convenio europeo de Estambul, lo que ampliaría el concepto de violencia de género a otras formas de violencia contra las mujeres (más allá del ámbito de la pareja); o la suspensión del régimen de visitas a los hijos para las personas denunciadas o condenadas por maltrato. También prevé la reposición del presupuesto estatal en prevención y asistencia social, recortado durante los últimos cuatro años un 17%; el mantenimiento de la red de atención directa en todos los niveles territoriales, la formación especializada de profesionales que trabajen con víctimas, el impulso de la coeducación en todas las etapas educativas, y la inclusión en las estadísticas oficiales de las víctimas indirectas (familiares, amistades y entorno más íntimo de las mujeres) para conocer el alcance real de esta lacra.

El resto de las medidas son específicas para el desarrollo del Pacto de estado para la erradicación de la violencia contra las mujeres y giran en torno a 6 ejes de actuación: sensibilización, investigación y prevención, la formación especializada y educación y de atención integral a las víctimas de violencia de género, entre otras.

³⁴⁷ Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Popular, núm. expediente 162/000135 y Proposición no de Ley del grupo parlamentario Socialista, núm. Expediente 162/000004)

avanzar en la erradicación de las diferentes formas de violencia de género y los cambios necesarios acometer tal fin y dar cumplimiento a las recomendaciones de organismos internacionales³⁴⁸. El citado informe se elabora sobre la base de las propuestas formuladas tanto por expertos en violencia de género como por los Grupos Parlamentarios que recogen un total de 214 medidas estructuradas en diez ejes de actuación³⁴⁹.

Por otra parte y de forma paralela a los trabajos del Congreso, la Comisión de Igualdad del Senado decide el 21 de diciembre de 2016, la creación de una Ponencia que estudie y evalúe en materia de violencia de género, los aspectos de prevención, protección y reparación de las víctimas, analice la estrategia para alcanzar e implementar un Pacto de Estado contra la Violencia de Género y examine finalmente la Ley 1/2004, y adaptarla a las exigencias internacionales³⁵⁰.

Tras varios meses de trabajos, el 13 de septiembre de 2017 el Pleno del Senado aprueba, por unanimidad, el Informe de la Ponencia de Estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género con un total de 267 propuestas y recomendaciones³⁵¹. Por su parte, el Congreso, en su sesión plenaria del 28 de septiembre de 2017, aprobó sin ningún voto en contra el Informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género³⁵².

Las medidas y recomendaciones contenidas en ambos informes integran el Pacto de Estado contra la Violencia de Género aprobado en diciembre de 2017 con los acuerdos alcanzados entre el Gobierno y los representantes de las Comunidades Autónomas, ayuntamientos, partidos políticos, Administración de Justicia, organizaciones sindicales y empresariales y asociaciones civiles, que aspira, a su vez, a recuperar el espíritu de consenso de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en un compromiso firme en pro de una política sostenida para la erradicación de la violencia de género.

Como respuesta inmediata a las propuestas formuladas por los informes y recogidas en el Pacto de Estado se aprueba el Real Decreto-Ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas ur-

³⁴⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG). Congreso de los Diputados, serie D núm. 70 de 16 de diciembre de 2016

³⁴⁹ Los ejes de actuación son los siguientes: Sensibilización y prevención. La mejora de la respuesta institucional. El perfeccionamiento de la asistencia, ayuda y protección a las víctimas. La asistencia y protección de menores. El impulso a la formación de los distintos agentes. El seguimiento estadístico. Las recomendaciones a las Administraciones Públicas y otras instituciones. La visualización y atención de otras formas de violencia contra las mujeres. El compromiso económico. El seguimiento del pacto.

³⁵⁰ Diario de Sesiones del Senado. Comisión de igualdad, núm. 35, de 21 de diciembre de 2016

³⁵¹ BOCG. Senado núm. 145, de 18 de septiembre de 2017

³⁵² BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, núm. 225 de 9 de octubre de 2017

gentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género (RDL 9/2018), que modifica, entre otras, la Ley Orgánica 1/2014 fortaleciendo la tutela judicial y el acceso a la justicia y los recursos de asistencia de las víctimas de violencia de género³⁵³ y la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, permitiendo que la Administración local, en concreto los municipios, pueda llevar a cabo actuaciones en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, así como contra la violencia de género³⁵⁴.

4. PRINCIPALES NOVEDADES SUSTANCIALES DE LA LEY 7/2018

El tiempo transcurrido desde la aprobación de la Ley 13/2007 y el devenir de acontecimientos de corte internacional y nacional, e incluso en el ámbito autonómico andaluz anteriormente reseñados, han sido suficientes para que el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sea consciente de la importancia y de la necesidad de adaptarse con cierta premura a las nuevas realidades introduciendo las modificaciones oportunas para así lograr con tal actualización tanto una optimización de recursos como la implantación de medidas novedosas y eficaces que enriquezcan sustancialmente el tratamiento normativo de la violencia de género.

El Pleno del Parlamento de Andalucía aprueba el 18 de julio de 2018, la Ley 7/2018, de 30 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género³⁵⁵. La Exposición de Motivos justifica la necesidad de la aprobación de la misma aferrándose no solo a los avances normativos acaecidos sino también, a iniciativa del movimiento feminista, en la pertinencia de profundizar en las causas estructurales de la violencia y en quienes la ejercen. De manera que de entrada el objeto de la ley se modifica señalándose que en la actuación contra la violencia de género no solo se ejercerá sobre las mujeres por el mero hecho de serlo, como hasta ahora establecía la Ley 13/2007, sino que se extenderá de forma novedosa, como forma de violencia vicaria sobre las víctimas (art.1.1).

Por otro lado, junto a la medidas que se adopten para la erradicación de la violencia de género, entendidas también como objeto de la ley, se añaden a las actuaciones de prevención y de protección integral a las mujeres (hoy denominadas víctimas) y las acciones de detección, atención y recuperación, nuevas medidas relativas a sensibilización, educativas y formativas, permitiendo “todas las que resulten necesarias” (art. 1.2).

³⁵³ Artículo único RDL 9/2018

³⁵⁴ Disposición Final primera RDL 9/2018

³⁵⁵ BOJA núm. 148, 1 de agosto.

A lo largo de los 36 apartados en los que se divide el único artículo que consta la ley, sumado a las cinco disposiciones adicionales y dos disposiciones finales, se observan importantes novedades que singularizan a la Ley 7/2018 y que merecen una atención pormenorizada.

4.1. La ampliación del concepto de víctima de violencia de género como principal novedad

El legislador andaluz introduce un nuevo artículo en el que deja constancia de los sujetos víctimas violencia de género que sin necesidad de interponer la correspondiente denuncia se les reconocerá los derechos contemplados en la norma vigente si sufren violencia psicológica como física, sexual o económica.

En virtud de lo previsto en el artículo 1 bis de la Ley 7/2018 se consideran víctima de violencia de género tanto la mujer como sus hijos e hijas que sufran la violencia a la que está sometida su madre. También las personas menores de edad, las personas mayores de edad, las personas con discapacidad o en situación de dependencia, sujetas a la tutela o guarda y custodia de la mujer víctima de violencia de género y que convivan en el entorno violento e igualmente las madres cuyos hijos e hijas hayan sido asesinados.

Con esta enumeración, se constata que el legislador andaluz aventaja lo previsto en la norma estatal que ya en su día destacó por no limitarse única y exclusivamente a la mujer como víctima de la violencia de género incluyendo a sus “hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia”³⁵⁶. Y ello por la incorporación tanto del colectivo de personas mayores y con discapacidad o en situación de dependencia como el de las madres cuyos hijos e hijas hayan sido asesinados, que amplían, por tanto de forma considerable la esfera de sujetos que pueden ser considerados víctimas de violencia de género.

Pese a que la continuidad de considerar a la mujer, por el simplemente hecho de serlo, como víctima de la violencia de género no ha supuesto extrañeza alguna como es obvio, el legislador ha reforzado su condición apostillando en la redacción del nuevo texto normativo que lo es “independientemente de su edad, orientación o identidad sexual, origen, etnia, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (art. 1 bis a).

La especial atención a los menores no solo queda reflejada en este artículo 1 bis sino también en el 29 bis garantizando la protección social ante cualquier manifestación de violencia de género ejercida sobre la infancia y la adolescencia, incluyendo el acoso escolar por razón de género y facilitando atención psicológica especializada a las menores de edad que hayan sufrido violencia de género en el ámbito de relaciones de afectividad.

³⁵⁶ Art. 1.2 Ley 1/2004

La protección social a personas mayores, con discapacidad o en situación de dependencia que convivan con la mujer víctima de violencia de género, queda garantizada ante cualquier manifestación de violencia de género de forma particular en el artículo 29 ter, garantizando el acceso a estas personas a centros de residenciales y unidades de día en situaciones de emergencia, en especial ante resultado de muerte de la mujer víctima de violencia de género.

Por otra parte y no menos importante, es la novedosa consideración de víctima de violencia de género a las madres cuyos hijos e hijas hayan sido asesinados (art. 1 bis d), que desencadena a su vez la inclusión de una nueva manifestación de violencia de género denominada violencia vicaria y que, junto a otras manifestaciones que hasta ahora no se contemplaban expresamente en la ley, da cumplimiento a varias peticiones que así lo exigían (art. 3. 4 n)³⁵⁷.

No obstante, los sujetos que ostentan la condición de víctima de violencia de género no verán mermados el reconocimiento de los derechos que la ley contempla ni la aplicación efectiva de las medidas de intervención que requirieran en su caso, por encontrarse en una situación administrativa irregular, pues tanto los derechos como las medidas, precisa el legislador en la Ley 7/2018, se reconocerán y aplicarán “con independencia de su situación administrativa, vecindad civil o personal y su nacionalidad” (art.2.3).

Como nota puntual, se observa como el legislador en reiteradas ocasiones incluye junto al término de víctima, el término de superviviente beneficiándose de ello, así en la atención jurídica integral señala un protocolo de acompañamiento a víctimas con carácter previo a la interposición de la denuncia y durante el procedimiento que incluya el apoyo a otras mujeres supervivientes de violencia de género (art. 35 bis 6) y en la atención integral especializada establece que la Administración dispondrá de recursos especializados para garantizar la adecuada recuperación de las mujeres que hayan sufrido violencia de género en todas sus manifestaciones, supervivientes de violencia sexual (art.43.3). En la misma línea, en las acciones de sensibilización con el fin de prevenir la violencia de género se promueven el impulso de campañas de información y sensibilización que incorporen mensajes positivos, poniendo el foco en el maltratador y que, además de contemplar el término víctima, incluyan el de superviviente (art. 8.3.a); exigiéndose a su vez que en tales actuaciones se presente la imagen de las mujeres supervivientes que han sufrido violencia de género como sujetos plenos, con posibilidad de superar las situaciones en las que se encuentran y como referentes de lucha por los derechos y libertades (art. 8.5.d).

³⁵⁷ La violencia vicaria es la ejercida sobre los hijos e hijas, así como sobre las personas menores de edad, las personas mayores, las personas con discapacidad o en situación de dependencia, que estén sujetas a la tutela o guarda y custodia de la mujer víctima de violencia de género y que convivan en el entorno violento y sobre las madres cuyos hijos e hijas hayan sido asesinados, incluyendo toda conducta llevada a cabo por el agresor que sea utilizada como instrumento para dañar a la mujer. El caso de Ruth Ortíz, cuyos hijos fueron asesinados por su padre José Bretón, generó un debate sobre el asunto que dio lugar a su posterior inclusión como manifestación de acto de violencia de género.

4.2. Concepto, tipología y manifestaciones de la violencia de género

Ateniéndose a las recomendaciones del Convenio de Estambul que distingue entre las formas de violencia y los modos de la misma, la Ley 7/2018 profundiza en el concepto de violencia de género, diferenciando en su artículo 3 entre la naturaleza del perjuicio causado a las víctimas, el *modus operandi* de la misma y la forma de agredir a través de los actos que concretan dicha violencia.

En primer lugar, el concepto de violencia de género que recoge la ley no se circunscribe a la mujer por el mero hecho de serlo sino que se extiende como forma de violencia vicaria sobre las víctimas que se contemplan en la Ley tal como se ha señalado anteriormente. Pese a que el legislador equipara en la exposición de motivos la violencia de género con la violencia machista, opta al definirla que es consecuencia de una cultura machista ofreciendo así una cobertura amplia con diferentes tipos de violencia.

En segundo lugar, el legislador da un paso más precisando junto al concepto de violencia de género, su tipología y manifestaciones, tomando como punto de partida los actos de violencia de género, que pueden implicar un perjuicio o sufrimiento a las mujeres de naturaleza física, psicológica, sexual o económica, siendo éste último el que es añadido con respecto a la ley anterior (art. 3.2). El desglose de los diferentes tipos de violencia de género se realiza en función a la naturaleza del perjuicio o sufrimiento ocasionado, diferenciándose una violencia física, una violencia psicológica, una violencia sexual y, por último, una violencia económica³⁵⁸.

En tercer lugar y sin lugar a dudas, la aportación más significativa en este artículo 3 es el despliegue de forma clara y expresa de las diferentes manifestaciones de violencia de género que a raíz de las directrices contenidas en el Convenio de Estambul, hoy, tras la entrada en vigor de la Ley 7/2018 no quedan indemnes. A los efectos de la ley, se consideran actos de violencia de género, entre otros, las siguientes manifestaciones: la violencia en la pareja o expareja³⁵⁹, el feminicidio³⁶⁰, las agresiones y abusos sexuales³⁶¹, el acoso

³⁵⁸ Art. 3.3 Ley 7/2018

³⁵⁹ Se considera acto de violencia de género la violencia en la pareja o expareja ejercida contra una mujer por el hombre que sea o haya sido su cónyuge o con el que mantenga o haya mantenido relaciones de afectividad, con o sin convivencia, cualquiera que sea el entorno en que se produzca.

³⁶⁰ El feminicidio entendido como los homicidios o asesinatos de las mujeres motivados por una discriminación basada en el género. Se incluirán los homicidios o asesinatos cometidos en el ámbito de la pareja o expareja, así como otros crímenes que revelan que la base de la violencia es la discriminación por motivos de género, entendido por tales el infanticidio de niñas por estos motivos, el homicidio o asesinato vinculado a la violencia sexual y el homicidio o asesinato en el ámbito de la prostitución y la trata.

³⁶¹ Se refieren a las realizadas por los hombres contra las mujeres mediante la utilización del sexo como arma de poder sobre aquellas, cualquiera que sea el ámbito en el que se produzcan

sexual³⁶², el acoso por razón de sexo³⁶³, la violencia contra los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres³⁶⁴, la trata de mujeres y niñas³⁶⁵, la explotación sexual de mujeres y niñas³⁶⁶, la mutilación genital femenina³⁶⁷, el matrimonio precoz o forzado³⁶⁸, la violencia originada por la aplicación de tradiciones culturales que atenten contra los derechos de las mujeres³⁶⁹, la violencia derivada de conflictos armados³⁷⁰, la ciberviolencia³⁷¹, la violencia vicaria, la violencia que se ejerce a través de medios de comunicación o publicidad³⁷² y en

³⁶² Entendido los comportamientos de tipo verbal, no verbal o físico de índole sexual realizados por el hombre contra la mujer, que tengan como objeto o produzcan el efecto de atentar contra su dignidad, o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, cualquiera que sea el ámbito en el que se produzca, incluido el laboral.

³⁶³ Se refiere a comportamientos que tengan como causa o estén vinculados con su condición de mujer y tengan como propósito o produzcan el efecto de atentar contra la dignidad de las mujeres y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, cualquiera que sea el ámbito en el que se produzca, incluido el laboral.

³⁶⁴ Esta violencia es entendida como actuaciones que restrinjan el libre ejercicio del derecho de las mujeres a la salud sexual o reproductiva, que nieguen la libertad de disfrutar de una vida sexual plena y sin riesgos para su salud, el derecho a decidir, el derecho a ejercer su maternidad y el derecho a no sufrir esterilizaciones forzadas

³⁶⁵ La trata de mujeres y niñas, conceptuada como la captación, transporte, traslado, acogimiento o recepción de mujeres, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, por medio de amenazas o uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios con la finalidad de explotación sexual, laboral, matrimonio servil y cualquier otra que pudiera estar relacionada con esta tipología de vulneración de los derechos humanos.

³⁶⁶ Consiste en la obtención de beneficios de cualquier tipo, mediante la utilización de violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, aún con el consentimiento de la víctima, en el ejercicio de la prostitución, la servidumbre sexual u otros tipos de servicios sexuales, incluidos actos pornográficos o la producción de material pornográfico

³⁶⁷ Entendida como conjunto de prácticas que suponen la extirpación total o parcial de los genitales externos femeninos o produzcan lesiones en los mismos por motivos no médicos ni terapéuticos sino, generalmente, culturales, aunque exista consentimiento expreso o tácito de la mujer, adolescente o niña

³⁶⁸ El matrimonio precoz o forzado, entendido como un matrimonio en el que no haya existido un consentimiento libre y pleno de la mujer para su celebración, bien porque haya sido fruto de un acuerdo entre terceras personas, ajeno a la voluntad de aquella, bien porque se celebre bajo condiciones de intimidación o violencia o porque no se haya alcanzado la edad prevista legalmente para otorgar dicho consentimiento o se carezca de capacidad para prestarlo

³⁶⁹ Se entienden incluidas crímenes por honor, crímenes por la dote, ejecuciones extrajudiciales, ejecuciones o castigos por adulterio o violaciones por honor

³⁷⁰ Incluyen todas las formas de violencia posible: asesinato, violación, embarazo forzado, aborto forzado o esterilización forzada, entre otras

³⁷¹ La ciberviolencia contra las mujeres es aquella violencia de género en la que se utilizan las redes sociales y las tecnologías de la información como medio para ejercer daño o dominio, entre las que figuran el ciberacoso, ciberamenazas, ciberdifamación, la pornografía no consentida, los insultos y el acoso por motivos de género, la extorsión sexual, la difusión de imágenes de la víctima y las amenazas de violación y de muerte.

³⁷² La violencia que se ejerce a través de medios de comunicación o publicidad, que fomente o incentive la discriminación por razón de sexo o utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio o incorporando mensajes que la promuevan.

definitiva, cualquier forma de violencia contra las mujeres que lesione o sea susceptible de lesionar la dignidad, al integridad o la libertad de las víctimas (art. 3.4).

4.3 La apuesta por medidas estructurales que visibilizan y previenen la violencia de género

Tanto la Ley 1/2014 como la Ley 13/2007 abanderaron como prioridades el reto de establecer medidas destinadas a modificar la estructura social que hoy sigue latente como se refleja en la exposición de motivos de la ley y en muchas de las modificaciones asentadas por el legislador en 2018.

Como primer apunte y con la finalidad de conocer la situación real sobre la violencia de género, el legislador prorroga el interés por fomentar por parte de la Administración de la Junta de Andalucía, la realización de estudios e investigaciones, insistiendo con la nueva ley que los mismos “permitan conocer la realidad de la misma, en todas sus manifestaciones, extensión y profundidad, sus causas y efectos, su incidencia y percepción social” (art. 5 a). Junto a ello, indicaba las líneas de investigación a seguir para el estudio del fenómeno social de la violencia de género, incidiendo en el análisis de las causas, características, consecuencias y factores de riesgo que hoy apostilla de forma novedosa con la atención a los tipos, dimensiones y manifestaciones de la violencia, en especial a las formas nuevas o emergentes, e incluyendo el estudio de los modelos de masculinidades hegemónicas y de su relación con las causas de la violencia de género (art. 6.1 a y c).

Una segunda observación que constata la disposición del legislador por el cambio estructural se refleja en el interés del mismo por el desarrollo de instrumentos específicos necesarios para el análisis de las medidas destinadas a la prevención y erradicación de la violencia de género como el Observatorio Andaluz de la Violencia de Género³⁷³. Se le atribuyen a este órgano colegiado funciones asesoras y de evaluación de las políticas y medidas adoptadas para prevenir y combatir todas las formas de violencia, procediendo a su análisis y difusión. A su vez, es el encargado, en colaboración con la Unidad Estadística Cartográfica de las Consejerías competentes en materia de igualdad y de violencia de género, de definir los indicadores necesarios para el análisis de la violencia de género, así como las fuentes de información de referencia y la metodología de cálculo de los mismos, contribuyendo al apoyo de la investigación de todas las formas de violencia de género.

Con la inclusión de este nuevo artículo 7 bis se avanza en la prevención y en el estudio del fenómeno social de la violencia de género que visibilizan aspectos estructurales como germen de las diferentes manifestaciones de la violencia de género y que posibilitan su erradicación de forma más inmediata .

³⁷³ Decreto 298/2010, de 25 de mayo, por el que se crea el Observatorio Andaluz de la Violencia de Género y se regula su composición y funcionamiento

El tercer bloque de medidas estructurales que se evidencian en la ley van dirigidas a la población masculina. Para el desarrollo del Plan integral de sensibilización y prevención contra la violencia de género, se añade una nueva estrategia de actuación dirigida a dicha población, con especial incidencia entre los jóvenes, que insiste en la necesidad de promover una sociedad más igualitaria entre mujeres y hombres (art. 8.2. d). La alusión a los jóvenes, en este caso de la población masculina como femenina, como referente transformador de la sociedad para los posibles cambios estructurales que puedan erradicar la violencia de género vuelve a estar presente como uno de los colectivos destinatarios de las campañas de información y sensibilización (art. 8.3. c).

En la misma línea innovadora y como forma de prevención, el legislador aviva a la Administración a promover programas y actuaciones dirigidos a hombres para la erradicación de la violencia de género. Tales programas podrán incluir medidas para la reducción del riesgo de la violencia de género a través de la reeducación social, que podrá comprender tratamiento psicológico, mecanismos de readaptación, resocialización, rehabilitación y otros procedimientos técnicos aconsejables, sin que, en ningún caso, las cantidades destinadas por la Administración de la junta de Andalucía a la elaboración, desarrollo, promoción o ejecución de dichos programas puedan suponer una minoración de las que tengan por objeto la protección integral de las víctimas (art. 10 bis).

Finalizando con esta tendencia legislativa hacia el estudio del origen y las posibles causas generadoras de la violencia de género, se dispone que en las actuaciones de sensibilización presenten la violencia no solo en su naturaleza multidimensional sino también en su naturaleza estructural (art. 8.5. a) y en el contexto de propuestas formativas, en relación a los programas formativos relacionados con dicha violencia, exige el legislador que han de tener un contenido y duración que permita adquirir los conocimientos necesarios no solo del marco normativo, sino de “las especiales circunstancias en las que la violencia de género se genera, las relaciones y reacciones de la víctima y agresor en cada uno de los ciclos de la violencia y las consecuencias para los hijos e hijas” (art. 20.5).

4.4 La atención singularizada a colectivos especialmente vulnerables

Como ya declaramos en líneas anteriores, el concepto de víctima de violencia de género se amplía de forma considerable a raíz de la ley 7/2018, incrementándose por tanto el colectivo de personas destinatarias tanto de medidas preventivas como de una completa protección integral. Dentro de este amplio colectivo, existe una especial predisposición hacia los más vulnerables que, si bien ya la Ley 13/2007, los atendía de forma concreta como se refleja en el artículo 45, es ahora cuando reciben por parte del legislador una atención más específica y contundente como se refleja a lo largo del articulado de la ley.

En una primera aproximación al texto normativo, la deferencia a colectivos expuestos a cierta desprotección debido a las circunstancias que le rodean es evidente en el tratamiento de los derechos de las víctimas de violencia de género, en concreto en el derecho a la

atención especializada. El referido derecho garantiza una atención social integral, la acogida en los centros especializados dependientes de la Junta de Andalucía y la asistencia sanitaria, psicológica y jurídica especializada, de ahí que para una completa operatividad del mismo se conmina a la Administración de la Junta de Andalucía al desarrollo de programas específicos para las víctimas especialmente vulnerables en los que se incluye, la trata y explotación sexual, las mujeres en el medio rural, las mujeres con discapacidad y las mujeres inmigrantes y pertenecientes a minorías étnicas (art. 27.3). Además a éstos dos últimos colectivos se les garantizan a su vez, el derecho a recibir en cualquier momento información, asesoramiento y atención adecuada a su situación personal y necesidades específicas, ya sean con los medios de apoyo necesarios, ya sea mediante la asistencia de intérprete cuando así se requiera (art. 26.1 a).

Con carácter novedoso, la ley 7/2018 garantiza la protección social de dos colectivos especialmente vulnerables ante cualquier manifestación de violencia de género que se ejerza sobre ellos de forma singularizada: uno, la ejercida sobre la infancia y la adolescencia, incluyendo el acoso sexual por razón de género e incorporando las actuaciones necesarias ante las manifestaciones de violencia de género realizadas a través de las tecnologías de la información y de la comunicación y de las redes sociales (art. 29 bis) y dos, la ejercida sobre las personas mayores, con discapacidad o en situación de dependencia que estén sujetas a la tutela o guarda y custodia de la mujer víctima de violencia de género y que convivan en el entorno violento, garantizándoles el acceso a centros residenciales y unidades de día en situaciones de emergencia, en especial ante el resultado de muerte de la mujer víctima de violencia de género (art. 29 ter).

De forma análoga en la regulación de la atención integral especializada, la inquietud hacia las víctimas que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad por sus circunstancias personales, sociales o culturales como personas con discapacidad, personas mayores, personas inmigrantes y personas que vivan en el medio rural, con especial atención a las personas menores de edad en situación de riesgo social, sigue siendo cuestión prioritaria para el legislador. De ahí que con el propósito de alcanzar una completa operatividad de la aludida atención, en el que la intervención con las víctimas de violencia de género es fundamental, se garantiza una adecuada accesibilidad de la atención integral y de los medios de apoyo y de recuperación necesarios (art. 43.2 c) como la posibilidad de suscribir acuerdos de colaboración con las organizaciones sociales que trabajen (art. 45.4). Paralelamente se introduce un nuevo párrafo que garantiza a las mujeres víctimas de violencia de género que lo soliciten en el Programa Individual de Atención (PIA) el ingreso en el Servicio de Atención Residencial para personas mayores o con discapacidad en situación de dependencia, incluyendo las valoradas en grado I (art. 45.2).

De otra parte, en el afán preventivo de la violencia de género que respira la ley andaluza, se azuza a los poderes públicos para que impulsen campañas de información y sensibilización específicas con objetivos y criterios determinados que hasta la ley 7/2018, no quedaban definidos y hoy de manera expresa abogan por la incorporación en tales campañas

de los colectivos menos favorecidos como las mujeres con discapacidad (art. 8.3.d) y las mujeres que viven el ámbito rural (art. 8.3.e).

Finalmente, las alusiones de forma singularizada a colectivos ávidos de un plus de protección y asistencia integral se cierran en el entorno educativo que refieren al deseo expreso de incorporar en los programas formativos en materia de violencia de género dirigidos al personal de la Administración andaluza en general y al personal que de forma directa atiende a las víctimas de dicha violencia, cuestiones generales que evidencian la diversidad de las víctimas en general, remarcando las que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad (art. 20.4). Reincidiendo el legislador en un nuevo precepto que alude a la formación en el ámbito de los servicios sociales, en concreto en la formación de personas cuya actuación profesional se dirija a las personas menores de edad en situación de riesgo o desprotección social y a su ámbito familiar, así como aquellas que trabajen con autores o con víctimas de actos de violencia de género (art. 25 bis).

4.5. El reto de una formación de calidad, continua y permanente

Con carácter general, el interés formativo hacia el personal de la Administración de la Junta de Andalucía y, en concreto, al personal responsable de la atención a las víctimas de violencia de género, es una constante en el legislador andaluz, que, de forma particular, insiste a partir del 2018, tanto en la incorporación de forma expresa de la perspectiva de género para todo el personal en general como en el carácter obligatorio, permanente y especializado que ha de caracterizar la formación dirigida a los profesionales y personal de la Administración de la Junta de Andalucía que trabajen en materia de violencia de género y que posteriormente tendrán que acreditar. Con la aprobación de la Ley 7/2018, el colectivo que se beneficia de dicha formación de calidad y especializada engloba el personal responsable de la atención a las víctimas de dicha violencia, el que preste atención a los agresores y el que pudiera formar parte de las comisiones de investigación y tratamiento de acoso sexual y acoso por razón de sexo (art. 20.1).

El compromiso del legislador por la apuesta de una formación de calidad queda sellado con un nuevo artículo que exige que la misma sea impartida por personas y colectivos de expertos, con acreditado conocimiento en género e igualdad que por su trayectoria y capacitación garanticen la incorporación de la perspectiva de género, recibiendo así el personal responsable de la atención a las víctimas de la violencia de género una formación permanente y especializada con carácter obligatorio (art. 25 ter).

En los extramuros del capítulo dedicado a la formación de profesionales, se observan destellos de este reto expuesto, así al referirse a los profesionales que asesorarán y acompañarán a las mujeres en situación de violencia de género y a las víctimas de violencia de género que actuarán con la “debida formación y especialización acreditada” (art. 35 bis.1 y 3) o cuando alude al equipo multidisciplinar de los centros municipales de información a

la mujer, que inciden en la formación especializada y acreditada, permanente y continuada que les debe constar (art. 41 bis).

Por último, la Disposición adicional quinta de la Ley 7/2018 refiere a la formación en violencia de género encomendando a la Consejería competente en materia de violencia de género que, junto con el Instituto Andaluz de Administración Pública, elaboren un Programa formativo especializado en violencia de género para las personas empleadas públicas en un plazo máximo de doce meses desde la entrada en vigor de la ley.

5. EL ENFOQUE INTERSECCIONAL FRENTE AL ENFOQUE DE GÉNERO EN EL TRATAMIENTO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La incorporación de la perspectiva de género en el tratamiento de la violencia contra las mujeres conlleva la concepción del género como elemento constitutivo de las relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres por el simple hecho de pertenecer a la categoría hombre o a la categoría mujer, permitiendo comprender y explicar las dinámicas de subordinación de las mujeres por parte de los hombres. Se limita, a su vez, al binomio hombre-agresor/ mujer-víctima, dotando de una naturaleza unívoca a todas las víctimas y obviando las diferentes identidades de las mujeres objeto de maltrato.

Desde los años ochenta una de las preocupaciones crecientes de los debates feministas han sido la de visibilizar la diversidad de las mujeres y los diferentes aspectos relacionados con dicha diversidad: la necesidad de reconocer las opresiones múltiples experimentadas por colectivos diversos de mujeres, o las experiencias y el conocimiento diferenciado que surgen dichas realidades³⁷⁴.

Si bien la perspectiva de género define la violencia contra las mujeres como desigualdad de género, este enfoque no es suficiente para analizar las diferentes desigualdades a las que están expuestas. La limitación de la perspectiva de género que se fija en un único eje de desigualdad distorsiona la realidad de las múltiples dimensiones de la identidad de cada mujer víctima siendo inimaginable permitirse el lujo de desatender la diferencia y diversidad entre las mujeres víctimas de violencia de género³⁷⁵.

El término interseccionalidad fue acuñado por la jurista afroamericana Kimberlé Crenshaw para describir la situación especial en la que se encontraban las mujeres afroamericanas en las que la raza y el género interactúan conformando experiencias en las que interseccionaban diferentes discriminaciones por el hecho de ser mujeres y por ser negras y que

³⁷⁴ BODELÓN GONZÁLEZ, E. "Las leyes de igualdad de género en España y en Europa ¿hacia una nueva ciudadanía?", Anuario de Filosofía del Derecho, núm. 26, 2010, pp.85-106, 2010, p.95

³⁷⁵ DAVIS, K. "Intersectionality as Buzzworld: a sociology of science perspective on what makes a feminist theory successful", Feminist Theory 9, pp. 67-85, 2008

causaban una discriminación diferente y mayor que la mera suma de ambos factores de desigualdad³⁷⁶. Para esta jurista esas experiencias no quedan subsumidas en los límites tradicionales de la discriminación racial o la discriminación de género como compartimentos separados, sino que por el contrario es necesario tener en cuenta su intersección³⁷⁷.

La interseccionalidad es una herramienta analítica para estudiar, entender y responder a las maneras en que el género se cruza con otras identidades y cómo estos cruces contribuyen a experiencias únicas de opresión y privilegios. Se trata de una metodología indispensable para el trabajo en los campos del desarrollo y los derechos humanos. El análisis tiene como objetivo revelar las varias identidades, exponer los diferentes tipos de discriminación y desventaja que se dan como consecuencia de la combinación de identidades. Dicho análisis plantea que no debemos entender la combinación de identidades como una suma que incrementa la propia carga sino como una que produce experiencias sustantivamente diferentes.

En el contexto de la violencia contra las mujeres, la interseccionalidad es la herramienta que permite visibilizar, identificar y analizar la situación específica y particular en la que se encuentra una mujer víctima de violencia de género en la que no sólo sufre discriminación por ser mujer y por ser víctima de violencia machista, sino que además en su condición de víctima interseccionan y se solapan múltiples factores que dan como resultado una vulnerabilidad diferente y mayor que la suma aritmética de las distintas variables³⁷⁸.

El enfoque interseccional representa un cambio analítico en la investigación cualitativa en el ámbito de la violencia de género que permite centrarse en los detalles de los contextos particulares en los que se encuentran las mujeres víctimas de violencia machista y en los aspectos cualitativos de este problema social así como reconocer la unicidad del fenómeno de la violencia de género allí donde interseccionan los distintos tipos de discriminación³⁷⁹.

En ocasiones se ha cuestionado al alcance analítico que debería aspirar el análisis interseccionalista, si debía limitarse tan sólo al estudio preciso de las relaciones entre identi-

³⁷⁶ Para conocer el origen del concepto analítico de interseccionalidad, ved. STOLCKE, V. "¿Qué tiene que ver el género con el parentesco?" *Antropología e Historia de la Construcción de Identidades Sociales y Políticas*, AHCISP, Universidad Autónoma de Barcelona, 2010, PP.324-326

³⁷⁷ CRESNSHAW, K "Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of antidiscrimination doctrine, Feminist Theory, and Antiracist politics", *University of Chicago Legal Forum*, 14, 1989, pp. 538-554.

³⁷⁸ VALLE MORENO, S., "La interseccionalidad como herramienta metodológica para el análisis cualitativo de las vivencias de las mujeres víctimas de violencia de género: caleidoscopio de desigualdades y múltiples discriminaciones", en *Investigación cualitativa en Ciencias Sociales*, vol. 3, 2016, pp. 205.

³⁷⁹ VALLE MORENO, S., *op. cit.*, p. 206

dades, descuidando de este modo el hecho fundamental de que estas interrelaciones se hallan siempre insertas en estructuras sociales históricas³⁸⁰.

A día de hoy, la referencia al enfoque interseccional no se equipara a un enfoque marginal en absoluto, sino que constituye parte del núcleo de recomendaciones elaboradas por la Unión Europea que tienen como objetivo último promocionar medidas antidiscriminatorias y fomentar la igualdad.

En virtud de lo expuesto, el legislador andaluz consciente de este cambio de paradigma, apuesta por la incorporación de un enfoque integral en la normativa relativa a la violencia de género que de forma progresiva se refleja en diferentes declaraciones.

Una primera manifestación de este nuevo enfoque lo observamos en la propuesta que desde Andalucía se realiza por un Pacto de Estado para la erradicación de la violencia contra las mujeres, en concreto, en una de las medidas específicas contempladas en las que se anima a profundizar en la interseccionalidad y a consolidar la transversalidad en todos los ámbitos adecuándose a las nuevas realidades y escenarios de la violencia contra las mujeres.

En la misma línea y ya de forma expresa en la Exposición de motivos de la Ley 7/2018, al justificarse la aprobación de la misma, se alega la necesidad de adaptar la ley precedente, la Ley 12/2007, al contexto actual permitiendo introducir reformas que profundicen en políticas de igualdad y faciliten la erradicación de la violencia de género, desde “un enfoque feminista, transversal e interseccional”. La atención a dicho enfoque vuelve a quedar remarcada en dicha Exposición al referirse a la nueva redacción del artículo 3 que, relativo al concepto, tipos y manifestaciones de la violencia de género ha de apostar por un “enfoque integral, multidisciplinar e interseccional” que demandan los postulados de las nuevas ciencias jurídico-sociales.

6. INNOVACIONES Y CAMBIOS EN LAS ACCIONES DE SENSIBILIZACIÓN Y PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La política integral contra la violencia de género establecida por la Ley Orgánica 1/2004 se asume por completo con la aprobación de la Ley 13/2007, reflejando una estructura lineal en el que las medidas están ordenadas en atención al carácter preventivo o reparador de la acción pública respecto de la violencia de género, según los casos³⁸¹. El armazón estructural implantado no queda alterado por la Ley 7/2018 que, en cambio, sí trae consigo modificaciones en determinadas medidas, e incluso innovaciones que merecen su atención.

³⁸⁰ YUVAL-DAVIS, N., “Intersectionality and Feminist Politics”, *European Journal of Women’s Studies*, 13, 2006, pp. 193-210; DAVIS, K. “Intersectionality as Buzzword: a sociology of science perspective on what makes a feminist theory successful”, *Feminist Theory* 9, 2008, pp. 67-85,

³⁸¹ MORA RUIZ, M., *op. cit.*, pp. 440-448

El Título I, sin alterar su denominación, mantiene el elenco de medidas previstas por el legislador en 2007 de corte preventivo sustentadas en diferentes ámbitos, referentes a la investigación, sensibilización, comunicación y educación, en los cuales, salvo en éste último, el de educación, podemos corroborar que en el resto se producen significativas modificaciones³⁸².

En el contexto de la investigación, la apuesta del legislador por indagar y explorar el fenómeno social de la violencia de género sigue intacta, insistiendo de forma novedosa, por un lado, que los estudios ahonden en todos los tipos, dimensiones y manifestaciones de la violencia, con especial atención a sus formas nuevas o emergentes (art.6.1 a) y, por otro, que tanto la perspectiva de género y la perspectiva feminista sean eje central, transversal y prioritario de los mismos (art. 5 a). Junto a las líneas de investigación ya establecidas por la Ley 13/2007 que permiten avanzar en el conocimiento de las causas, características y consecuencias de la violencia de género y que ahora es modificada, se incorpora una nueva línea relativa al estudio de los modelos de masculinidades hegemónicas y su relación con las causas de la violencia de género, así como las circunstancias, motivaciones y consecuencias para los hombres que la ejercen y que permiten, como ya tratamos en líneas anteriores, ahondar en las raíces estructurales de la violencia de género (art. 6.1. c).

Esta labor investigadora será determinante junto a la recogida, análisis y difusión de la información obtenida, para que la Administración autonómica observe y evalúe la efectividad de las medidas destinadas a la prevención y erradicación de la violencia de género, adquiriendo especial importancia los instrumentos específicos necesarios para ello. Con la incorporación del Observatorio Andaluz de la Violencia de Género como instrumento concreto para tal fin, se avanza por tanto un poco más en la prevención y en el estudio del fenómeno social de la violencia de género (art. 7 bis) tal como hemos tenido ocasión de comentar anteriormente al tratar las medidas estructurales que visibilizan y previenen la violencia de género como novedad sustancial.

Con carácter general, se prevé que tales instrumentos, aparte de observar y evaluar, también puedan supervisar, no solo la efectividad de las medidas sino también como añade el legislador la evolución de sus manifestaciones, incorporando los indicadores necesarios, incluidos los de carácter presupuestario, a fin de asegurar que los objetivos se lleven a cabo, así como el nivel de cumplimiento a medio y largo plazo (art. 7).

³⁸² El legislador deja constancia en la Ley 13/2007 que el ámbito educativo es un campo proclive para actuar de manera preventiva contra la violencia de género y establece, en una línea de correspondencia con la Ley 1/2004, una serie de actuaciones entre las que destaca, la exigencia de coeducación y la escuela inclusiva(art.11.3), la incorporación a los currículos educativos de medidas de carácter preventivo (art. 12), el seguimiento de medidas educativas en el seno de los Consejos Escolares por persona especializada (art. 13), la supervisión de la inspección educativa (art. 15) y el fomento de estudios y conocimientos transversales orientados a la coeducación y prevención en el ámbito universitario (art.16) que el legislador en la Ley 7/2018 mantiene de forma íntegra junto a otras acciones.

Seguidamente, el legislador prosigue con las medidas de sensibilización con el fin de prevenir la violencia de género destacando la elaboración del Plan Integral de sensibilización y prevención contra dicha violencia y el reconocimiento de la labor de sensibilización social iniciada por asociaciones y manifestaciones sociales, incluyendo como novedad a las deportivas, que junto a las culturales y artísticas, contribuyen a la recuperación de las víctimas (art. 10).

De forma particular, el desarrollo del Plan Integral de sensibilización y prevención contra la violencia de género, que ha de aprobarse cada cinco años,³⁸³ se lleva a cabo atendiendo a las estrategias de actuación ya establecidas por la Ley 13/2007, a las que hoy se suman nuevas estrategias como las relativas a la formación y especialización de profesionales en el ámbito laboral, en colaboración con las organizaciones empresariales y sindicales, para que puedan recibir una formación singular para la prevención y la sensibilización del acoso sexual y el acoso por razón de sexo (art. 8.2 f), las que establecen la elaboración, impulso y actualización de los protocolos de actuación, en especial de aquellos que permitan valorar, reducir y alertar sobre los niveles de riesgo potencial de violencia de género (art. 8.2 h) y las más significativas, por el efecto estructural que puede generar, relativas a la sensibilización, programas y actuaciones de prevención de todas las formas de violencia y desigualdades de género dirigidas a la población masculina, con especial incidencia entre los jóvenes (art. 8.2 d), que de forma más detenida hemos tratado anteriormente.

El resto de las estrategias de actuación han sufrido modificaciones parciales que han supuesto un plus de efectividad como se refleja, por un lado, en el contexto de la educación al incluirse la coeducación de manera transversal y la educación afectivo sexual de acuerdo con el desarrollo evolutivo de los niños y niñas (art. 8.2.a) y, por otro, en el interés por la cooperación y cooperación de los distintos operadores implicados en el objetivo de erradicar la violencia de género con la Administración de Justicia y las Fuerzas Armadas (art. 8.2 g).

Por otra parte, se añaden a los elementos que deben contener las actuaciones de sensibilización para modificar mitos, modelos y prejuicios existentes, la tarea de visibilizar toda clase de violencia de género y promover el rechazo social a la figura del agresor y la detección y prevención de micromachismos, denunciando sus abusos y destacando las consecuencias de tales señalando sus responsabilidades, con el fin de evitar la imagen de impunidad (art. 8.5.c y e). Tal rechazo a la figura del agresor es objeto también de atención por parte del legislador en el encargo que remite a los poderes públicos a impulsar campañas de información y sensibilización específicas para que incorporen mensajes positivos y unitarios con el foco en el maltratador (art. 8.3.a).

³⁸³ Hasta la fecha no se han aprobado ningún Plan Integral de sensibilización. No obstante la Disposición adicional cuarta de la Ley 7/2018, recoge el encargo al Consejo de Gobierno de aprobar la formulación del Plan integral de sensibilización y prevención contra la violencia de género en el plazo máximo de doce meses desde la entrada en vigor de dicha ley.

A continuación y en la misma línea preventiva y de sensibilización hacia la violencia de género, las siguientes medidas que señalamos arrojan el ámbito de la publicidad y de los medios de comunicación quedando parcialmente alteradas con respecto a la ley anterior, destacando el tono más riguroso que emplea el legislador en el control que por parte de los organismos competentes de la Junta Andalucía puedan llevar a cabo, prohibiendo y no velando, cualquier difusión de contenidos o emisión de espacios o publicidad sexistas, discriminatorias, vejatorios, estereotipados que justifique o incite a la violencia de género³⁸⁴. De igual forma, con cierto tono imperativo exige al Gobierno de Andalucía el deber de velar que no reincidan en tales actuaciones por parte de empresas y medios públicos, incidiendo especialmente en los medios públicos o privados que sean financiados total o parcialmente con cargo a los presupuestos de la Junta de Andalucía (art. 17.3).

A su vez de forma explícita y novedosa exige a los medios de comunicación de titularidad pública la realización de forma continuada, además de las que se efectúen en fechas conmemorativas, campañas contra la violencia de género, incorporando mensajes destinados a la sensibilización de la ciudadanía contra los diferentes tipos de violencia, así como la prevención de la misma, el deber de la denuncia, el rechazo social, los mecanismos de salida de la situación de violencia y de superación (art. 17.2).

Continuando con el siguiente bloque de medidas destinadas a la prevención que han sido objeto de modificación, hemos de referirnos a las relativas a la formación de profesionales, que con una doble proyección, reflejan el interés del legislador hacia la formación especializada en materia de violencia de género con la incorporación de la perspectiva de género que han de tener, por un lado, los profesionales y el personal de la Administración de la Junta de Andalucía y, por otro, el personal que imparte dicha formación, las cuales comentamos al tratar el reto de una formación de calidad como novedad sustancial de la ley (art. 20.1 y 25 ter).

A todo ello se suma la inclusión de la violencia de género, sus causas y consecuencias como materia para las pruebas de acceso a la función pública en la Comunidad Autónoma de Andalucía (art. 20.2).

Por otro lado, en relación con las previsiones específicas en formación que recoge la ley relativas a diferentes ámbitos como el judicial (art. 24), la seguridad (art. 23), la salud (art. 24) y los medios de comunicación (art. 25) no hay que indicar ninguna modificación ni innovación alguna, únicamente ha de resaltarse alteraciones en el contexto de la educación y la inclusión de un nuevo sector para la formación: el ámbito de los servicios sociales.

³⁸⁴ Se observa el interés en insistir en la figura del agresor en la tarea de erradicar la continua transmisión de estereotipos en medios audiovisuales que queda reflejado en el informe del grupo de trabajo relativo al análisis y revisión de la situación y medidas para la promoción de la igualdad de género y contra la violencia de género en Andalucía- Informe 9-14/OAPC-000058, aprobado en sesión celebrada el día 27 de noviembre 2014 (Boletín Oficial Parlamento de Andalucía, núm. 576, 3 diciembre 2014)

En lo referente a la formación en el ámbito educativo se incluyen contenidos relativos a igualdad de género, coeducación y prevención de la violencia de género en la formación del profesorado “en fase de prácticas, en la formación inicial obligatoria para el ejercicio de la función directiva, en la formación inicial dirigida al personal que asesora de formación prácticas y a directoras de centros del profesorado en prácticas y en la formación correspondiente a la fase de prácticas para el acceso al Cuerpo de Inspección de Educación (art. 22.2).

El interés por continuar con la formación específica para padres y madres en materia de coeducación y de facilitarles herramientas metodológicas de actuación ante la violencia de género sigue intacta, a los que se suman “las personas que asuman la tutela, guardia o custodia de las personas menores” (art. 22.3).

De manera novedosa, se opta por promover la formación en materia de violencia de género a las personas profesionales del Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía, con especial atención de aquellas personas cuya actuación profesional se dirija a las personas menores de edad en situación de riesgo o desprotección social y a su ámbito familiar, así como aquellas que trabajen con autores o con víctimas de actos de violencia de género (art. 25 bis 2).

Por otra parte, aprovecha el legislador este nuevo artículo para promover la formación especializada en materia de violencia de género “cualquiera que sea el ámbito profesional de que se trate”(art. 25 bis 3). A tales efectos, la Administración andaluza, mediante acuerdos con las organizaciones empresariales y organizaciones sindicales, impulsará la inclusión, en sus planes de formación destinados al personal de dirección y de los trabajadores y trabajadoras, y especialmente de quienes negocien convenios colectivos y planes de igualdad en las empresas, de la materia correspondiente a la prevención y tratamiento de la violencia de género, con especial atención al acoso laboral por cuestión de género. Es de destacar, a su vez, la inquietud de potenciar la programación de acciones formativas relacionadas con la sensibilización en la igualdad de género y la prevención de la violencia en el ámbito de la formación profesional para el empleo, tanto destinada a personas ocupadas como a desempleadas.

Finalmente, se cierra el capítulo con la apuesta por la calidad en la formación que ya comentamos como novedad sustancial garantizando que la misma deba ser impartida por “personas y colectivos expertos y con acreditado conocimiento en género e igualdad”, y en especial la dirigida al personal responsable de la atención a las víctimas de la violencia de género, indicando que será una formación permanente y especializada, con carácter obligatorio (art. 25 ter).

7. LAS ACCIONES POSITIVAS DE PROTECCIÓN, ATENCIÓN Y RECUPERACIÓN A LAS VÍCTIMAS

Ante la situación real de violencia, la Ley establece una protección integral que se refuerza con el artículo 16 del Estatuto de Autonomía para Andalucía y que a partir de la Ley 7/2018 no se ciñe únicamente a las mujeres víctimas de violencia de género sino a las víctimas de violencia de género en el sentido amplio que la ley importa en los términos del artículo 1 bis. De ahí que la denominación del Título II sea objeto de rectificación y se refiera a la protección y atención a las víctimas y a los derechos de las víctimas de violencia de género y no a las mujeres como aludía la Ley 13/2007.

7.1. El reconocimiento de derechos y su acreditación como paso previo

El reconocimiento expreso de una serie de derechos que se generan a las víctimas de violencia de género no tendrían especial fuerza sino quedarán suficientemente garantizados o protegidos por parte de las Administraciones públicas de Andalucía, tal como les encomienda el legislador.

Los derechos reconocidos como tales en la ley no quedan mermados sino, al contrario, se ven reforzados por los cambios generados con la ampliación del concepto de víctimas de violencia de género con la especial sensibilidad y atención a sectores más vulnerables tal como se desprende, en concreto, en el derecho a la información y en el derecho a la atención especializada.

El primero de ellos, el derecho a la información, pese a que se garantiza solo a las mujeres víctimas de violencia de género, perfila dentro de las mujeres, su garantía a las mujeres más vulnerables como mujeres con discapacidad, mediante los medios de apoyo necesarios, y las mujeres extranjeras, mediante la asistencia de intérprete (art. 26.1. a).

De igual forma, el legislador al tratar el segundo de los derechos mencionados, el derecho a la atención especializada, se sensibiliza de tales colectivos, instando a las Administraciones de la Junta de Andalucía a desarrollar programas específicos para víctimas de violencia de género (en el sentido amplio) especialmente vulnerables como mujeres en el medio rural, con discapacidad e inmigrantes, entre otras (art. 27. 3). A su vez, se añade un apartado específico extendiendo su aplicación a las víctimas que han sufrido violencia de género en el sentido amplio que, como ya ha quedado reiterado en múltiples ocasiones, se circunscribe, a partir de las aportaciones del Convenio de Estambul no solo a las mujeres, sino a hijas que la sufran, personas menores de edad, personas mayores, personas con discapacidad o en situación de dependencia y las madres cuyos hijos e hijas hayan sido asesinados (art. 27.2).

Tales derechos, junto al derecho a la intimidad y privacidad y el derecho a la escolarización inmediata en caso de violencia de género, se condicionan a una previa acreditación para

su pleno reconocimiento y efectiva operatividad que ha supuesto un vuelco al enfoque originario en cuanto a la forma de acreditación por parte de la víctima.

Los medios habilitados por la ley 13/2007 para acreditar la violencia de género han girado en base a la resolución judicial que acredita mediante documento la orden de protección, las medidas cautelares o la sentencia condenatoria por violencia de género y que con carácter excepcional, hasta tanto se dictara dicha resolución, podía sustituirse por otro documento acreditativo como el informe del Ministerio Fiscal o el certificado acreditativo de atención especializada por un organismo público competente en materia de violencia de género. Al aprobarse la Ley 7/2018, la relación establecida ha quedado igualada en el sentido que se equiparan todos los medios enunciados en el artículo 30, de manera que la resolución judicial tiene el mismo peso que el informe del Ministerio Fiscal de cuyo contenido se desprenda que existen indicios de violencia de género, pero con la novedad que se agregan nuevos medios como las certificaciones o informe de los servicios sociales sanitarios, de los servicios de atención a las víctimas y de los servicios de acogida de la Administración pública competente, el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en los casos de acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito laboral, el atestado de autoridad policial que acredite la existencia de indicios razonables sobre la condición de víctima y cualquier otro que venga establecido por norma de rango legal.

7.2. Las medidas de protección en los diferentes ámbitos de actuación

Con el propósito de lograr una completa y efectiva protección a las víctimas de violencia de género que genere, por ello, una atención integral y multidisciplinar, es inevitable que la acción administrativa se proyecte en diferentes sectores de actuación. Tal fue el objetivo previsto por el legislador en 2007 que hoy se traslada de igual forma en la Ley 7/2018, con la previsión de una serie de medidas, que salvo las relativas a salud, son todas objeto de modificación.

Un primer ámbito de reacción para la tutela de las víctimas de la violencia de género es la garantía de seguridad personal. El legislador da un paso más en la colaboración conjunta por parte de las diferentes Administraciones implicadas en la prevención, actuación y persecución de los actos de violencia de género (sanitarias de justicia, las Fuerzas y cuerpos de Seguridad y los servicios sociales y organismos de igualdad) no limitándose a promover acuerdos con la Administración General del Estado para arbitrar un Plan de Seguridad Personal que garantice la seguridad y protección de las víctimas, sino también impulsando la elaboración e implantación de un Plan integral personal de carácter social que garantice la protección social de cada una de las víctimas de violencia de género, dando una respuesta individual a cada víctima de violencia de género e integrando las medidas de protección social adecuadas a su situación personal y necesidades (art. 32 bis).

En un segundo momento, la atención jurídica pormenorizada centró las inquietudes del legislador en su aspiración a una completa protección ofreciendo a las mujeres víctimas de violencia de género una misma 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 y la asistencia letrada especializada, que a raíz de la Ley 7/2018 queda garantizada también mediante turno de guardia de los letrados y las letradas durante las 24 horas del día, especializada en violencia de género a través de los Colegios de Abogados de Andalucía (art. 35.2).

De forma particular, incluye un nuevo artículo referente a la atención integral que garantiza a todas las mujeres en situación de violencia de género el asesoramiento y acompañamiento por parte de profesionales con la debida especialización y formación acreditada, independientemente que hayan iniciado procedimiento judicial o no (art. 35 bis 1) La Administración andaluza dispondrá de un protocolo de acompañamiento a víctimas con carácter previo a la interposición de la denuncia y durante el procedimiento, que incluya la colaboración con las organizaciones sociales dedicadas a la lucha contra la violencia de género y el apoyo de otras mujeres supervivientes de la violencia de género (art. 35 bis 6). Reconoce, por otro lado, a las víctimas de violencia de género el derecho a recibir asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente previo a la interposición de la denuncia (art. 35 bis 2).

Por otra parte, el refuerzo de instituciones tan determinantes en la atención jurídica especializada de las víctimas de violencia de género como los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y las Unidades de valoración integral de la violencia de género, creadas a raíz de la ley 13/2007, también es evidente en la nueva ley. Así, se dispone que la Consejería competente en materia de Administración de Justicia adoptará las medidas necesarias para que todos los juzgados especializados en violencia de género y en los juzgados mixtos que tengan asumidas dichas competencias existan instalaciones que eviten el contacto directo entre las víctimas y sus familiares y el denunciado o investigado (art. 36.2). Por otra parte, en relación con las Unidades de valoración se le suma un cometido más de valoración relativo a los procedimientos civiles que afecten a las víctimas de violencia de género (art. 37. 1 d) y se perfila, a su vez, la especialización del personal que integra tales unidades, las cuales han de estar integradas por personal de la Medicina Forense, de la Psicología y del Trabajo Social (art. 37.2).

Concluye el capítulo dedicado a la atención jurídica con la tutela procesal de las víctimas que queda reforzada con respecto a la previsión establecida en la Ley 13/2007, al contemplarse hoy como deber, y no como posibilidad, el deber de personación de la Administración de la Junta de Andalucía en los procedimientos por actos de violencia de género cometidos en Andalucía en los supuestos en los que se cause la muerte a mujeres e incluso a menores³⁸⁵. La posibilidad de personación se relega a los procedimientos por actos de violencia de género cometidos por su especial gravedad o repercusión social (art. 38).

³⁸⁵ 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 AAVV: *Igualdad ¿para que? A propósito de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, ed. Comares, Granada, 2007

En tercer lugar, la protección integral de las víctimas implica una atención que se suscribe al ámbito social. Cumpliendo el cometido establecido en la ley 13/2007 de crear en los municipios las unidades de información y atención a mujeres víctimas de cualquier tipo de violencia de género y asumiendo el encargo establecido en la Propuesta andaluza por un Pacto de Estado para la erradicación de la violencia contra las mujeres como medida urgente³⁸⁶, se regula de forma pormenorizada en un nuevo artículo 41 bis los Centros municipales de información a la mujer que, aparte de contar con un equipo multidisciplinar con especialización y formación acreditada permanente y continuada en violencia de género, actuarán en coordinación con los organismos con competencia a nivel autonómico en materia de igualdad, violencia de género, administración de justicia, seguridad, educación, salud, servicios sociales y empleo, con la finalidad de homogeneizar en Andalucía el tratamiento y atención a las víctimas, respetando la autonomía local; facilitándose para ello, la integración de los sistemas de información y se contarán con protocolos específicos de coordinación e intervención³⁸⁷.

7.3. La atención integral especializada

El legislador persiste en garantizar a las víctimas de violencia de género, una vez que hayan sido acogidas, una atención integral especializada y multidisciplinar que ante la intervención que requiere con las propias víctimas, se basa en un sistema coordinado de servicios, recursos y de ayudas, no limitándose éstas únicamente a las de carácter económico y sociolaboral, sino también a las fiscales (art. 43.2).

La atención integral especializada hacia los colectivos especialmente vulnerables, los cuales continúan con un tratamiento singular en el artículo 45, mejoran al garantizarse la accesibilidad a dicha atención y a los medios de apoyo y recuperación no solo a las mujeres discapacitadas e inmigrantes, tal como se establecía en la Ley 13/2007, sino también a las personas mayores, personas que viven en el medio rural y menores de edad en situación de riesgo social (art. 43.2 c).

Por otra parte y atendiendo a las nuevas manifestaciones de violencia de género que arrastra el Convenio de Estambul, el legislador no deja escapar la oportunidad al regular la atención integral de exigirle a la Administración la conveniencia de establecer medidas específicas de actuación que permitan la detección y atención ante supuestos de mutilación genital femenina y matrimonio forzado (art. 43.4).

³⁸⁶ En la Propuesta andaluza se establece como medida urgente garantizar el mantenimiento de la red de atención directa a las víctimas de violencia machista en todos los niveles territoriales y especialmente los Centros Municipales de Atención y Puntos de información a las Mujeres, por ser la Administración local más cercana a la ciudadanía

³⁸⁷ Las competencias del municipio se amplían mediante Disposición Final primera del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género que introduce un nuevo apartado al artículo 25.2 de la LRBRL, relativa a “actuaciones en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres así como contra la violencia de género”.

Con vistas a la recuperación de las mujeres que hayan sufrido violencia de género, supervivientes de violencia sexual, incluso el acoso sexual en el ámbito laboral, la Administración ha de disponer de los recursos especializados, pudiendo prolongarse en el tiempo los mismos y otros medios atendiendo a las circunstancias y necesidades hasta facilitar su completa recuperación (art. 43.3 y 8).

7.4. Las medidas dirigidas a la superación y la recuperación integral

Entre las medidas que se pueden adoptar para la erradicación de la violencia de género, las medidas de recuperación, ocupan una posición significativa en la ley que junto a otras tales como las medidas de sensibilización, formativas y de detección, conforman el objeto de la misma. A diferencia de las ayudas socioeconómicas y las disposiciones relativas a vivienda, como medidas de apoyo para la recuperación integral de la víctima de violencia de género, las medidas que se puedan adoptar en el ámbito laboral son las únicas que han requerido algún cambio a raíz de la Ley 7/2018.

La inserción en el medio laboral ha sido pieza esencial en la recuperación de las mujeres víctimas de violencia de género desde la aprobación de la Ley 13/2007, en incluso desde la Ley 1/2004, en la que el legislador estatal prevé un programa específico de empleo para las víctimas violencia de género inscritas como demandantes de empleo, incluyéndose medidas para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia³⁸⁸.

El legislador andaluz establecía, en un primer momento, que las Administraciones darán prioridad al colectivo de mujeres víctimas de violencia de género en los programas de formación e inserción laboral que desarrollen, en especial en aquellas acciones formativas con compromiso de contratación. La apuesta por esta línea se refuerza incluyendo la posibilidad de establecer programas y actuaciones específicas destinadas a tal colectivo de mujeres para facilitar el acceso al empleo y la mejora de la empleabilidad (art.51.3).

Lo dispuesto anteriormente es una muestra añadida a la inquietud del legislador en las cuestiones laborales que afecten a las víctimas de violencia de género, pues aparte de estos aspectos incidentales en la recuperación de la propia víctima, se refleja también en las medidas de sensibilización al requerirse una formación y especialización de profesionales en el ámbito laboral para la prevención y la sensibilización del acoso sexual y el acoso por razón de sexo (art. 8.2 f), pues como ya quedó expuesto en la Ley 13/2007, para garantizar los derechos de las trabajadoras se realizarán acciones de sensibilización que estimen oportunas para evitar que la violencia de género tenga consecuencias negativas en las condiciones de trabajo, acceso, promoción, retribución o formación.

³⁸⁸ Art. 22 Ley 1/2004

8. MEJORAS EN LA COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN INSTITUCIONAL

La implicación de instituciones, asociaciones y de las diferentes Administraciones en la aplicación de las medidas preventivas y de atención y protección integral es obvio y necesario para conseguir la erradicación total de la violencia de género. Tal coordinación de las instituciones responsables de la atención a las mujeres y de la prevención de la violencia de género ha sido uno de los ejes primordiales en la acción del Gobierno Andaluz en el desarrollo de los Planes de Acción contra la Violencia hacia las Mujeres³⁸⁹, y más recientemente ha sido presentada como una de las medidas y compromisos por parte de la propuesta andaluza por un Pacto de Estado para la erradicación de la violencia contra las mujeres³⁹⁰.

La ley 13/2007 consciente de esta innegable labor conjunta responde a la necesidad de establecer medidas e instrumentos que garanticen óptimos resultados en la prevención y protección de la violencia de género, estableciendo por ello parámetros de actuación como las redes de colaboración y protocolos de actuación y creando, a su vez, 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”, que recientemente ha sido regulada de nuevo reglamentariamente³⁹¹.

El informe anual encargado a la Consejería competente en materia de violencia de género sobre el conjunto de actuaciones llevadas a cabo por las Consejerías implicadas en mate-

³⁸⁹ I Plan del Gobierno andaluz para avanzar en la erradicación de la violencia contra las mujeres (1998-2000) y II Plan de Acción del Gobierno andaluz contra la violencia hacia las mujeres (2001-2004)

³⁹⁰ Medida 2.5 Medidas de coordinación y cooperación institucional: garantizar la efectiva actuación coordinada de las administraciones, profundizando en la coordinación y cooperación de las administraciones estatal, autonómica y local tanto en materia de igualdad como contra la violencia de género. Implicar en esta tarea a las entidades ciudadanas y asociaciones de mujeres. Unificar y homogeneizar criterio y medios para la prevención y atención a víctimas, impulsando protocolos y su implementación desde los diferentes ámbitos institucionales y profesionales. Impulsar el desarrollo de planes estratégicos y operativos para prevenir, proteger y reparar el daño a las víctimas de violencia machista. Creación de una Comisión de Seguimiento para impulsar el pacto para la erradicación de la violencia contra las mujeres en los términos fijados y velar por el cumplimiento del mismo.

³⁹¹ Con fecha 21 de abril de 2009 entra en vigor el Decreto 72/2009, de 31 de marzo, por el que regula la Comisión Institucional de Andalucía de coordinación y seguimiento de acciones para la erradicación de la violencia de género, dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 58.3 de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, que establece que el funcionamiento de la mencionada Comisión se desarrollará reglamentariamente. Pero el tiempo transcurrido desde la aprobación del Decreto 72/2009, de 31 de marzo, y la conveniencia de potenciar la participación de las asociaciones que trabajan en la lucha contra la violencia de género y de los grupos de profesionales, personas profesionales expertas en violencia de género, de reconocida formación y experiencia que asesoren a la Comisión Institucional, hacen conveniente adecuar su composición y funcionamiento a la demanda social existente en la actualidad. En virtud de ello, se ha aprobado recientemente el Decreto 465/2019, de 14 de mayo, por el que se regula la Comisión Institucional de Andalucía de coordinación y seguimiento de acciones para la erradicación de la violencia de género, resaltando la atribución de nuevas funciones así realizar el seguimiento de las actuaciones derivadas del Pacto de Estado en Materia de Violencia de Género en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en coordinación con las Comisiones Locales de Seguimiento contra la Violencia de Género

ria de violencia de género es otra muestra del reflejo de la labor coordinada que, siguiendo las indicaciones de la ley 7/2018, consignarán las secciones presupuestarias donde estén enclavadas cada una de las actuaciones como los créditos empleados³⁹².

Por otra parte, se suman de forma novedosa dos nuevos artículos que consolidan la apuesta por la mejora en la coordinación y cooperación institucional ofreciendo, entre otros, una atención personalizada a las víctimas de violencia de género.

En primer lugar, se establece la ventanilla única como sistema centralizado de atención a las víctimas de violencia de género que favorecerá una mayor eficiencia en la respuesta integral a las mismas, permitiendo, a su vez, una simplificación de los trámites administrativos. A tales efectos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para garantizar la cooperación, la coordinación interinstitucional y el trabajo en red, facilitando la interconexión de los sistemas de atención, protección y seguridad (art. 57 bis).

La segunda novedad se centra en la regulación del Punto de coordinación de las órdenes de protección que, dependiente de la Consejería competente en materia de violencia de género, se constituye como vía específica de comunicación de las órdenes de protección dictadas por los órganos judiciales, a través de la cual se articulará una actuación ordenada de los servicios asistenciales y de apoyo a las víctimas de violencia de género (art. 57 ter).

³⁹² Disposición Adicional primera Ley 7/2018

BIBLIOGRAFÍA

BODELÓN GONZÁLEZ, E. “Las leyes de igualdad de género en España y en Europa ¿hacia una nueva ciudadanía?”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2010, pp.85-106.

CRESNSHAW, K. “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color,” *Stanford Law Review*, 43, 1991, pp.1241-1299.
- “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory, and Antiracist politics”, *University of Chicago Legal Forum*, 14, 1989, pp. 538-554.

DAVIS, K. “Intersectionality as Buzzworld: A Sociology of Science Perspective on What Makes a Feminist Theory Successful”, *Feminist Theory* 9, 2008, pp. 67-85.

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 *AAV: Igualdad ¿para que? A propósito de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, ed. Comares, Granada, 2007.

DURAN FEBRER, M. “Dos años de Ley integral contra la violencia de género: logros y desafíos”, *Aequalitas* nº 19 (2006), pp.42-49.

GIL RUIZ, J. *El Convenio de Estambul como marco de derecho antidisriminatorio*, Dykinson, 2018.

IGLESIAS CANLE, I.C., “La víctima de violencia de género en el ordenamiento jurídico español”, DENTE, F. E CAGNOLATI, A. (Eds): *Comunicazione di genere tra immagini e parole*, 2019, pp. 61-80.

LOUSADA AROCHENA, J. F., “Aproximación al estatuto de la víctima del delito desde la perspectiva de género” *Aequalitas* nº 40, 2017, pp.12-26.

- “El convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género”, *Aequalitas* nº 35, 2014, pp. 6-15.

MENEDEZ SEBASTIÁN, P, “La protección frente a la violencia de género del personal de las Administraciones Públicas”, en MENEDEZ SEBASTIÁN, E. (dir) *La Administración promotora de la igualdad de género*, Tirant Monografías, Valencia, 2012.

MORA RUIZ, M: “Servicios sociales e igualdad de género” en *El Derecho de los servicios sociales en Andalucía*. Estudios del derecho propio de Andalucía, 2012, pp. 405-453.

SALAZAR BENÍTEZ, O., “La igualdad de género”, en MUÑOZ MACHADO, S. Y REBOLLO PUIG, M.(dir), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson -civitas, Madrid, 2008, pp. 307-331.

STOLCKE, V. “¿Qué tiene que ver el género con el parentesco?” *Antropología e Historia de la Construcción de Identidades Sociales y Políticas*, AHCISP, Universidad Autónoma de Barcelona, 2010.

SYMINGTON, A. “Interseccionalidad: una herramienta para la justicia de género y la justicia económica”, en *Derechos de las mujeres y cambio económico*, núm. 9, 2004, pp.1-8.

VALLE MORENO, S., “La interseccionalidad como herramienta metodológica para el análisis cualitativo de las vivencias de las mujeres víctimas de violencia de género: calidoscopio de desigualdades y múltiples discriminaciones”, en *Investigación cualitativa en Ciencias Sociales*, vol. 3, 2016, pp. 203-207.

VENTURA FRANCH, A., “El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica”, *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 97, 2016, pp 179-208.

YUVAL-DAVIS, N., “Intersectionality and Feminist Politics”, *European Journal of Women's Studies*, 13, 2006, pp. 193-210.

Capítulo VII. LA LEY 4/2017, DE 25 DE SEPTIEMBRE, DE LOS DERECHOS Y LA ATENCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA

Javier E. Quesada Lumbreras

1. INTRODUCCIÓN.

Junto a la salud, la educación y las pensiones, como sistemas desarrollados en la década de los ochenta, la autonomía personal y atención a la dependencia constituye el cuarto pilar del Estado del Bienestar y un punto de inflexión, como afirma VIDA FERNÁNDEZ, «en la realización del Estado Social cuya trascendencia resulta difícil de abarcar» aun a día de hoy.

Y es que, en efecto, más de trece años después de la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante, LEPA), los principales obstáculos para la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad siguen siendo los mismos: las disputas en su desarrollo autonómico y las dificultades del proceso técnico de su aplicación, como ya nos alertaba el autor en su día³⁹³.

³⁹³ VIDA FERNÁNDEZ, J., «Presentación», *Documentación Administrativa*, núm. 276-277 (número monográfico sobre el sistema para la autonomía y la atención a la dependencia), septiembre-diciembre 2006 y enero-abril, 2007, pág. 9.

Desde esta perspectiva no podemos olvidar el análisis económico de la cobertura de la dependencia, como nos recuerda LÓPEZ CASASNOVAS, que viene a constituirse también en uno de los principales déficits de esta Ley³⁹⁴.

La situación de dependencia necesita asimismo, como señala MONEREO PÉREZ, «de un tratamiento integral y completo a través de un conjunto integrado de medidas capaces de afrontar el problema social en toda su complejidad real». Y esto es lo que se pretendía entonces y sigue constituyendo su finalidad principal.

La idea, a juicio del autor, «discutible en el plano de la política jurídica, que ha presidido la reorganización racionalizadora de los sistemas públicos de protección social ha sido crear “Sistemas” diferenciados desde el punto de vista administrativo-institucional (sistema nacional de salud; sistema nacional de empleo; sistema nacional de dependencia). Pero conviene tener cuidado para evitar confundir con esa disgregación que una cosa es la Seguridad Social en sí (o en su caso también la “asistencia social externa”) y otra el sistema institucional-administrativo organizado para su realización como servicio público»³⁹⁵.

³⁹⁴ LÓPEZ CASASNOVAS, G., «Análisis económico de la cobertura de la dependencia: algunas reflexiones sobre las causas y consecuencias de sus déficits, en el contexto general de la crisis del estado de bienestar», *Documentación Administrativa*, núm. 276-277 (número monográfico sobre el sistema para la autonomía y la atención a la dependencia), septiembre-diciembre 2006 y enero-abril, 2007, pág. 74.

Desde este punto de vista, el autor considera que los principales déficits de esta Ley, y los antidotos para su corrección, serían los siguientes:

«(I) incapacidad-indeseabilidad de aspirar a la uniformidad en un contexto de provisión descentralizada como es hoy el español;

(II) las disfunciones entre capacidades decisorias, y responsabilidades por las consecuencias financieras generadas, tanto entre proveedores y financiadores como entre distintos niveles institucionales que comparten competencias necesita corregirse en la dirección apuntada en el texto;

(III) los estudios económicos que prescinden de la concatenación wagner-engel-preston, en justificaciones optimistas (creación de empleo, plena incorporación de las cuidadoras informales al mercado de trabajo, a salarios medios vigentes, con escasa sensibilidad a la edad y a la formación...) y que resultan excesivamente contingentes a la situación económica del momento, son en general poco robustos y necesitan reestimarse;

(IV) los copagos acostumbra a resultar políticamente menos factibles que el aseguramiento limitado con apertura de niveles complementarios a primas comunitarias; los copagos vinculados a renta pueden mejorar su en todo caso escasa racionalidad en mayor medida a través de las deducciones fiscales que a través de supuestos ricómetros de dudosa lógica;

(V) en el despliegue de toda ley, la visión de la operativa ha de estar presente atendiendo a la capacidad gestora de los agentes, los incentivos, la información disponible por parte del regulador, los efectos deseados e imprevistos en las distorsiones de bienestar por desequilibrio del “terreno de juego” de las decisiones individuales y sociales (o de segunda ronda) etc.

(VI) Conviene a este respecto separar las cuestiones de la justificación de la ley que son de naturaleza necesariamente ideológica (y en este sentido coyunturales y revisables), de las que invaden aspectos técnicos, de funcionamiento con un sector de carácter mayormente estructural.

(VII) Por todo ello, la Ley 39/2006 de Autonomía Funcional y Dependencia comentada necesita, a nuestro entender, de una amplia revisión a efectos de asegurar su coherencia, sostenibilidad y aplicabilidad futura».

³⁹⁵ MONEREO PÉREZ, J. L., «El Modelo de protección social de la dependencia: el derecho subjetivo de ciudadanía social», *Documentación Administrativa*, núm. 276-277 (número monográfico sobre el sistema para la autonomía y la atención a la dependencia), septiembre-diciembre 2006 y enero-abril, 2007, págs. 624 y 625. En

El mandato constitucional del artículo 49, como principio rector de la política social y económica, se desarrolla así para garantizar 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, «mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español» (art.1 de la LEPA). Este sistema debería responder, como así establece el legislador, «a una acción coordinada y cooperativa de la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, que contemplará medidas en todas las áreas que afectan a las personas en situación de dependencia, con la participación, en su caso, de las Entidades Locales». La realidad, sin embargo, dista mucho de esta finalidad y el papel de estos últimos actores constituye, a mi juicio, la clave de bóveda del sistema.

Autonomía, dependencia, actividades básicas de la vida diaria, necesidades de apoyo para la autonomía personal, asistencia personal o tercer sector son, en suma, algunos de los pilares esenciales que sustentan la protección (y efectividad) de los derechos fundamentales de este colectivo.

2. LA NORMATIVA INTERNACIONAL EN LA MATERIA.

En el ámbito jurídico internacional, desde hace ya algunas décadas, existe una gran sensibilidad en torno a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación por cualquier condición o circunstancia personal, económica, social o cultural³⁹⁶. Así, desde la Organización de Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Unión Europea, entre otras organizaciones

el Estado Social Autnómico, como subraya el autor, «siempre plantea problemas respecto a la distribución de competencias entre el Estado central y las CC.AA.. Pero el problema mayor se suscita por el débil e insuficiente título competencia que ha sido aducido por el legislador (art. 149.1.1.a CE, reclamado como “fundamento constitucional” por la Disposición final 8.a). La lógica distributiva de competencias habría sido más coherente y definida para articular los tres grandes niveles de protección por dependencia. Con este fundamento debilitado las tensiones competenciales serán mayores y mayores también los problemas de una necesaria coordinación entre las distintas Administraciones Públicas estatales y autonómicas.

Es criticable, como añade, «el excesivo período de espera para la plena vigencia de la Ley, lo que desatiende enormemente la situación crítica actual de un amplio conjunto de personas mayores en situación de dependencia. Ello supone, en la práctica, una merma significativa de la eficacia del derecho subjetivo a la protección por dependencia. Según la Disposición final 1.a (“Aplicación progresiva de la Ley”) “La efectividad del derecho a las prestaciones incluidas en la presente ley se ejercitará progresivamente, de modo gradual y se realizará de acuerdo con el siguiente calendario a partir del 1 de enero de 2007: ... El séptimo y octavo año a quienes sean valorados en el Grado I de Dependencia Moderada, nivel 1”. De manera que la aplicación efectiva y plena de la Ley se dilatará a ocho años a partir de enero de 2007».

³⁹⁶ Ya en 1948, en el seno de la Organización de Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establecía que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos» (art.1).

internacionales, se han elaborado diferentes documentos programáticos o jurídicos sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

En este sentido, se puede destacar el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, aprobado en 1982 en el seno de las Naciones Unidas, donde se define que «una persona es minusválida cuando se le niegan las oportunidades de que se dispone en general en la comunidad y que son necesarias para los elementos fundamentales de la vida, incluida la vida familiar, la educación, el empleo, la vivienda, la seguridad financiera y personal, la participación en grupos sociales y políticos, las actividades religiosas, las relaciones íntimas y sexuales, el acceso a instalaciones públicas, la libertad de movimiento y el estilo general de la vida diaria».

En el ámbito europeo, también merece especial referencia el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de Noviembre de 1950, en el que el Consejo de Europa reconoce los derechos de las personas con discapacidad a la igualdad ante la Ley y a la protección contra la discriminación. Y más concretamente, en materia de empleo, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, hace este mismo reconocimiento, específicamente, en el ámbito laboral.

Por su parte, el Tratado de Ámsterdam, de 2 de Octubre de 1997, constituirá un hito en este camino al establecer la lucha contra la discriminación como uno de los ejes de la política social comunitaria³⁹⁷. Reconocimiento que encontrará su cumbre más alta en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, adoptada en Niza, el 7 de diciembre del año 2000, DOCE (2000/C 364/01), donde se declara la prohibición de toda discriminación, y en particular, de las personas con discapacidad entre el elenco de derechos fundamentales.

Así la Carta Europea reconoce que para lograr la igualdad para las personas con discapacidad, el derecho a no ser discriminado debe ser complementado con el derecho a beneficiarse de medidas diseñadas para garantizar su independencia, integración y participación en la vida social. Conclusión, por tanto, del silogismo es, al menos en principio, que si propugnamos la igualdad de las personas serán necesarias acciones tendentes a la prohibición de cualquier tipo de discriminación que afecte al colectivo de personas discapacitadas³⁹⁸.

³⁹⁷ El artículo 13 del Tratado establece lo siguiente: «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previo consulta al Parlamento, podrá adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

³⁹⁸ Asimismo, el Consejo Europeo, en desarrollo de la competencia que el artículo 13 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea le atribuye para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación, adoptó el primer programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006) en la Decisión 2000/750/CE, de 27 de noviembre de 2000.

Pero para lograr la efectividad de estas acciones se hace imprescindible diferenciar a los que no son iguales mediante la adopción de medidas de acción positiva que tenderán a discriminar a unos en favor de lograr una plena igualdad de derechos para aquellas personas socialmente marginadas y que precisan de este tipo de acciones para alcanzar esa pretendida igualdad entre todos los individuos. La consecuencia de la conjugación de ambas premisas, no discriminación y acción positiva, será la ansiada inclusión social de los colectivos de personas con discapacidad o en situación de dependencia.

El propio artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como ya apunté, declara que: «Todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos». Pero, como sabemos, la igualdad no es sinónimo de uniformidad. Lo que esa común y radical condición de la persona trata de evitar es la existencia de diversas categorías de ciudadanos determinada por sus condiciones subjetivas. Y es en esa diferencia, en ese reconocimiento de la diversidad, en el marco en el que debemos afirmar que las personas con discapacidad o en situación de dependencia también son titulares de los mismos derechos fundamentales que el resto de los ciudadanos.

A fin de alcanzar esta meta de la plena igualdad, todas las comunidades deben celebrar la diversidad en el seno de sí mismas, y deben asegurar que las personas con discapacidad o en situación de dependencia puedan disfrutar de las distintas clases de derechos humanos: civiles, políticos, sociales, económicos y culturales reconocidos por las distintas Convenciones internacionales, por el Tratado de la Unión Europea y en las distintas constituciones nacionales. Ese es el mandato universal, inherente al reconocimiento de los derechos humanos.

De este modo, las soluciones frente a la situación de desventaja de las personas con discapacidad o en situación de dependencia se plantearían a partir del respeto a los valores esenciales que son el fundamento de los derechos humanos. Se trata de potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social sobre la base de determinados principios: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, diálogo civil, entre otros.

Desde este planteamiento, como se desprende de la normativa internacional, las actuaciones sociales aisladas, amparadas en el concepto de beneficencia, van a ser dejadas de lado y van a pasar a integrarse en políticas sociales globales y, en su caso, específicas para colectivos que singularmente han de ser objeto de integración.

Y es que, en efecto, uno de los principios fundamentales que ha guiado las actuaciones de los gobiernos democráticos, desde hace ya algún tiempo, es el reconocimiento y promoción de los derechos y libertades de todos los ciudadanos y ciudadanas, prestándose un interés especial por todos aquellos que se encuentran con mayores dificultades de integración en nuestra sociedad.

Es común en los discursos de los poderes públicos la afirmación de que las personas con discapacidad o en situación de dependencia deben tener las mismas posibilidades que el

resto de la población a la hora de acceder y disfrutar de los recursos del entorno social en el que conviven, lo que supone en definitiva la aplicación práctica del principio de igualdad de oportunidades.

Pero aun así, ante la falta de respuestas eficaces de las políticas sociales de atención a las personas con discapacidad o en situación de dependencia, las asociaciones representativas del colectivo siguen reclamando, incansablemente, la igualdad de oportunidades en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales y de acceso a los recursos sociales, como por ejemplo, el trabajo, una educación integradora, el acceso a las nuevas tecnologías, los servicios sociales y sanitarios, el deporte y actividades de ocio, y a productos, bienes y servicios de consumo, etc.

Ciertamente el acercamiento a las personas con discapacidad o en situación de dependencia y su tratamiento jurídico difiere alrededor del mundo, dependiendo de la cultura, normas, creencias y circunstancias. No obstante, hay ciertas tendencias comunes que parecen estar ganando terreno en la mayoría de los lugares, aunque, a menudo, más lentamente de lo que sería deseable.

Una de las características generales del discurso público sobre las personas con discapacidad o en situación de dependencia es que éste ha experimentado cambios cuantitativos sustanciales en las últimas décadas. Así, de ser un asunto que no captaba suficientemente la atención de los poderes públicos se ha convertido en uno de los ejes prioritarios de la política social. Si bien aún es un tema poco considerado, ha conseguido significativamente mayor atención tanto por parte de los gobiernos como de las instituciones supranacionales en los últimos veinte años.

También ha habido importantes cambios cualitativos de perspectiva en los debates de políticas públicas. Se ha dejado de lado la visión de que las personas con discapacidad o en situación de dependencia son «víctimas» que necesitan «caridad», girando hacia un enfoque en el que se les asume como seres humanos con plenitud de derechos. Ya no se les ve como objetos y beneficiarios de programas, sino como participantes y actores, reconociendo sus contribuciones a la sociedad y demandando su total inclusión, sin sufrir su presencia ni considerándolos una carga³⁹⁹.

³⁹⁹ Entre las principales implicaciones de estos paradigmáticos cambios podemos subrayar la propia definición de discapacidad, la cual ha experimentado un cambio fundamental en sí. Por siglos, las personas discapacitadas fueron, regularmente, definidas según sus condiciones médicas o enfermedades (por ejemplo, usando el término «sordomudo» como nombre en vez de adjetivo). Hoy es reconocido que las discapacidades son relativas y derivadas de la interacción entre las capacidades funcionales de un individuo y su ambiente físico y social. Por ejemplo, una persona sin visión puede ser discapacitada en relación a la gente con visión en una habitación bien iluminada, pero puede llegar a ser más capaz que esas mismas personas cuando las luces se apagan, y de ahí pasamos a la integración de este colectivo, los «discapacitados», a todo el entramado de leyes que tratan el problema de la dependencia.

Para las políticas públicas, esta realidad ha de significar que exigencias que podrían, de otro modo, ser consideradas como «casos especiales», como la habilitación de rampas en las aceras para facilitar la movilidad, puedan ser tan «normales» y convencionales como instalar postes de alumbrado público, pues no son más que personas dependientes en función de los obstáculos que se les ponga la sociedad para el desarrollo de las actividades básicas de su vida diaria.

De esta forma, a mi juicio, una cuestión esencial en la asunción de las política publicas en materia de personas con discapacidad o en situación de dependencia es que este colectivo pase de ser considerado objeto de beneficencia o de programas sanitarios a ser considerado, por sus condiciones personales, como sujetos de derechos humanos. En concreto, es preciso asumir, que los problemas de inaccesibilidad no son la consecuencia directa de las deficiencias motrices o sensoriales de la persona, sino más bien de la decisión de los poderes públicos de hacer una sociedad más accesible, como puede ser, por poner un ejemplo, construir escaleras en lugar de rampas o poner avisos sonoros sin acompañarlos de otros luminosos y viceversa.

Se trata, en definitiva, de trasladar la responsabilidad desde el individuo con discapacidad o en situación de dependencia –quien según el paradigma médico se debía adaptar e integrar a una sociedad diseñada para un modelo de los «física, sensorial o psíquicamente aptos»– hacia una sociedad que ya no debe ser diseñada de manera restrictiva ni excluyente⁴⁰⁰.

⁴⁰⁰ PALACIOS, A., *La discapacidad frente al poder de la normalidad. Una aproximación desde tres modelos teóricos*, Tesina doctoral elaborada bajo la dirección de Rafael de Asís Roig, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid, 2004. En el ámbito teórico, como explica la autora, «existen diferentes paradigmas conceptuales para explicar o entender el fenómeno de la discapacidad y dependencia. Esto puede ser expresado dentro de una dialéctica integrada por los dos modelos, aparentemente opuestos, que son los que han regido la configuración normativa de atención a las personas con discapacidad que ha existido a lo largo de la historia: el *modelo médico* versus el *modelo social*.

El modelo médico es aquel que considera la discapacidad exclusivamente como un problema de la persona, directamente ocasionado por una enfermedad, trauma o condición de la salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. En consecuencia, el tratamiento de la discapacidad se encuentra encaminado a conseguir la cura, o una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta. De este modo, desde el punto de vista jurídico, la discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y seguridad social, o como parte de ciertas cuestiones del derecho civil relacionadas con la incapacitación y la tutela. La atención sanitaria se considera la materia fundamental, y en el ámbito político, la respuesta principal es la modificación y reforma de la política de atención a la salud. Por su parte, el modelo social de discapacidad se ha generado básicamente a través del rechazo a los fundamentos expuestos anteriormente. Esto no significa negar al problema de la discapacidad, sino situarlo dentro de la sociedad. Según los defensores del modelo social, no son las limitaciones individuales las causas del problema, sino las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Básicamente, el modelo social considera a la discapacidad como un problema de origen social, en el que la misma no es simplemente un atributo de la persona, sino un complejo conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social. En consecuencia, el manejo del problema requiere la realización de todas las modificaciones y adaptaciones ambientales necesarias, a los fines de alcanzar la participación plena de las personas con discapacidad en la totalidad de las áreas de la vida social. Por lo tanto, el problema –que es más una cuestión ideológica que biológica– requiere la introducción de cambios sociales, lo que en el ámbito de la política constituye una cuestión de derechos humanos».

En ese largo camino recorrido durante las últimas décadas en pro de la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad o en situación de dependencia, las acciones llevadas a cabo por la mayoría de los gobiernos están girando desde el énfasis en la rehabilitación del individuo desde una óptica estrictamente médica, hacia una concepción global que aboga por la modificación de la sociedad para incluir y acomodar las necesidades de todos los ciudadanos, incluidas las personas con discapacidad. Desde una concepción paternalista se ha evolucionado hasta aquella que lo que pretende es facultar a las personas con discapacidad o en situación de dependencia a decidir sobre sus propias vidas. Y es que los viejos enfoques basados en gran medida en la compasión y en la indefensión se consideran ya inaceptables en la actualidad.

Por su parte, en el ámbito jurídico, quizás el aspecto más importante dentro del proceso legislativo español en este campo, es el paso, en los últimos años, del principio de causalidad al principio de finalidad. Efectivamente, hasta hace relativamente pocos años los programas de atención a la discapacidad se articulaban no sólo desde una óptica de beneficencia, sino que además, constituyó una tendencia general partir de la causa de la minusvalía y desde esa base, desarrollar la protección al minusválido⁴⁰¹.

En la actualidad, prima el principio de finalidad, y se intenta, por tanto, lograr una protección similar para todos, sea cual fuere la causa de su deficiencia o situación de dependencia. En definitiva, se pretende eliminar la parcelación legislativa por sectores de minusvalías: ceguera, sordera, deficiencia psíquica, etc., y por causas de la dependencia, para conseguir una visión y unos cauces globales, sin perjuicio, naturalmente, del tratamiento diferenciado, en los casos que sea preciso, de cada una de las deficiencias. Ya el Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, respondía a este principio, al otorgar a todos los minusválidos, sin distinción en cuanto al origen de su discapacidad, los beneficios en él contenidos.

Pero no fue hasta la promulgación de la Ley 13/1982 de Integración Social de los Minusválidos, más conocida como LISMI, cuando este principio finalista, que implica la necesidad de dar una respuesta integral a los problemas de las personas con discapacidad sin discriminar las causas o el tipo de minusvalía de que se trate, cuando el mismo dejó de ser una mera declaración retórica de intenciones para pasar a ser una realidad patente en el propio articulado de dicha Ley. Aun así, la respuesta integral al problema de la discapacidad y dependencia no ha llegado todavía a los términos que los propios colectivos implicados reclaman.

Pero además de su carácter como concepto relativo, la discapacidad abarca una amplia gama de condiciones que varían considerablemente en su severidad; por lo que el éxito

⁴⁰¹ De ese modo, dicha protección era, en muchos casos, diferente e incluso más beneficiosa para determinados grupos de disminuidos. Como ejemplo de las citadas tendencias podemos mencionar los conocidos programas de atención a los mutilados de guerra, a los infectados por el envenenamiento del aceite de colza o por el virus (VIH) que causa el SIDA.

de las acciones que se emprendan dependerá significativamente, no sólo de ese cambio de paradigma –superado ya en cierta forma– de la concepción que se ha de tener del fenómeno de la discapacidad, sino también del entendimiento de esta diversidad de situaciones. Y es aquí, precisamente, donde «flaquea» el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad o en situación de dependencia.

En la actualidad, como veremos más adelante, carecemos de una respuesta eficaz e integral a los problemas que se les plantea a este heterogéneo colectivo, para que puedan llevar a cabo una vida en sociedad en igualdad de condiciones que el resto de ciudadanos, y ello a pesar de la LEPA y del resto de legislación nacional y autonómica aprobada hasta la fecha. Se han dado pasos importantes, sin lugar a dudas, como el cambio de concepción del origen de las necesidades de este colectivo. Pero ahora hay que dar un paso más tendente a alcanzar el entendimiento de todas las situaciones que se pueden dar por razón de la discapacidad o situación de dependencia, para poder articular así una normativa en la materia que sea integral y que atienda a todas las complejidades que se dan en la vida de las personas con discapacidad y dependientes.

Urge disponer, en este sentido, de un marco jurídico actualizado y completo que regule todas las situaciones a que pueden dar lugar los diferentes tipos de discapacidades, y que se formulen indicadores fiables para medir su grado de cumplimiento, para partir de ahí orientar los cambios pertinentes en la actuación de los poderes públicos y, por qué no decirlo también, de todos los actores sociales implicados también.

3. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA Y SU DESARROLLO AUTONÓMICO EN ANDALUCÍA.

3.1. ¿Hemos avanzado tanto como se deduce de los textos normativos?

Todo este estado de cosas, y centrándonos ya en el caso español, nos obliga también a hacer algunas consideraciones, aunque sean breves, que se derivan asimismo del carácter social y democrático de Derecho de nuestro Estado, y poder así visualizar más correctamente cuál ha sido el desarrollo legislativo de estos mandatos, tanto a nivel nacional como autonómico.

Desde esta perspectiva, y como premisa de partida, es importante subrayar que la definición constitucional del Estado español integra, en su seno, una triple concepción del mismo apoyada en un trípode fundamental en la sociedad de nuestros días: en primer lugar, el principio de sometimiento del poder público al Derecho; en segundo, la articulación democrática de la sociedad; y, en tercer lugar, la perspectiva social en la construcción del Estado.

Desde esta perspectiva, la materia que nos ocupa obliga a añadir, al menos, una más. Nuestra Constitución delimita claramente que los poderes públicos están obligados a pro-

mover las condiciones que hagan efectiva una esfera de libertad e igualdad de los ciudadanos sin sacrificar el Estado de Bienestar.

La primera manifestación de lo que indicamos es que «nuestra Administración ve modelada su actuación contemporánea por la configuración que a la misma presta el reconocimiento constitucional de una tabla de derechos fundamentales y libertades públicas que irradian necesariamente la actuación de nuestras Administraciones públicas, pero junto a ello, y no sólo para éstos derechos, el propio carácter normativo de la Constitución establece un programa de necesaria actuación, derivado del resto de principios y derechos constitucionales, para nuestras Administraciones Públicas» (STC 15/1982, de 23 de abril y 80/1982, de 20 de diciembre).

En esta línea, es sumamente clarificadora la STC 53/1.985, de 11 de abril, que reconoce esta obligación positiva de actuación por parte de los poderes públicos para hacer plenamente efectivo el conjunto de principios y derechos constitucionales que son expresión asimismo de un sistema de valores. Dice así:

«La doctrina ha puesto de manifiesto -en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos- que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, sino también deberes positivos por parte de éste, (...) los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el fundamento del orden político y de la paz social».

De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional, sigue diciendo el Alto Tribunal, «se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución, no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales “los impulsos y líneas directivas”, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa».

Y es que, en efecto, nuestra Constitución es, en este sentido, paradigmática y así declara en su artículo 10.1 que: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los

demás son fundamentos del orden político y de la paz social». Y a este respecto, establece un amplio programa para distintos colectivos que exigen una actuación positiva para el pleno cumplimiento de dicho objetivo.

Sin embargo, es preciso aclarar que «el Capítulo III del Título I de la CE no contiene derechos subjetivos sino principios rectores de la política social y económica; enuncia deberes de los poderes públicos o garantías colocadas bajo su tutela» (ATC 241/85)⁴⁰². De esta forma, según el Tribunal Constitucional, «los poderes públicos deben buscar los medios para lograr que la realidad se acerque a los principios rectores del Capítulo Tercero del Título I de la Constitución, y singularmente, para promover condiciones de igualdad real y efectiva» (STC 189/87). En consecuencia, dichos principios deben informar la actuación de los poderes públicos, y dicha actuación puede ser objeto de control de constitucionalidad a la luz de los mismos pudiendo resultar decisivos para ponderar bienes en conflicto.

No obstante, su configuración como principios que deben informar la acción de los poderes públicos constituye asimismo un importante criterio de interpretación judicial, y de modo singular un límite para el legislador: así por un lado, el legislador tendrá libertad de configuración «para articular los instrumentos normativos o de otro tipo necesarios para hacer efectivo el mandato constitucional, sin que ninguno de ellos resulte a priori constitucionalmente obligado» (STC 176/93). Por otro, una vez configurado por la ley un determinado instrumento normativo o de otro tipo, «su concreta articulación deberá respetar en todo caso las disposiciones constitucionales, especialmente el principio de igualdad del artículo 14» (STC 222/92).

Se contiene, por tanto, un mandato positivo de articulación y funcionamiento de todos los poderes públicos que se caracteriza por la necesidad de orientarse hacia una configuración positiva de su actuación dirigida a «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran 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» (artículo 9.2 CE). Y si bien, ciertamente, en el ámbito social, la configuración de estos derechos sociales en nuestra Constitución requiere de un desarrollo normativo para ser susceptibles de ser exigidos, lo cierto es que ello no es óbice para afirmar que los mismos, por sí solos, reclaman de los poderes públicos una acción dirigida a hacerlos efectivos.

⁴⁰² De dicha concepción se desprenden dos aspectos fundamentales destacados por el Tribunal Constitucional: en primer lugar, que los principios reconocidos en el Capítulo III no generan por sí mismos derechos judicialmente exigibles (STC 36/91), a pesar de que en ocasiones la Constitución utilice expresiones como la referida al «derecho» a una vivienda digna (artículo 47 CE), no pueden ser objeto del recurso de amparo; en este sentido se pronuncia el propio artículo 53.3 CE al disponer que sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. En segundo lugar, que de su configuración como principios y no como derechos no se deduce que sean normas sin contenido sino criterios obligatorios de interpretación tanto de las restantes normas constitucionales –especialmente del artículo 14– como de las leyes, esto es, proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los artículos 9 y 53 de la Constitución (STC 19/82).

Más concretamente el artículo 49 CE integra un mandato específico para desarrollar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos que ha de contemplar dos líneas de actuación: de un lado, prestarles atención especializada; de otro, establecer medidas para que éstos puedan disfrutar plenamente de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos. Como establece la STS 384/2019, de 20 de marzo de 2019:

«A) El obligado punto de partida de nuestro enjuiciamiento debe ser el texto del art. 49 CE (incluido, dentro del Título Primero de ella, en su Capítulo III, que lleva por rubrica “de los principios rectores de la política social y económica”), pues en él se dirige a los poderes públicos el mandato de realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, prestándoles la atención especializada que requieran y amparándoles especialmente para el disfrute de los derechos que aquel Título Primero otorga a todos los ciudadanos.

Cierto es que al estar incluido aquel artículo en el capítulo citado, debemos recordar acto seguido el tenor del art. 53.3 CE, según el cual: “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

B) Llegados ahí, la atención ha de detenerse en el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, sin olvidar la derogada ley 51/2003, de 2 de diciembre. Más en concreto, en lo que ordenan la Disposición adicional tercera y la Disposición final tercera del primero, y en el tenor que tuvo la Disposición final sexta de la segunda, las tres transcritas en lo que importa en el fundamento de derecho segundo al dar cuenta de los argumentos de la demanda.

Su estudio permite afirmar que esos textos legales no se limitaron ni se limitan a un mero mandato dirigido al Gobierno para que aprobara entonces y ahora, sin más exigencias añadidas, un reglamento que establezca las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público por las personas con discapacidad.

Permite afirmar, más bien, que ese mandato era ya entonces más exigente y que ahora lo es aún más. En concreto, exigía y exige: a) que esa aprobación tuviera lugar en un plazo de dos años desde la entrada en vigor de uno y otro de esos dos textos legales; b) que tales condiciones básicas aprobadas, fueran obligatorias según el calendario establecido precisamente en ellos; y c) que ahora, con mayor intensidad en la exigencia, el legislador ha decidido finalmente acortar ese calendario, disponiendo que tales condiciones, en vez de ser obligatorias tras el transcurso de los años a que se refería la ley de 2003 en su Disposición final sexta, lo sean -en los plazos máximos y en todo caso, añade expresamente-

unas, desde la misma entrada en vigor del Real Decreto que las apruebe, otras, desde el 4 de diciembre de 2015 y las últimas que prevé, desde el 4 de diciembre de 2017»⁴⁰³.

Lo que integra «no sólo la posibilidad de establecer medidas de discriminación positiva a favor de éstos (SSTC 216/1991, de 14 de noviembre, 269/1994, de 3 de octubre y 311/2000, de 18 de diciembre), sino, más allá de éstas, la obligación de establecerlas» (STS 20 de junio de 1989) pero, es que además y como se ha dicho, específicamente establece la obligación de desarrollar medidas que hagan efectivos otros derechos como es, a título de ejemplo, el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos del art. 23.2 CE o el derecho (y el deber) al trabajo del art. 35 CE, obligan igualmente a adoptar medidas, incluidas las legislativas, para el efectivo cumplimiento de éstos.

En este contexto, como consecuencia no sólo de estos mandatos constitucionales sino también por el progresivo proceso de transposición y desarrollo de las diferentes Directivas y Tratados comunitarios, en España se fue implementando, desde comienzos de los años ochenta, la aplicación de estos principios comunitarios y constitucionales que dieron lugar a la promulgación de la entonces pionera Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (en adelante, LISMI).

Dicha Ley establece un conjunto de medidas discriminación positiva a favor de las personas con discapacidad en los diferentes ámbitos de la vida social, laboral, económica y cultural, constituyendo una gran novedad (y avance) en la historia legislativa española. La LISMI no sólo constituye la primera ley española que establece un conjunto de medidas de discriminación positiva a favor de las personas con discapacidad en los diferentes ámbitos de la vida en sociedad sino que además se configura en el motor de los cambios producidos en materia de discapacidad en las diferentes leyes⁴⁰⁴.

⁴⁰³ Buena prueba de esa mayor intensidad, como añade el Tribunal Supremo, «que inspira la decisión final del legislador, y de la especial urgencia que reclama del Gobierno, es una de las frases que son de ver en el preámbulo del Real Decreto Legislativo 1/2013, a saber: “[...] Existe, pues, un variado y profuso conjunto de impedimentos que privan a las personas con discapacidad del pleno ejercicio de sus derechos y los efectos de estos obstáculos se materializan en una situación de exclusión social, que debe ser inexcusablemente abordada por los poderes públicos” ».

⁴⁰⁴ En materia de empleo, por poner un ejemplo, y dentro del título dedicado a la integración laboral, el artículo 38.1 de la LISMI establece que: «Las Empresas públicas y privadas que empleen un número de trabajadores fijos que exceda de cincuenta vendrán obligadas a emplear un número de trabajadores minusválidos no inferior al dos por ciento de la plantilla». Y en el ámbito de las pruebas selectivas para el ingreso en los Cuerpos de la Administración del Estado, Comunidades Autónomas, Administración Local, Institucional y de la Seguridad Social, el art. 38.3 del mismo cuerpo legal establece que «serán admitidos los minusválidos en igualdad de condiciones con los demás aspirantes», y añade que «las condiciones personales de aptitud para el ejercicio de las funciones correspondientes se acreditarán en su caso mediante dictamen vinculante expedido por el equipo multiprofesional competente, que deberá ser emitido con anterioridad a la iniciación de las pruebas selectivas». Desde entonces, las diferentes Administraciones Públicas vienen obligadas, por mandato de estos preceptos, a articular medidas de discriminación positiva para que las personas con discapacidad puedan participar en las pruebas de acceso al empleo público.

Posteriormente, en el año 2003, se aprobó la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad (en adelante, LIONDAU). En dicha Ley se configura la no discriminación, la acción positiva y la accesibilidad universal como los pilares sobre los que se articulan un conjunto de disposiciones que persiguen, con nuevos medios, un objetivo ya conocido: garantizar y reconocer el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad de oportunidades en todos los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social⁴⁰⁵.

Para garantizar la correcta aplicación de estos principios, la propia LIONDAU, define las medidas contra la discriminación como aquellas que tienen como finalidad prevenir o corregir que una persona con discapacidad sea tratada de una manera directa o indirecta menos favorablemente que otra que no lo sea, en una situación análoga o comparable⁴⁰⁶. A estos efectos, dichas medidas deben consistir en la prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ A estos efectos, la Ley establece como principios que deben inspirar las políticas públicas los siguientes:

a) Vida independiente: la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

b) Normalización: el principio en virtud del cual las personas con discapacidad deben poder llevar una vida normal, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona.

c) Accesibilidad universal: 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. Presupone la estrategia de «diseño para todos» y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse .

d) Diseño para todos: la actividad por la que se concibe o proyecta, desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible.

e) Diálogo civil: el principio en virtud del cual las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas, en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas oficiales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad.

f) Transversalidad de las políticas en materia de discapacidad: el principio en virtud del cual las actuaciones que desarrollan las Administraciones Públicas no se limitan únicamente a planes, programas y acciones específicos, pensados exclusivamente para estas personas, 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.

⁴⁰⁶ Se entiende en el artículo 6.2 que existe discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual, una decisión unilateral o un criterio o práctica, o bien un entorno, producto o servicio, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de discapacidad, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios.

⁴⁰⁷ A estos efectos, el artículo 7 entiende por éstas lo siguiente:

a) Conducta de acoso: toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo;

Por su parte, por medidas de acción positiva se entienden aquellos apoyos de carácter específico destinados 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 a los diferentes tipos y grados de discapacidad.

Adicionalmente, se exige a los poderes públicos que adopten medidas de acción positiva complementarias para aquellas personas con discapacidad que objetivamente sufren un mayor grado de discriminación o presentan menor igualdad de oportunidades, como son las mujeres con discapacidad, las personas con discapacidad severamente afectadas, las personas con discapacidad que no pueden representarse a sí mismas o las que padecen una más acusada exclusión social por razón de su discapacidad, así como las personas con discapacidad que viven habitualmente en el ámbito rural.

Sin embargo, y a pesar del conjunto de medidas de discriminación positiva que se han regulado a favor de este colectivo, la realidad nos demuestra las dificultades que las personas con discapacidad siguen padeciendo en los diferentes ámbitos de la vida en sociedad. Una vez más, la brecha entre las iniciativas legislativas y los resultados alcanzados sigue siendo profunda. La persistencia de barreras arquitectónicas, las dificultades de comunicación o las altas tasas de desempleo que este colectivo representa, no nos permite realizar un balance del todo positivo hasta la fecha.

Entre las causas principales de este balance, además de las ya apuntadas páginas más atrás, debemos centrar nuestra atención en un actor clave y que, a mi juicio, como ya apuntaba, se constituye en la clave de bóveda del sistema de dependencia, a saber: el papel de los municipios, nuevamente como en tantas otras materias, vuelve a ser esencial.

Por ello, como señala RAMALLO LÓPEZ, «es preciso garantizar un mínimo competencial de los entes locales en España a través de todas las normas estatales que regulen materias que afecten al interés local, para así garantizar una mejor gestión de los asuntos públicos». Pero asimismo, como añade, «sería necesario que las Comunidades Autónomas tengan en cuenta esas necesidades de defensa y de consecución de los que constituyen los intereses locales, y que deleguen y repartan responsabilidades en los entes locales,

b) Exigencias de accesibilidad: los requisitos que deben cumplir los entornos, productos y servicios, así como las condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas, con arreglo a los principios de accesibilidad universal de diseño para todos;

c) Ajuste razonable: las medidas de adecuación del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que, de forma eficaz y práctica y sin que suponga una carga desproporcionada, faciliten la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos. Para determinar si una carga es o no proporcionada se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda.

en todas aquellas competencias de su titularidad, cuando sean justificables en los requerimientos de una mayor eficacia y eficiencia en el desempeño de las funciones públicas». A su juicio, «a día de hoy aun existe una escasa participación de los ayuntamientos en la gestión del sistema de atención a las personas dependientes, de forma que la desigualdad en su aplicación se manifiesta, incluso, dentro de los diferentes municipios de una misma Comunidad Autónoma. Y cuando tienen reconocidas algunas cuotas de participación, éstas se ejercen con una deficiente, casi inexistente, articulación de un sistema de colaboración interadministrativa que coadyuve a responder eficientemente a las demandas y solicitudes reclamadas por los beneficiarios».

Todas estas carencias, en suma, «terminan por empañar el avance en la consolidación del cuarto pilar del Estado del Bienestar. Pues lo que realmente ha pretendido la Ley es configurar un Sistema Público de Servicios Sociales en atención a las personas con discapacidad o en situación de dependencia en el que se integren un conjunto coordinado de recursos, programas, actividades, equipamientos, prestaciones de servicios y prestaciones económicas, encaminadas todas ellas a la atención, participación, promoción e incorporación social de toda la ciudadanía, así como a la prevención de las situaciones de desventaja o exclusión social»⁴⁰⁸.

Todo este estado de cosas, en suma, junto a la necesidad de llevar a efecto la ampliación del sistema a través del desarrollo de un nivel superior de protección, tanto por parte de la legislación autonómica como mediante la suscripción de los respectivos convenios de colaboración con las entidades locales, son en la actualidad algunos de los retos más importantes que tienen por delante nuestras Administraciones públicas⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ RAMALLO LÓPEZ, F., «La participación de las Entidades Locales en el Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia», *Documentación Administrativa*, núm. 276-277 (número monográfico sobre el sistema para la autonomía y la atención a la dependencia), septiembre-diciembre 2006 y enero-abril, 2007, págs. 364 y ss. Por ello, como reclama, «se precisa hoy un marco conceptual y de gestión interadministrativa que responda a las nuevas realidades derivadas del reconocimiento de un derecho subjetivo y de carácter universal, asumiendo el marco competencial en materia de Servicios Sociales y la obligación de prestarlos, centrándose especialmente en el trabajo preventivo y en la concreción de una red de centros y servicios de atención a los ciudadanos. De ahí que insistamos en la necesidad de profundizar en la necesaria coordinación entre las administraciones. Porque si las Comunidades Autónomas tienen la competencia exclusiva en materia de servicios sociales y la Administración General del Estado tiene una responsabilidad directa en el desarrollo de la vigente Ley de Dependencia a fin de garantizar la igualdad interterritorial, los Municipios tienen que tener la competencia de la organización y gestión de la red que se configure en torno a esos servicios sociales reconocidos en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

Y en un plano de colaboración leal y cooperación activa con la Administración Autónoma, tanto la red de Centros de atención al ciudadano con que ya cuentan los municipios, como fundamentalmente las Unidades Básicas de Acción Social, puede coincidir con el mapa disponible para otras prestaciones que se reconocen en la Ley, para posteriormente incorporarse en lo que será el Mapa de Servicios del SAAD.

⁴⁰⁹ No podemos olvidar asimismo otro problema destacable, como nos apunta PALOMAR OLMEDA («El Sistema de Información del Sistema de Autonomía para la Dependencia: funcionalidad y régimen jurídico», *Documentación Administrativa*, núm. 276-277 (número monográfico sobre el sistema para la autonomía y la atención a la dependencia), septiembre-diciembre 2006 y enero-abril, 2007, pág. 565): «la falta de sintonía y concordancia

3.2. Principales novedades de la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía.

El reconocimiento de este derecho subjetivo de ciudadanía social se realiza sobre una materia, como venimos señalando y así afirma también ANGUAS ORTIZ, «en la que la mayor parte de las competencias están transferidas a las Comunidades Autónomas y en la que una parte importante de la gestión corresponde a las Corporaciones Locales. El apasionante reto actual, tanto para las personas con responsabilidad política como técnica de las Administraciones Estatal, Autonómica y Local, es articular un modelo que, compatibilizando el presente con el pasado, no deje de prestar servicios en condiciones de igualdad ni a los titulares de derechos por el nuevo Sistema ni a los beneficiarios de recursos por el Sistema de Servicios Sociales. Asimismo, el desarrollo de ese nuevo modelo no debe suponer una redistribución de competencias entre las Administraciones Autonómica y Local, de forma que la primera asuma competencias de gestión hasta la fecha asignadas a Corporaciones Locales».

En Andalucía, concretamente como explica el autor, «se ha realizado una apuesta por un modelo público, cooperativo, descentralizado, normalizado e integrador, en coherencia con los propios principios inspiradores de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, y que hasta la fecha ha dado buenos resultados»⁴¹⁰.

No obstante, hay que señalar que el modelo andaluz arranca con carácter previo a la LEPA⁴¹¹. La Comunidad Autónoma de Andalucía dicta su Ley de cabecera en este ámbito, a

entre las normas administrativas de carácter sustantivo y las que, en este caso, proceden de la regulación instrumental a aquella que está representada por la protección de datos».

En todo caso y, referido al Servicio de Información analizado por el autor, «el solapamiento y la falta de sintonía entre la normativa procedimental y la de protección de datos es clara, como se acaba de indicar, y, además, se acentúa con la propia normativa autonómica que no ha mantenido la misma estructura sino que ha optado por un mecanismo relacional completamente diferenciado y centrado en el consentimiento del interesado».

Estas consideraciones demuestran que, a su juicio, «siendo evidente la necesidad y la utilidad de estos instrumentos, es necesaria su articulación concienzuda y centrada en la articulación de la figura sobre la base de los dos Ordenamientos en los que está obligado a convivir».

⁴¹⁰ ANGUAS ORTIZ, L. F., «El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía», *Documentación Administrativa*, núm. 276-277 (número monográfico sobre el sistema para la autonomía y la atención a la dependencia), septiembre-diciembre 2006 y enero-abril, 2007, págs. 299-300. Como señala el autor, y así «ponen de manifiesto las estadísticas que ofrece el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte a 1 de enero de 2009: 233.521 solicitudes registradas (32,19 % del total estatal), 189.963 valoraciones realizadas, 174.903 dictámenes emitidos, 57.586 resoluciones de Grado III nivel 2, 40.537 resoluciones de Grado III nivel 1, 21.175 resoluciones de Grado II nivel 2 y 22.867 resoluciones de Grado II nivel 1».

⁴¹¹ Tras la aprobación en el año 2006 de la LEPA podemos encontrar las siguientes normas de cabecera:
 – Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido en la Ley.
 – 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 (rectificado por Corrección de errores, BOE de 12 junio de 2007).

- Real Decreto 1198/2007, de 14 de septiembre, modifica la disposición adicional tercera, la disposición derogatoria única e introduce una disposición transitoria única en el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la LEPA.
 - Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la LEPA.
 - Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. Estableció las llamadas medidas de racionalización del Sistema de Dependencia.
 - Real Decreto 1050/2013, de 27 de diciembre, por el que se regula el nivel mínimo de protección establecido en la LEPA.
 - Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la LEPA.
 - Real Decreto 291/2015, de 17 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la LEPA.
 - Resolución de 14 de diciembre de 2015, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se determinan las Oficinas de Atención al Ciudadano que han de ajustarse a las condiciones de accesibilidad previstas en el Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado.
 - Orden SSI/2829/2015, de 18 de diciembre, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de los Premios IMSERSO.
- Más recientemente podemos destacar asimismo:
- Resolución de 19 de enero de 2016, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se actualizan las clasificaciones de sillas de ruedas, ortesis y ortoprótesis especiales para el Sistema informatizado para la recepción de comunicaciones de productos ortoprotésicos al Sistema Nacional de Salud.
 - Orden DEF/83/2016, de 25 de enero, por la que se crea la Oficina de Atención a la Discapacidad en las Fuerzas Armadas.
 - Resolución de 10 de mayo de 2016, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, por la que se convoca la concesión de subvenciones a personas mayores, personas con discapacidad y personas en situación de dependencia residentes en las Ciudades de Ceuta y de Melilla, durante el año 2016.
 - Resolución de 22 de junio de 2016, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica la distribución territorial de los créditos destinados a las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y de Melilla para la realización de programas sociales en el año 2016, formalizada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de junio de 2016.
 - Resolución de 30 de junio de 2016, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se establecen las oficinas de atención al ciudadano para las que se amplía el plazo de comunicación previsto en la Resolución de 14 de diciembre de 2015, por la que se determinan las oficinas de atención al ciudadano que han de ajustarse a las condiciones de accesibilidad previstas en el Real Decreto 366/2007, de 16 de marzo, por el que se establecen las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad en sus relaciones con la Administración General del Estado.
 - Resolución de 26 de julio de 2016, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publican las cuentas anuales del Fondo de apoyo para la promoción y desarrollo de infraestructuras y servicios del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia del ejercicio 2015 y el informe de auditoría.
 - Resolución de 24 de octubre de 2016, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Comunidad de Castilla y León para establecer y regular el procedimiento que posibilite la interoperabilidad del Sistema de Información de la citada comunidad autónoma con el Sistema de Información del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia del IMSERSO.
 - Resolución de 22 de noviembre de 2016, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Comunidad Autónoma de Cataluña para establecer y regular el procedimiento

saber: la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad. Una norma, como señala TORRES LÓPEZ, «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»⁴¹².

que posibilite la Interoperabilidad del Sistema de Información de la citada comunidad autónoma con el Sistema de Información del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia del IMSERSO.

– Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.

⁴¹² TORRES LÓPEZ, M. A., «Régimen jurídico-administrativo de la discapacidad en Andalucía», *El Derecho de los Servicios Sociales en Andalucía* (coords. Severiano Fernández Ramos y José María Pérez Monguió), Estudios del Derecho Propio de Andalucía, Sevilla, Ed. Instituto Andaluz de Administración Pública, 2012, págs. 555-558. En cuanto a los derechos reconocidos a las personas con discapacidad, como indica la autora, «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, como añade, «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.
- 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.

Más recientemente, se ha aprobado la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, que viene a derogar a la anterior Ley 1/1999, cuyas novedades principales podemos sintetizar en el siguiente decálogo:

- 1) Reorienta las actuaciones públicas desde un ámbito biosanitario y rehabilitador, centrado en la enfermedad, hacia un modelo social basado en las capacidades y en la interacción con el entorno, así como la participación real y efectiva en todos los asuntos que le son propios.
- 2) Para lograr la plena inclusión social, así como la transversalidad y coordinación de las políticas públicas dirigidas al colectivo, la Ley prevé distintos instrumentos y medidas. Entre otros, destaca la elaboración de planes de acción integral para las personas con discapacidad en general y para las mujeres, así como otro de empleo para el colectivo. La nueva ley prevé igualmente el derecho a la atención infantil temprana (0 a 6 años) mediante acciones coordinadas con los servicios sociales, sanitarios y educativos, así como el derecho a una educación inclusiva, permanente y de calidad.
- 3) Las universidades andaluzas, por su parte, deberán aprobar un plan especial de accesibilidad y disponer de una unidad o servicio de atención o apoyo a la discapacidad. Asimismo, estarán representadas en el Consejo Andaluz de Personas con Discapacidad.
- 4) En el ámbito formativo y del empleo, se establece para las ofertas de empleo público y las bolsas de trabajo temporal la reserva de un cupo no inferior al 10% del número de plazas para personas con discapacidad (actualmente es del 7%). Como novedad se reserva por primera vez el 1% de puestos para personas con enfermedad mental y en los cursos de formación para el empleo, organizados por la Administración de la Junta de Andalucía, se reservará el 5% frente al 3% que proponía el proyecto de ley. Asimismo, se reservará al menos el 5% de plazas para personas con discapacidad en el conjunto del Programa de escuelas taller, casas de oficio y talleres de empleo.

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».

Posteriormente, y siendo objeto de estudio en un capítulo de la presente obra colectiva, se ha aprobado la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía que deroga la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía.

- 5) La ley reconoce específicamente el derecho de las personas con discapacidad en situación de dependencia a la asistencia personal para llevar una vida independiente. Por ello, entre otras actuaciones, obliga a impulsar viviendas tuteladas o compartidas para la promoción de la autonomía personal, así como cualquier otro tipo de apoyo a la vida independiente.
- 6) Se establece que los planes de accesibilidad de las administraciones autonómica y local deberán actualizarse cada cinco años.
- 7) Se reconoce a los perros de asistencia, adiestrados específicamente para el acompañamiento, conducción, ayuda y auxilio de personas con discapacidad, en la línea que ya apuntaba la Ley 5/1998, de 23 de noviembre, de Perros Guía de Andalucía.
- 8) En el área de la contratación pública se reserva el 5% del importe anual de la Junta, en las actividades que se determinen, a favor de los centros especiales de empleo (empresas que cuentan en su plantilla con un mínimo del 70% de trabajadores con discapacidad). Se introduce también una cláusula de desempate obligatoria a favor de las empresas con un mayor número de personas con discapacidad en plantilla, por encima de la reserva legal del 2%⁴¹³.
- 9) En el apartado de vivienda, se consolida la reserva de un 4% de las protegidas destinadas a personas con discapacidad y, como novedad, la Consejería competente en esta materia deberá regular las viviendas convertibles, que permitan fácilmente su adaptación a las diferentes capacidades o funcionalidades de las personas. Asimismo, las personas con discapacidad tendrán preferencia en la concesión de ayudas para la adaptación de las viviendas.
- 10) En materia de comunicación, imagen y publicidad, el Consejo Audiovisual de Andalucía deberá elaborar anualmente un informe sobre el tratamiento de la imagen de las personas con discapacidad. Por último, la ley tipifica las infracciones y las clasifica en leves, graves y muy graves, con sanciones que oscilan entre 301 euros y 1.000.000 de euros dependiendo de la calificación de la infracción.

⁴¹³ En este punto, la ley estatal como indica MESTRE DELGADO («El tratamiento jurídico de la discapacidad en la Ley de Contratos de Sector Público», *Anales de Derecho y Discapacidad*, CERMI-Fundación Derecho y Discapacidad, Madrid, 2017, pág. 99): «Aunque no sea particularmente innovadora en este aspecto, la Ley de Contratos ha incluido las previsiones en materia de discapacidad que derivan de lo establecido en la Directiva de 2014. Sin duda, es una regulación de interés y relevante en la tarea de impulsar la protección y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito de la contratación pública. Pero sin perjuicio de esta constatación la valoración de esta regulación no puede ser favorable, precisamente porque resulta poco ambiciosa, poco innovadora e incluso poco imaginativa para avanzar en la protección de los derechos de las personas con discapacidad y la materialización de políticas de integración efectivas. Si las previsiones son ciertamente limitadas (es realmente poco ambicioso incluir como condición especial de ejecución “hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención”, cuya significación y relevancia no es preciso subrayar ahora), y la búsqueda del adecuado equilibrio con los demás criterios medioambientales y sociales presenta evidentes dificultades, tal vez lo más relevante, en mi criterio, es la escasa fuerza vinculante de las medidas y previsiones que contempla, el amplio margen de disponibilidad en la apreciación e inclusión de determinaciones concretas que se atribuye a los órganos de contratación, y la evanescente regulación de acciones, y no sólo judiciales, que de forma efectiva contribuyan a materializar y a garantizar las determinaciones en materia de discapacidad, que sigue siendo, en este y en otros ámbitos, un reto pendiente de solventar».

En este contexto, y a modo de reflexión de conjunto de la regulación estatal y autonómica en la materia, es imprescindible, como concluye MONTAÑEZ HEREDIA, «unificar los procedimientos en el ámbito de la discapacidad y la dependencia. Regulando y estructurando una red pública de valoraciones que, además de los servicios generales municipales, autonómicos y estatales, incluya campos de actuación como las residencias públicas; los hospitales de media y larga estancia; las unidades de salud mental y las prisiones. Como reto, tenemos trabajo para llenar de resultados la Estrategia 2020. Así, En materia de discapacidad, es imprescindible, como ya hizo el CERMI (que, insisto, puede redefinirse hoy como Comité Español de Representantes de Movimientos Inclusivos), solicitar el mantenimiento y el reforzamiento de la Comisión de Discapacidad de la Cámara y, añadido, la de los Parlamentos Autonómicos igualmente.

Discapacidad y dependencia son, a su juicio, «conceptos mutables, que no cesan de construirse y resignificarse. Ni siquiera la teoría que pareciera posicionarse como la más firme, queda exenta de modificación a lo largo del tiempo y, debemos ser agentes de ese cambio que los colectivos de personas con discapacidad, en situación de dependencia y sus familias, actualmente, nos están demandando»⁴¹⁴.

4. RETOS PRINCIPALES EN EL ÁMBITO DE LA DISCAPACIDAD.

Educación y empleo son, a mi juicio, dos ámbitos de actuación esenciales para fortalecer la inclusión social y la autonomía personal de las personas con discapacidad. La educación inclusiva, como señalan ALCAÍN MARTÍNEZ y MEDINA-GARCÍA, «se configura sobre tres pilares básicos e interrelacionados. En primer lugar, entiende la educación inclusiva como un proceso pedagógico y ético, puesto que el objetivo principal es trabajar sobre el fenómeno

⁴¹⁴ MONTAÑEZ HEREDIA, S., «El derecho a la autonomía personal como garantía de los derechos humanos de las personas con discapacidad y en situación de dependencia», *Anales de Derecho y Discapacidad*, CERMI-Fundación Derecho y Discapacidad, Madrid, 2017, págs.. 83-84. Como explica la autora: En materia de dependencia, colaborar con la Comisión recientemente creada, que tiene la misión de elaborar, en el plazo de tres meses, un informe en el que se contemplen los análisis y las conclusiones que se consideren convenientes en relación con los asuntos planteados. Dicho informe será presentado para su discusión en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en una sesión extraordinaria a la que también acudirán representantes de las Consejerías de Servicios Sociales y de las Consejerías de Hacienda de cada Comunidad Autónoma y Ciudad con Estatuto de Autonomía.

La Comisión dejará de desempeñar sus funciones y se considerará extinguida una vez cumplidos los objetivos para los que ha sido creada y, en todo caso, una vez entregado el mencionado informe final.

En materia de copago, está los objetivos propuestos ya que la Comisión de Sanidad del Congreso de los Diputados aprobó el 23 de febrero pasado, que la Iniciativa Legislativa Popular (ILP) en relación con la proposición de ley de modificación de la Ley de Dependencia en materia de participación en el coste de las prestaciones y servicios de las personas beneficiarias sea trasladada a la Cámara Baja para su debate y revisión. Es la primera vez, en casi 40 años de vigencia de la Constitución española, que una ILP de carácter social llega al Parlamento. Esta iniciativa, respaldada por casi 740.000 ciudadanos españoles, ha sido defendida esta mañana en la Comisión de Sanidad del Congreso de los Diputados por el portavoz de la Comisión Promotora de la ILP y presidente del CerMI, Luis Cayo, manifiesta, certeramente que para el movimiento social de la discapacidad es un hito en nuestra historia social reciente que no puede ser ignorado ni dejado de tener en consideración.

educativo en su totalidad, con la intención última de que repercuta en un modelo social de Derecho Humanos. Por otro lado, se fundamenta en la persona y la ética, ya que no basta con transmitir conocimientos, sino que es imprescindible promover un cambio doctrinal e ideológico, en relación con la concepción que tenemos de la diversidad y de las personas con discapacidad. Y por último que más allá de la pedagogía, la ética y la persona, se trata de garantizar un derecho fundamental: el derecho a la educación, derecho que lleva implícito el de la educación inclusiva»⁴¹⁵.

Los retos principales en este ámbito, siguiendo a las autoras, podríamos sintetizarlos en tres: 1) suprimir el desfase normativo existente y activar la actualización de las normas conforme a la CIDPD y al Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad; 2) conectar todas las normas del ámbito educativo, universitario y de discapacidad; 3) promover la formación del profesorado universitario en materia de inclusión y discapacidad, vinculada a la calidad de sus competencias y desarrollo profesional y modificar el desarrollo e implementación curricular conforme a los preceptos de la educación inclusiva así como el Diseño para Todas las Personas. En suma, como concluyen, «la falta de formación e información en los agentes implicados, la falta de apoyo y recursos educativos y de normas universitarias actualizadas no sitúan ante unos retos que hay que abordar transversalmente para lograr la educación universitaria inclusiva real».

Mención especial merece, en materia de empleo, la Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación⁴¹⁶. Dicha Directiva considera que el empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y que contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal. Desde esta perspectiva, se regula un marco jurídico general para luchar contra la discriminación con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato en relación con⁴¹⁷:

⁴¹⁵ ALCAÍN MARTÍNEZ, E. y MEDINA-GARCÍA, M., «Hacia una educación universitaria inclusiva: realidad y retos», *Revista Digital de Investigación en Docencia Universitaria*, 2017, págs. 2 y ss.

Como recuerdan las autoras: «El artículo 24 de la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad (CIDPD) reconoce que dichas personas tienen derecho a la educación (Organización de las Naciones Unidas (ONU), 2006). Para que sea efectiva esta norma, sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados que la han ratificado (España entre ellos) asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles, así como la enseñanza a lo largo de la vida con miras a conseguir: (a) desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana; (b) desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas; (c) hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre».

⁴¹⁶ Precisamente en uno de los informes de la OIT señala cómo, en las Memorias presentadas por los Gobiernos de los países miembros en relación con el Convenio 111 del año 1958, entre las causas de discriminación en el empleo y la ocupación, se mencionan cada vez más, entre otras causas, las razones de discapacidad.

⁴¹⁷ Dichos ámbitos de aplicación del principio de igualdad de trato se regulan en los artículos 1 y 3 de la citada Directiva.

- a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción;
- b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica;
- c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;
- d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

Sin embargo, la situación de las personas con discapacidad tampoco puede ser considerada nada satisfactoria en este ámbito. Entre las diversas causas cabría apuntar la existencia de una escasa regulación en este campo específico, la falta de aplicación de éstas o una inadecuada gestión del conjunto de medidas que se desprende en los diferentes textos legales. Todo este estado de cosas nos obliga, en definitiva, a analizar cómo y en qué medida ha sido regulado y concretado esta obligación de los poderes públicos de promover la integración laboral de las personas con discapacidad no sólo en el ámbito privado sino también en las organizaciones del sector público.

Y es que, en efecto, las posibilidades de las personas con discapacidad de ocupar un puesto de trabajo en nuestras Administraciones Públicas siguen siendo también, a día de hoy, bastante limitadas⁴¹⁸. A mi juicio, la concreción del derecho de las personas con discapacidad de acceder al empleo público no acaba de encontrar una suficiente y adecuada plasmación jurídica⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Diversos estudios revelan la baja tasa de personas con discapacidad que desempeñan un puesto de trabajo en la Administración Pública, y que si bien los resultados globales varían en función de la fuente de procedencia, resultan especialmente ilustrativos en este punto. Así, pueden consultarse el documento del Real Patronato sobre Discapacidad sobre *Acceso de las personas con discapacidad al empleo público. 1985-1999*; el Informe del Ministerio de Administraciones Públicas sobre el acceso de personas con discapacidad al empleo público, de junio de 2006; o, específicamente para el caso andaluz, el Informe Especial sobre «Veinte años de intervenciones del Defensor del Pueblo Andaluz en defensa de los derechos de las personas con discapacidad en Andalucía», presentado en el Parlamento de Andalucía en Diciembre del año 2003, coincidiendo con la celebración del Año Europeo de las Personas con Discapacidad (BOJA nº 618, de 18 de Enero de 2004).

⁴¹⁹ Son varias las normas de nuestro sistema de función pública que han abordado el fenómeno de la discapacidad. Así, ya en 1964, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (LFCE) hacía referencia a esta materia, aunque si bien es cierto que únicamente para referirse a los requisitos necesarios para ser admitido en las pruebas selectivas previas al ingreso en la Administración. En este sentido, el 30. 1 d) de dicha Ley establece, entre los requisitos de acceso a la función pública: «No padecer enfermedad o defecto físico que impida el desempeño de las correspondientes funciones».

No será, sin embargo, hasta 1988 cuando se establezca alguna regulación al respecto que permita el acceso de este colectivo. Así, la Ley 23/1988, de 28 de julio, por la que se modifica la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública (LMRF) determinó que «En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al 3 por 100 de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad de grado igual o superior al 33 por 100, de modo que progresivamente se alcance el 2 por 100 de los efectivos

A pesar de ello podemos afirmar que el Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad, constituye, sin lugar a dudas, uno de los instrumentos jurídicos más importantes y ambiciosos en esta materia⁴²⁰. Y decimos esto precisamente

totales de la Administración del Estado, siempre que superen las pruebas selectivas y que, en su momento, acrediten el indicado grado de discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones correspondientes, según se determine reglamentariamente» (Disposición Adicional Decimonovena).

Posteriormente, el RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles del Estado, recoge una serie de medida para garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, así establece: 1) La obligación de realizar las adaptaciones de tiempos y medios necesarios en los procesos selectivos; 2) La obligación de asignar puestos de trabajo adaptados y compatibles con las circunstancias personales del candidato para el desempeño de las tareas y funciones del puesto en concreto.

Sin embargo, los resultados alcanzados hasta la fecha en materia de acceso de las personas con discapacidad al empleo público no eran nada satisfactorios. En efecto, el balance de estas primeras regulaciones dista mucho de las finalidades que se perseguían en los diferentes textos legales.

Este panorama insatisfactorio trae como consecuencia la promulgación de la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados. En efecto, como se reconoce en el preámbulo de dicha Ley «durante los años 2000 y 2001, se estima que el número de personas que llegaron a aprobar en las distintas convocatorias para funcionarios de la Administración General del Estado oscilaban entorno al 0,2%». Y precisamente esta situación es la que lleva al legislador a afirmar que el cupo de vacantes en las ofertas de empleo público del 2%, que establecía la Ley 23/1988, no era un objetivo suficiente».

Desde esta perspectiva, la Ley 53/2003 da una nueva redacción a la Disposición Adicional Decimonovena de la LMRF, estableciendo una nueva reserva de un cupo de vacantes en las ofertas de empleo público para las personas con discapacidad «no inferior al cinco % de las vacantes».

⁴²⁰ Entre las diferentes medidas de discriminación positiva que a lo largo de su articulado se establecen, podemos destacar las siguientes:

Así, en primer lugar, en los artículos 2 a 6, se regulan diversas previsiones relativas a los procedimientos para realizar tal reserva tanto en procesos selectivos para provisión de vacantes permanentes, ya sean libres o por promoción interna, como en la provisión provisional o temporal.

En este sentido, se establece, junto a la reserva del 5% de las vacantes en las convocatorias de ingreso libre y la posibilidad de convocar de forma independiente estas plazas, la posibilidad de acumular el porcentaje de plazas no cubiertas al cupo de reserva del año siguiente con un máximo del 10%. Asimismo, se recogen una serie de medidas de adaptación de medios y ajustes razonables en el desarrollo de los procesos selectivos, en el lugar de trabajo y en materia de formación.

Especialmente novedoso, e igualmente relevante para la consecución de los objetivos de integración laboral, es en este último punto, la regulación de una serie de medidas dirigidas a que las personas con discapacidad participen en condiciones de igualdad en los procesos formativos. Así, en su artículo 11, se establece que:

1) Entre los criterios de valoración que se establezcan para la participación en los cursos de formación de empleados públicos que realicen las organizaciones del sector público estatal se incluirá el de estar afectado por una discapacidad cuyo grado de minusvalía sea igual o superior al 33 por ciento.

2) Para el desarrollo de dichos cursos, se realizarán las adaptaciones y ajustes razonables necesarios para que las personas con discapacidad participen en condiciones de igualdad en los procesos formativos. Los participantes deberán formular la petición concreta en la solicitud de participación. La Administración resolverá sobre la conveniencia de dicha adaptación, que sólo podrá denegar cuando suponga una carga desproporcionada.

3) La Administración podrá realizar cursos de formación destinados únicamente a personas con discapacidad. Estos cursos, que habrán de ofrecerse en condiciones de accesibilidad, estarán dirigidos bien a la formación de los trabajadores para el mejor desempeño de su puesto de trabajo bien a la formación para apoyar la promoción desde puestos de trabajo reservados para personas con discapacidades específicas.

porque gran parte de la regulación contenida en el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, en adelante)⁴²¹, no añade nada nuevo y se limita a recoger, de forma incompleta, diversos preceptos que ya habían sido objeto de atención por parte del Real Decreto 2271/2004⁴²².

De otra parte, y para evitar que la inadecuación de un destino pueda provocar la no incorporación de un candidato con discapacidad que ha superado las pruebas de acceso, tanto al personal funcionario como al personal laboral, se da preferencia en la elección de destino y podrán solicitar la alteración del orden de prelación siempre que se justifique debidamente.

En este sentido, se establece que: «Una vez superado el proceso selectivo, las personas que ingresen en cuerpos o escalas de funcionarios o categorías de personal laboral de la Administración General del Estado y hayan sido admitidos en la convocatoria ordinaria con plazas reservadas para personas con discapacidad podrán solicitar al órgano convocante la alteración del orden de prelación para la elección de las plazas dentro del ámbito territorial que se determine en la convocatoria, por motivos de dependencia personal, dificultades de desplazamiento u otras análogas, que deberán ser debidamente acreditados. El órgano convocante decidirá dicha alteración cuando se encuentre debidamente justificado, y deberá limitarse a realizar la mínima modificación en el orden de prelación necesaria para posibilitar el acceso al puesto de la persona discapacitada» (art. 9).

⁴²¹ En efecto, el Título IV, Capítulo I del EBEP, en su art. 59, bajo la rúbrica personas con discapacidad establece específicamente dos previsiones que como hemos señalado no añaden nada nuevo:

1) Que en las ofertas de empleo público se reserve 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 funciones y tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública.

2) Cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer 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.

Por otra parte, interesa también resaltar otros preceptos del EBEP que derivan de la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en la normativa básica de empleo público y que, pese a no innovar la legislación existente en la materia, presentan asimismo incidencia en el tratamiento de la personas con discapacidad, en este caso, tanto en las propias relaciones del personal al servicio de la Administración Pública como en la relación de éstos con los ciudadanos.

Así, se establece de un lado, el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 14 i)); y, de otro lado, el deber de actuación de los empleados públicos que se basa “en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir discriminación alguna por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (art. 53. 4).

⁴²² Como se desprende del articulado del EBEP, diversos aspectos de gran relevancia en materia de discapacidad que se recogían en el RD 2271/2004 no han quedado finalmente plasmados. Así, en primer lugar, para nada se alude a que las plazas reservadas para personas con discapacidad puedan incluirse dentro de las convocatorias de plazas de ingreso ordinario o convocarse en un turno independiente; no se recoge tampoco, en segundo lugar, que las plazas no cubiertas se acumularán al cupo del cinco por ciento de la oferta siguiente, con un límite máximo del 10%; y, por poner un último ejemplo, en materia de promoción profesional, no se hace referencia a la obligación de establecer un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad.

En definitiva, éstos y otros ejemplos no hacen más que poner de manifiesto una opción excesivamente tímida del EBEP en materia de discapacidad, y que por ello, desde nuestro punto de vista, la opción del legislador reducida a medidas para facilitar el acceso al empleo público no es suficiente a fin de dar cumplimiento a las previsiones legales.

Como podemos comprobar, la necesidad de salvaguardar una cierta igualdad y solidaridad en este campo entre las diferentes Administraciones Públicas, sin llegar a agotar eso sí el espacio normativo del conjunto de organizaciones territoriales, deja notar la ausencia de una cierta lógica uniforme y homogénea para todas las Administraciones Públicas, y el sector público incluido en el ámbito del EBEP, por lo que a la materia de discapacidad se refiere.

Esta situación, como señala BOLTAINA BOSCH respecto a la problemática que las ofertas de empleo público suponen cuando éstas son el elemento central de la selección de personas con discapacidad, nos obliga a plantear una opción distinta: «la obligatoriedad de la cuota en base a cada entidad local, pero no en base exclusivamente a la oferta de empleo público “anual”. Es evidente que el art. 59 no ha tenido en cuenta otras consideraciones y por ello, al referirse a la oferta de empleo, y no adjetivizar nada más, nos obliga a remitirnos al art. 70.2 del EBEP, según el cual tal oferta o instrumento similar se aprueba anualmente».

Creemos que el art. 59 del EBEP, como argumenta el autor, «debería superar el concepto anual y por lo tanto fijar la obligatoriedad del cumplimiento del 5 por 100 con independencia de la anualidad. Esta opción sería, a nuestro juicio, perfectamente constitucional y razonable en la gestión de los recursos humanos de cada ente local. Implicaría, de aprobarse, que sea cual fuera el número de plazas ofertadas, el concepto de discriminación positiva en favor de las personas con discapacidad no se limitaría a la anualidad de la Oferta, sino a las sucesivas Ofertas que pudiera aprobar una Corporación Local. En esta lógica, si una entidad local aprueba 10 plazas en el presente año y 10 en el siguiente, debería cumplir el deber de reserva en ese segundo año, cuando en el sumatorio del primer y segundo año ha ofertado a la ciudadanía un número de plazas que permite la aplicación del porcentaje del art. 59.1 EBEP»⁴²³.

⁴²³ BOLTAINA BOSCH, X., «La experiencia en las administraciones locales», *El empleo público y las personas con discapacidad* (coord. Joan Martínez Hernández), CERMI, Madrid, 2009. págs. 201-208.

En definitiva, como concluye el autor, «proponemos como medida de reforma legislativa que se supere el concepto de oferta de empleo público anual que toma en consideración el art. 59.1, en relación al art. 70.2 del EBEP, para ir a un concepto más amplio, cual es el sumatorio de las diferentes ofertas de empleo público de cada entidad local a lo largo de los sucesivos años, que asumiría –si bien en un sentido más amplio– las previsiones de algunas normas autonómicas que para evitar la limitación opta por considerar el cómputo global de las vacantes ofertadas en un mismo año, si bien en nuestra propuesta se superaría también este periodo para enlazarse diferentes años hasta alcanzar los porcentajes de referencia¹⁸⁷, de tal manera que las plazas reservadas a personas con discapacidad podrían concentrarse en aquellas convocatorias locales que vengan referidas a categorías o cuerpos cuyo ejercicio para tales aspirantes sea más idóneo o se adapte mejor a las peculiaridades de las personas con discapacidad.

Evidentemente desde esta última perspectiva creemos oportuno plantear también para las entidades locales la distinción entre diferentes tipos de discapacidad, especialmente cuando se distingue entre discapacidad física, psíquica o sensorial que no tenga su origen en discapacidad intelectual (o retraso mental) de aquella que sí lo es, o en el supuesto de sordera prelocutiva. Sólo a través de la referida superación del mencionado concepto de oferta de empleo público local anual podría también distinguirse normativamente, en cada Comunidad Autónoma y referida a las Corporaciones Locales, los referidos porcentajes que, por otro, creemos necesarios, con los matices siguientes (...).

En este punto, resulta de gran interés también el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz “Discapacitados y acceso al empleo de las Administraciones Públicas”. En éste se establecen una serie de recomendaciones que

La situación tampoco es muy diferente tras el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre (TRLGDPD, en adelante). Como señala PÉREZ PÉREZ: «A pesar de los esfuerzos del legislador por configurar entornos normativos que posibiliten, incluso obligando imperativamente a incorporar a personas con discapacidad en algunos casos, el normal desarrollo del acceso al empleo de estas personas, no se han visto recompensados con el éxito en la práctica. El número de personas que se incorporan al empleo público en España dista mucho de alcanzar el objetivo del 2 %, que era el fijado por el legislador incluso antes de la entrada en vigor del primer EBEP en 2007 y del incremento de los porcentajes de reserva de empleo público, que comenzaron en el 3 % y que ahora se sitúan en el 7 %. Sea como fuere, no parece que subir los porcentajes resulte especialmente eficaz, porque el problema no es el número de plazas reservadas, sino la dificultad que siguen teniendo muchas personas con discapacidad para acceder a ellas. Esto es consecuencia de una situación generalizada de falta de igualdad de oportunidades, que comienza con el sistema educativo y que se arrastra a lo largo de la vida de muchas personas en los distintos ámbitos de la vida social. De nada sirve limitarse a realizar una convocatoria con plazas reservadas a personas con discapacidad si previamente no se ha favorecido un entorno educativo, cultural y social favorable a la inclusión de estas personas en condiciones de verdadera igualdad de oportunidades».

En lo relativo al empleo no público y al empleo público afectado por la cuota de reserva del TRLGDPD, como añade el autor, «para evitar que el objetivo principal de creación de empleo en el mercado de trabajo ordinario para las personas con discapacidad se vea relegado a un papel residual, habría que configurar las situaciones de excepcionalidad de manera que su aplicación en la práctica sea todo lo restrictiva que ese objetivo requiere. Por lo tanto, el TRLGDPD debiera ser modificado, manteniendo el actual sistema de cuota con contribución

son del todo ilustrativas y que por ello exponemos resumidamente: 1) Velar por el efectivo cumplimiento de las cuotas de reserva de puestos de trabajo, aplicando los mecanismos de control, seguimiento y sancionadores que correspondan; 2) Refundir e integrar en un sólo texto normativo todas aquellas disposiciones que regulan aspectos relacionados con el acceso al empleo público de las personas con discapacidad; 3) La elevación del porcentaje asignado al cupo de reserva para discapacitados, del 3% hasta el 10% que deberá ser aplicado a las diferentes categorías de personal público -salvo excepciones debidamente justificadas-, así como en todo tipo de procesos selectivos; 4) Las plazas vacantes del cupo de reserva deberán ofrecerlas temporalmente para su provisión por estas personas hasta su provisión reglamentaria.; 5) Establecer la exención del cobro de tasas o derechos de examen y/o del pago de comisiones bancarias por la tramitación de solicitudes; 6) La elaboración de un catálogo de puestos de trabajo idóneos para personas con discapacidad donde se concrete gran parte de la cuota de reserva así como concretar en la norma que apruebe la correspondiente Oferta Pública de Empleo, el número de plazas asignadas a cada Cuerpo por el cupo de reserva y, en su caso, se subdivida la reserva para físicos y psíquicos; 7) La adaptación de las pruebas selectivas deben adecuarse a las peculiaridades limitativas de las minusvalías físicas, psíquicas o sensoriales de los aspirantes a las mismas y, en su caso, se exencionen de algunas pruebas o se modulen las mismas; 8) La incorporación obligatoria de especialistas que asesoren al Tribunal o Comisión Permanente en materia de concesión de adaptaciones; 9) El establecimiento de una prioridad en la elección de vacantes a favor de los aprobados por el turno de reserva, así como la adaptación funcional de los puestos de trabajo que sean desempeñados por personas discapacitadas para facilitar su plena integración.

compensatoria, pero limitando la utilización de medidas alternativas a las situaciones reales de excepcionalidad, debidamente constatadas por el organismo administrativo competente, siempre que tales situaciones generen efectivamente una imposibilidad para contratar personas con discapacidad. Una mayor acción administrativa y la conversión del actual silencio administrativo positivo en negativo parecen dos medidas adecuadas»⁴²⁴.

5. CONCLUSIONES.

Inclusión, diversidad, visibilidad constituyen, también aquí, una hermosa síntesis de los objetivos perseguidos por el colectivo de las personas con discapacidad⁴²⁵. Desde esta perspectiva, y a modo de consideraciones finales, varias consideraciones finales son las que podemos subrayar a la vista de la regulación existente en materia de igualdad y no discriminación.

⁴²⁴ PÉREZ PÉREZ, J., *La discapacidad y el empleo en las administraciones públicas*, CEMICAL, Barcelona, 2017, págs. 95-97.

Las medidas complementarias al TRLGDPD, a su juicio, «deberían ir especialmente dirigidas a mejorar los aspectos formativos de los candidatos con discapacidad y a incrementar sus posibilidades de superación de las pruebas de acceso, con las mismas exigencias del resto de candidatos, pero estableciendo itinerarios más favorables, que permitan lograr la verdadera igualdad de oportunidades en este ámbito. La intensificación de la ampliación de los tiempos y la adaptación de los medios, sin duda, favorecerían la consecución de ese objetivo, pero no es suficiente con ello. Por lo tanto, una propuesta por valorar consistiría en que la Administración convocante adquiriera un compromiso formativo con las personas con discapacidad que, optando a plazas del cupo de reserva, hayan obtenido un resultado insuficiente para la asignación de la plaza pero suficiente para considerar que con un apoyo formativo específico, se logrará el objetivo. Sin duda, medidas como la propuesta favorecerían la incorporación de personas con discapacidad al empleo público, sin comprometer recursos públicos excesivos y dando real cumplimiento a la exigencia de igualdad de oportunidades.

Por lo que hace referencia a las medidas alternativas, es necesario modificar su actual configuración, muy especialmente en lo relativo a la determinación de la valoración que deban tener respecto del cumplimiento de la cuota de reserva. En este sentido, conviene introducir parámetros de cálculo que no se centren exclusivamente en datos de carácter económico, como sucede actualmente, sino que permitan determinar de la manera más precisa posible el impacto que la medida haya podido tener en la creación de empleo para personas con discapacidad en el mercado protegido o, en su caso, en el ordinario. También es preciso delimitar los supuestos de utilización de las medidas alternativas relativas a la contratación mercantil o civil con centros especiales de empleo o con trabajadores autónomos con discapacidad, evitando que oculten actividades de mera intermediación o interposición y favoreciendo el tránsito de los trabajadores contratados por estos centros hacia el mercado ordinario de trabajo».

Finalmente, concluye, «respecto al derecho sancionador en esta materia, es precisa una mayor proporcionalidad en la calificación y graduación de las sanciones en relación con la cuota de reserva. El recurso al derecho sancionador en este ámbito no debe en ningún caso resultar prioritario en la actuación administrativa, pero en aquellos casos en los que la contumacia y la persistencia en el incumplimiento lo requieran, las sanciones deben resultar adecuadas, proporcionadas y suficientemente disuasorias. Los escasos avances que en este sentido ha presentado el legislador resultan claramente insuficientes, por lo que el paso de una tipificación como infracción grave a otra muy grave parece también una medida adecuada. De este modo, se potenciarían los efectos disuasorios al incrementarse la cuantía de la sanción».

⁴²⁵ Jesús Vidal pronunció estas palabras al recoger el Goya *al mejor actor revelación* por su papel en la película *Campeones*, en la 33ª Gala de los Premios Goya, celebrada el 2 de febrero de 2019.

La primera, que este fenómeno obedece a múltiples causas que varían en su intensidad y sintomatología a lo largo del tiempo, respondiendo a acontecimientos sociales, políticos, económicos o culturales. Lo que determina, a su vez, la aparición de nuevos motivos o grupos como potenciales o reales víctimas de discriminación y que, precisamente por ello, se hace especialmente apta la cláusula abierta con que se recoge la prohibición de discriminación en los diferentes textos legales⁴²⁶.

La segunda, relativa a la existencia de una relación directa entre el fenómeno de la discriminación con las circunstancias del entorno en que este colectivo tiene que desenvolverse. En efecto, determinadas limitaciones ambientales o sociales, verbigracia, la persistencia de barreras arquitectónicas, los problemas de comunicación o las dificultades para acceder al mercado de trabajo, dificultan aún más la integración social de las personas con discapacidad⁴²⁷.

Desde este planteamiento, en la discapacidad confluyen junto a las propias limitaciones del individuo, un conjunto de factores físicos, sociales y culturales que inciden negativamente en la forma en que este colectivo se desenvuelve en los diferentes ámbitos de la vida en sociedad y, entre éstos cabe citar como un aspecto fundamental para el desarrollo personal y social de este colectivo, el acceso al empleo⁴²⁸.

Precisamente, «por ello y porque puede tratarse de un factor de discriminación con sensibles repercusiones sobre el empleo de los colectivos afectados, tanto el legislador como la normativa internacional (Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo) han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por las diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas» (STC 269/1984).

Sin embargo, es preciso poner de relieve que si bien es cierto que los poderes públicos han elaborado diferentes instrumentos jurídicos en los que se concretan un conjunto de

⁴²⁶ Véase en este punto, la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre *Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo*, del año 2003.

⁴²⁷ Precisamente, es la propia la Organización Mundial de la Salud (OMS), como organismo de las Naciones Unidas especializado en gestionar políticas de prevención, promoción e intervención en salud a nivel mundial, la que puso de relieve, en la "*Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud*" (CIF) de 2001, la repercusión de los factores del entorno en el desarrollo de la vida de las personas con discapacidad.

⁴²⁸ Especialmente interesante es, en materia de acceso al empleo público, la obra de ÁLVAREZ PRIETO J. y ROJO ALCALDE, J., «Factores personales, familiares, sociales e institucionales del acceso de las personas con discapacidad al empleo público», *Boletín del Real Patronato sobre Discapacidad*, núm. 54-55, 2003, págs. 31-46.

medidas de acción positiva y de no discriminación dirigidas a corregir progresivamente estas desigualdades; no es menos cierto que, aun hoy día, la brecha entre la norma y la realidad social sigue siendo muy profunda, más si cabe teniendo en cuenta las altas tasas de desempleo que se registran entre el colectivo de personas con discapacidad en edad de trabajar⁴²⁹.

En suma, y si consideramos la efectividad del derecho al trabajo (junto a la educación) como una vía necesaria para la realización de todo ser humano que coadyuva a la inclusión social del individuo, por el grado de independencia, libertad y satisfacción que puede generar; el acceso de las personas con discapacidad al empleo se constituye, pues, en un desafío impostergable.

Se hace imprescindible, por tanto, que la materia de discapacidad deje de ser asimismo una asignatura pendiente en nuestro sistema de empleo público y pase a ser una nota característica que identifique, como uno de los mejores signos distintivos, a nuestras Administraciones Públicas.

6. BIBLIOGRAFÍA.

AA. VV.: *Acceso de las personas con discapacidad al empleo público. 1985-1999*, Real Patronato sobre Discapacidad, Documentos 13/2002, Madrid, 2002.

ALCAÍN MARTÍNEZ, E. y MEDINA-GARCÍA, M., «Hacia una educación universitaria inclusiva: realidad y retos», *Revista Digital de Investigación en Docencia Universitaria*, 2017, págs. 1-16.

ÁLVAREZ PRIETO J. y ROJO ALCALDE, J., «Factores personales, familiares, sociales e institucionales del acceso de las personas con discapacidad al empleo público», *Boletín del Real Patronato sobre Discapacidad*, núm. 54-55, 2003, págs. 31-46.

ANGUAS ORTIZ, L. F., «El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía», *Documentación Administrativa*, núm. 276-277 (número monográfico sobre el sistema para la autonomía y la atención a la dependencia), septiembre-diciembre 2006 y enero-abril, 2007, págs. 267-300.

⁴²⁹ En este sentido, puede verse DE LORENZO, R., «El futuro de los discapacitados en el mundo: el empleo como factor determinante para la inclusión», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2004, págs. 73-90; y, DE LORENZO, R. y CABRA DE LUNA, M.: «El empleo de las personas con discapacidad», *Tratado sobre discapacidad*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007. Interesante en este punto es también la obra de ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Derecho al trabajo de las personas con discapacidad*, Real Patronato de Discapacidad, Documentos 10/2003, Madrid, 2003.

BOLTAIÑA BOSCH, X., «La experiencia en las administraciones locales», *El empleo público y las personas con discapacidad* (coord. Joan Martínez Hernández), CERMI, Madrid, 2009. págs. 181-272.

CASADO PÉREZ D., «Conocimiento y gestión del empleo de las personas con discapacidad», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2004, págs. 47-72.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo*, Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, Bruselas, 2003.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Informe sobre la situación del empleo de las personas con discapacidad y propuestas para su reactivación*, Madrid, 26 de octubre de 1995.
- *Situación de las personas con discapacidad en España*, Informe del Consejo Económico y Social, núm. 4/2003, Madrid, 2003.

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, *Discapacitados y acceso al empleo de las Administraciones Públicas*, Informe del Defensor del Pueblo Andaluz, Sevilla, noviembre de 2004.
DE LORENZO, R., «El futuro de los discapacitados en el mundo: el empleo como factor determinante para la inclusión», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2004, págs. 73-90.

DE LORENZO, R. y CABRA DE LUNA, M., «El empleo de las personas con discapacidad», *Tratado sobre discapacidad*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.

ESTEBAN LEGARRETA, R.: *Derecho al trabajo de las personas con discapacidad*, Real Patronato de Discapacidad, Documentos 10/2003, Madrid, 2003.

GARCÍA VALVERDE, M. y GONZÁLEZ DE PATTO, R., «Discapacidad y trabajo: Un balance tras el año europeo de las personas con discapacidad», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 75, 2004, págs. 59-94.

INSTITUTO DE MIGRACIONES Y SERVICIOS SOCIALES, *Empleo y Discapacidad*, Instituto de Mayores y Servicios Sociales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1998.

LÓPEZ CASASNOVAS, G., «Análisis económico de la cobertura de la dependencia: algunas reflexiones sobre las causas y consecuencias de sus déficits, en el contexto general de la crisis del estado de bienestar», *Documentación Administrativa*, núm. 276-277 (número monográfico sobre el sistema para la autonomía y la atención a la dependencia), septiembre-diciembre 2006 y enero-abril, 2007, págs. 65-80.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Informe sobre el acceso de personas con discapacidad al empleo público*, Madrid, junio de 2006.

MESTRE DELGADO, J. F., «El tratamiento jurídico de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público», *Anales de Derecho y Discapacidad*, CERMI-Fundación Derecho y Discapacidad, Madrid, 2018, págs. 87-99.

MONEREO PÉREZ, J. L., «El Modelo de protección social de la dependencia: el derecho subjetivo de ciudadanía social», *Documentación Administrativa*, núm. 276-277 (número monográfico sobre el sistema para la autonomía y la atención a la dependencia), septiembre-diciembre 2006 y enero-abril, 2007, págs. 569-629.

MONTAÑEZ HEREDIA, S., «El derecho a la autonomía personal como garantía de los derechos humanos de las personas con discapacidad y en situación de dependencia», *Anales de Derecho y Discapacidad*, CERMI – Fundación Derecho y Discapacidad, Madrid, 2017, págs.. 63-86.

PALACIOS, A., *La discapacidad frente al poder de la normalidad. Una aproximación desde tres modelos teóricos*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid, 2004.

PALOMAR OLMEDA, A., «El Sistema de Información del Sistema de Autonomía para la Dependencia: funcionalidad y régimen jurídico», *Documentación Administrativa*, núm. 276-277 (número monográfico sobre el sistema para la autonomía y la atención a la dependencia), septiembre-diciembre 2006 y enero-abril, 2007, págs. 527-566.

PÉREZ PÉREZ, J., *La discapacidad y el empleo en las administraciones públicas*, CEMICAL, Barcelona, 2017.

RAMALLO LÓPEZ, F., «La participación de las Entidades Locales en el Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia», *Documentación Administrativa*, núm. 276-277 (número monográfico sobre el sistema para la autonomía y la atención a la dependencia), septiembre-diciembre 2006 y enero-abril, 2007, págs. 327-368.

TORRES LÓPEZ, M. A., «Régimen jurídico-administrativo de la discapacidad en Andalucía», *El Derecho de los Servicios Sociales en Andalucía* (coords. Severiano Fernández Ramos y José María Pérez Monguió), Estudios del Derecho Propio de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2012, págs. 527-574.

VIDA FERNÁNDEZ, J., «Presentación», *Documentación Administrativa*, núm. 276-277 (número monográfico sobre el sistema para la autonomía y la atención a la dependencia), septiembre-diciembre 2006 y enero-abril, 2007, págs. 9-12.

Capítulo VIII. LA LEY 8/2017, DE 28 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LOS DERECHOS, LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN DE LAS PERSONAS LGTBI Y SUS FAMILIARES EN ANDALUCÍA

Manuel Rodríguez Portugués

1. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA LEY 8/2017

Este trabajo tiene por objeto el estudio de la Ley 8/2017, de 28 de diciembre de 2017, de garantía de los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía. Como se señala en las páginas que siguen, la regulación abordada por el legislador andaluz está marcada por su adhesión más o menos explícita a determinadas corrientes filosóficas sobre sexo y género. Este hecho determina que la legislación objeto de estudio se encuentre, en muchos puntos, virtualmente enfrentada al principio o deber de neutralidad ideológica que la Constitución impone a los poderes públicos. De ahí que, de los múltiples problemas que una ley horizontal y tan amplia como esta plantea, nos hayamos centrado aquí en los más importantes, que son los que se refieren al posible conflicto de la Ley con determinados derechos fundamentales, sobre todo con los más estrechamente vinculados a aquella garantía constitucional. No se abordan, por tanto, algunos otros problemas igualmente relevantes, pero que requerirían un acercamiento

parcialmente distinto⁴³⁰. Así pues, lo primero que se hace es una exposición de los fines, estructura y contenidos de la ley, para después afrontar determinados problemas en materia de derechos fundamentales, como los relativos a la igualdad de trato de las mujeres, a la intimidad, a las libertades de opinión y expresión, a la libertad de enseñanza o a la libre elección de profesión u oficio.

El artículo 35 de la LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (en adelante, EAA), dispone: “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”. A su vez, el artículo 37 EAA establece que los “poderes de la Comunidad Autónoma orientarán sus políticas públicas a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Capítulo anterior [entre ellos, el del citado artículo 35 EAA] y alcanzar los objetivos básicos establecidos en el artículo 10, mediante la aplicación efectiva de los siguientes principios rectores: (...) 2º La lucha contra el sexismo, la xenofobia, la homofobia y el belicismo, especialmente mediante la educación en valores que fomente la igualdad, la tolerancia, la libertad y la solidaridad.” A su vez, el artículo 10 EAA al que se remite este precepto establece como objetivo básico de la Comunidad Autónoma la promoción de las condiciones para que la igualdad y libertad de los individuos y colectivos sean reales y efectivas, removiendo para ello los obstáculos que lo impidan y adoptando las “medidas de acción positiva” que resulten necesarias.

Tanto el artículo 35 como el 37 se encuentran en el Título I del EAA, rotulado “Derechos sociales, deberes y políticas públicas”. Pero mientras que el primero se halla en su Capítulo II, titulado “Derechos y deberes”, el segundo forma parte del Capítulo III, titulado “Principios rectores de las políticas públicas”. Lo que parece que esto quiere decir es que, mientras que lo establecido en el artículo 35 EAA tiene formalmente el carácter de “derecho”, lo enunciado en el artículo 37 EAA está configurado como “principio rector”. Y, a tenor de lo establecido en el propio Estatuto de Autonomía, la diferencia entre uno y otro es grande. Así, los “derechos” tienen dos características fundamentales: que vinculan a todos los poderes públicos e incluso, dependiendo de su naturaleza, a los particulares (art. 38 EAA); y que, en coherencia con ello, los afectados pueden alegarlos directamente “mediante recurso ante la jurisdicción correspondiente” en caso de vulneración (art. 39 EAA). En cambio, los “principios rectores”, aunque deben informar la actividad de los poderes públicos, sólo pueden ser “alegados ante los jueces y tribunales de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (art. 40 EAA). Pese a todo, y en conexión con la idea de que ambos preceptos –como otros muchos del Estatuto– rebasan ampliamente lo que puede entenderse como propio de un Estatuto de Autonomía, parece que los “derechos” que consagra el Estatuto deben interpretarse también como mandatos a los

⁴³⁰ Como los problemas que plantea, por ejemplo, el otorgamiento de un derecho de los menores a los tratamientos dirigidos a cambiar los caracteres sexuales.

poderes públicos autonómicos semejantes a los principios rectores y no como auténticos derechos subjetivos de los ciudadanos⁴³¹.

En cualquier caso, los artículos 35 y 37 EAA hacen una llamada a los poderes públicos para adoptar medidas que garanticen tanto el ejercicio del citado “derecho” como el efectivo cumplimiento del “principio rector”, incluyendo, en relación con este último, “el impulso de la legislación pertinente”. Por eso el Parlamento andaluz, invocando expresamente estas determinaciones estatutarias en su Preámbulo, aprobó la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, titulada “para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía”. La Ley se suma así al conjunto de leyes que sobre esta materia han ido aprobando diversas Comunidades Autónomas en los últimos años⁴³².

Como señala en su propio título, la Ley pretende garantizar los derechos y, dentro de estos, en especial a la igualdad de trato, de las personas que pertenecen al colectivo denominado “LGTBI”, es decir, personas con orientación homosexual, personas transexuales y personas intersexuales. Se trata de personas que, por las características citadas, han sido tradicionalmente objeto de un trato social injusto y más o menos hostil.

Con independencia de las definiciones legales que luego examinaremos, la Ley aborda a los efectos de esa finalidad, los fenómenos de la homosexualidad, la bisexualidad, la transexualidad y la intersexualidad, que son, a tenor del *Diccionario de la Real Academia Española* fenómenos muy distintos entre sí. Mientras que la homosexualidad es la “inclinación erótica hacia individuos del mismo sexo”, la bisexualidad lo es hacia individuos de ambos sexos. Por su parte, la transexualidad no se refiere a la inclinación erótica, sino a algo conceptualmente bien distinto, como es la identidad sexual del propio sujeto. En efecto, la transexualidad consiste, más bien, en el “sentimiento de que se es del sexo contrario, y por el que se adoptan sus atuendos, comportamientos, y, eventualmente, sus caracteres sexuales mediante cirugía o tratamientos hormonales”. La intersexualidad, en cambio, inhiere en la fisiología del individuo, pues se define, también por el DRAE, como la “cualidad por la que el individuo muestra, en grados variables, caracteres sexuales de ambos sexos”.

Por tanto, la Ley tiene como centro de atención tres fenómenos que tienen por objeto, respectivamente, tres cosas muy distintas: la *inclinación* erótica, el *sentimiento* sobre la propia identidad sexual, y los *caracteres fisiológicos* de ambos sexos. Antes de pasar

⁴³¹ Así parece deducirse de las SSTC 247/2007 y 31/2010. Vid., en este sentido, REBOLLO PUIG, M., “Lección 3: Las fuentes del Derecho administrativo”, en *Derecho Administrativo. Tomo I. Conceptos fundamentales, fuentes y organización*, REBOLLO PUIG, M. (coord.), 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2019, p. 105.

⁴³² Para una visión general y crítica de esta legislación, vid. PRIETO ÁLVAREZ, T, y SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., “Ideología de género y libertad ideológica: estudio crítico de las recientes leyes autonómicas sobre orientación e identidad sexual”, en *Acoso a la familia. Del individualismo a la ideología de género*, PRIETO ÁLVAREZ, T. (ed.), Comares, Granada, 2016, pp. 163-198.

a la descripción y análisis de la Ley, conviene destacar un aspecto de lo que se acaba de señalar: además de la homosexualidad, la transexualidad tiene como punto focal un elemento puramente *interno* de la persona como es el sentimiento, en contraste con la intersexualidad, definida por elementos más o menos *externos* como son los caracteres sexuales. Sin embargo, aunque la definición de transexualidad del DRAE gira en torno a la noción de sentimiento, no está totalmente ausente de ella cierta dimensión externa (atendidos, comportamientos socialmente típicos o tipificados como del otro sexo, caracteres sexuales...). En cambio, y como se verá más adelante, la Ley 8/2017 prescinde totalmente de esta consideración de los elementos externos que acompañan a la transexualidad. En términos jurídicos, esta omisión es grave porque para el Derecho el elemento externo de las relaciones humanas es crucial en casi todos los campos. El Derecho se ocupa, por definición, de cosas externas. Por eso, no es extraño que en esta omisión radiquen, como se verá, algunos de los problemas jurídicos y constitucionales que plantea la Ley.

1.1. La finalidad de la Ley y su colisión con el principio de neutralidad ideológica de los poderes públicos

La finalidad declarada por la Ley figura ya en su propio título: garantizar los derechos y la igualdad de trato hacia determinadas personas que viven o sienten su sexualidad de forma distinta a la mayoría y que incluso, según las épocas, han sido objeto de una mayor o menor represión por parte de los poderes públicos⁴³³. Sin embargo, la Ley no se limita a la interdicción de los correspondientes comportamientos más o menos ofensivos o discriminatorios, sino que, abandonando este plano puramente práctico-jurídico, se adentra por los vericuetos de la filosofía política y antropológica, adoptando de forma explícita una concreta interpretación filosófica sobre la sociedad en general y sobre la sexualidad humana en particular.

Es fácil advertir, por las declaraciones contenidas tanto en el texto legal como en su tramitación en el Parlamento, que dicha interpretación se aproxima, dentro de las distintas filosofías posestructuralistas de género, a la denominada “teoría *queer*”. Se trata de una teoría filosófica en la que se inscriben autores de diversas tendencias que han contribuido decisivamente a su difusión⁴³⁴. El adjetivo en lengua inglesa (*queer*) del que procede su

⁴³³ Por ejemplo, todavía en la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social, se declaraba como “estado peligroso” a los que, apreciándose “en ellos una peligrosidad social”, “realicen actos de homosexualidad” (art. 2).

⁴³⁴ Entre los más destacados impulsores de esta corriente filosófica pueden citarse varias profesoras, como Judith BUTLER, Jane FLAX y Donna HAREWAY. BUTLER es actualmente profesora de Literatura Comparada en la Universidad de Berkley (California) y se doctoró en Filosofía en la Universidad de Yale. HAREWAY es profesora emérita de los Departamentos de Historia de la Conciencia y de Estudios Feministas. Y Jane FLAX, doctora en Filosofía, ha sido profesora del Departamento de Filosofía y Religión de la American University en Washington D.C. Todas han escrito desde principios de los años 90 diversas obras sobre filosofía de género que han tenido amplia difusión.

nombre, significa “raro, anómalo”. Esta corriente filosófica, que podría incluirse dentro de la antropología y la política filosóficas, se caracteriza por rechazar la clasificación binaria de los individuos de la especie humana en “varón” y “mujer”, o en “heterosexual” y “homosexual”. Por el contrario, sostiene que cualquier identidad social es igual de anómala que cualquier otra, pudiéndose distinguir varios géneros en función de las más variadas consideraciones (heterosexual masculino y femenino, homosexual, lesbiana, bisexual, indiferenciado...). Como la masculinidad y la feminidad no aparecen como los únicos derivados de la dicotomía sexual biológica, y como la heterosexualidad ni siquiera gozaría de preferencia para la reproducción de la especie, la identidad individual de género, adaptable indefinidamente a las más diversas etapas y propósitos de la vida, debería ser objeto de libre elección según los momentos y situaciones.

Esta suerte de “nominalismo” de género –la concepción *queer* de la sexualidad– se percibe claramente, entre otros posibles ejemplos, en la definición contenida en el artículo 3.b) de la Ley 8/2017 sobre la categoría de la “persona trans”: “toda aquella persona que se identifica con un sexo diferente al que le asignaron al nacer, que expresa su identidad sexual de manera diferente al sexo que le asignaron al nacer, así como a quienes definen su género como «otro» o describen su identidad en sus propias palabras”. Para el legislador no hay, por tanto, un número y tipo determinado de géneros, sino tantos como cada individuo defina para sí mismo. También se refleja nítidamente, por ejemplo, en materia educativa, cuando el legislador impone en esta materia una visión de la sexualidad humana “no binaria”: “Los contenidos del material educativo empleado en la formación del alumnado promoverán el respeto y la protección del derecho (...) a una educación no binaria” (artículo 15.1).

El problema, como se verá, es que, rebasando el papel eminentemente práctico que le corresponde, el legislador, al adoptar explícitamente una determinada filosofía, genera inevitables tensiones con algunos derechos fundamentales, sobre todo con los que tienen que ver con el pensamiento y la opinión (libertades de pensamiento, expresión, educación, etc.). Esto se produce, especialmente, cuando la formulación de estos postulados filosóficos se combina o se refuerza con el establecimiento de ciertos mecanismos coactivos dirigidos a la consecución de los objetivos de la Ley. Como se verá más adelante, en algunos casos el resultado práctico que se deriva de ello es que dichos postulados no son simplemente expuestos por el legislador como si de un ensayo filosófico se tratara, sino que su asunción por parte de los ciudadanos se convierte poco menos que en objeto de un deber legal. Se incurre con todo ello en lo que la Constitución, con el reconocimiento a la libertad ideológica en su artículo 16.1, ha pretendido siempre y pretende evitar: la imposición por los poderes públicos de cualquier convicción moral, filosófica o dogmática, tal y como dejó claro tempranamente el Tribunal Constitucional (STC 5/1981, y ATC 359/1985). Téngase en cuenta, además, que la limitación a dichas libertades se admite por la Constitución de forma muy restrictiva: concretamente sólo “la necesaria para el mantenimiento del orden público” (art. 16.1 CE). En definitiva, puede sostenerse que, en muchos puntos, la Ley infringe el *principio o deber de neutralidad ideológica de los poderes públicos* que nuestro ordenamiento constitucional comparte con el de otros muchos países y que se infiere de

las libertades de pensamiento o ideología y religión y de la cláusula de aconfesionalidad del Estado (art. 16 CE), y según el cual los poderes públicos no pueden hacer suya ideología o creencia alguna, y menos aún pueden imponer alguna de ellas a los ciudadanos⁴³⁵.

Por otra parte, no es extraño que la adopción por el legislador de una perspectiva filosófica con presupuestos tan individualistas provoque paradójicamente efectos negativos en relación con el derecho fundamental a la igualdad de trato y a la no discriminación por razón de sexo. En efecto, si la condición legal de hombre o mujer depende exclusivamente de la voluntad del individuo, la aplicación de dicho criterio puede conducir a resultados gravemente inequitativos para las mujeres en aquellos ámbitos en los que –como sucede en el deportivo, por ejemplo, y según veremos– la condición fisiológica de hombre o mujer resulta determinante en aras a tratar con igualdad a estas últimas. En tales casos, con la Ley 8/2017 el legislador entra en contradicción consigo mismo y con las previsiones antidiscriminatorias presentes en otros sectores del ordenamiento.

1.2. Estructura de la Ley

En cuanto a la estructura, se trata de una Ley extensa, con 71 artículos y 4 disposiciones finales. Su finalidad está resumida en el título: garantizar los derechos, la igualdad y la no discriminación de las personas LGBTI, “siglas”, como aclara el propio artículo 3, “que designan a las personas que se definen a sí mismas como lesbianas, gays, trans, bisexuales y/o intersexuales”. A su vez, el propio artículo 3 aclara qué se entiende por “trans” e “intersexual”, dando por sentado que el resto de conceptos son suficientemente conocidos. La “persona trans” –como ya se ha señalado– es la “que se identifica con un sexo diferente al que le asignaron al nacer, así como a quienes definen su género como «otro» o describen su identidad en sus propias palabras”. La “intersexualidad”, por su parte, alude a la “variedad de situaciones en las cuales una persona ha nacido con una configuración anatómica (genitales externos e internos), hormonal o genética que no responde a las definiciones binarias de hombre y mujer”. En el artículo 3 se incluye la definición de muchos otros conceptos sobre los que pivota la aplicación de los diversos preceptos de la Ley, tales como “identidad sexual y/o de género”, “LGTBIfobia”, “discriminación directa”, “discriminación indirecta”, “discriminación múltiple”, “discriminación por asociación”, “victimización secundaria”, “violencia intragénero entre miembros de parejas del mismo sexo”, “diversidad sexogenérica”, etc.

De entre ellas, merece la pena destacarse ahora, por su centralidad, la de “*identidad sexual y/o de género*”, que es “la vivencia interna e individual del sexo y/o género tal y como cada persona la siente y autodetermina, sin que deba ser definida por terceras personas, pudiendo corresponder o no con el sexo asignado en el momento del nacimiento y pu-

⁴³⁵ Sobre este deber de neutralidad, vid. DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a, *Sistema de derechos fundamentales*, 4^a ed., Civitas, Cizur-Menor (Navarra), 2013, p. 190, pp. 314 y 315.

diendo involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido”. Como se ha apuntado arriba, en las definiciones legales de la condición de persona LGTBI y de identidad de género es determinante la interioridad y no-alteridad que las caracteriza: es siempre el sujeto en cuestión el que “se define a sí mismo”, el que “se identifica”, el que “autodetermina” su género según “su vivencia interna e individual”, etc., con absoluta exclusión de los terceros.

Otra característica de la Ley es que se trata de una norma marcadamente *horizontal*, es decir, que sus previsiones se proyectan hacia una gran variedad de ámbitos sociales: bajo el rótulo de “políticas públicas”, el extenso Título II de la Ley desgrana por capítulos las diversas medidas contempladas en ella en relación con la educación, los servicios sociales, la familia, la salud, la cultura, el ocio, el turismo, el deporte, la cooperación internacional al desarrollo, los medios de comunicación, la publicidad, la Administración de Justicia y las relaciones con las fuerzas y cuerpos de seguridad.

1.3. Principales deberes y prohibiciones. Referencia a los modos de actividad administrativa establecidos o considerados por el legislador en esta materia

La Ley establece numerosos deberes y prohibiciones en el ejercicio de las más variadas actividades sociales, culturales, económicas o profesionales. Entre las *prohibiciones* se pueden destacar las siguientes:

- La cláusula general de respeto a la identidad sexual contenida en el artículo 6.1: “Ninguna persona podrá ser presionada, coaccionada u obligada a ocultar, suprimir o negar su orientación sexual e identidad de género, así como a someterse a tratamientos hormonales, quirúrgicos, psiquiátricos o de cualquier otro tipo con la finalidad de modificar su identidad u orientación sexual”.
- La prohibición absoluta de cualquier acción dirigida a cambiar la proyección sexual o la identidad de género: “No se usarán terapias aversivas o cualquier otro procedimiento que suponga un intento de conversión, anulación o supresión de la orientación sexual o de la identidad de género autopercibida” (art. 6.2).
- La prohibición de pruebas o exámenes para determinar la proyección sexual o la identidad de género: “Ninguna persona podrá ser requerida, en ningún ámbito de la vida, a someterse a pruebas o exámenes para determinar su orientación sexual e identidad o expresión de género y de cuyo resultado pretenda determinarse su acceso al empleo, a prestaciones o a cualquier otro derecho, ya sea en el ámbito público o privado” (art. 6.4).
- La prohibición de limitar el acceso a establecimientos abiertos al público: “Las condiciones de acceso y permanencia en los establecimientos abiertos al público, así como el uso y disfrute de los servicios que en ellos se prestan, no se podrán limitar, en ningún caso, por razones de orientación sexual e identidad de género o pertenencia a familia LGTBI” (art. 49.1).

Por lo que se refiere a los *deberes*, que también alcanzan ámbitos muy diversos, pueden citarse los siguientes:

- En relación con el material educativo: “Los contenidos del material educativo empleado en la formación del alumnado promoverán el respeto y la protección del derecho a la diversidad sexogenérica y a la expresión de género, así como a una educación no binaria, que visibilice la diversidad corporal y sexual, y la diversidad familiar” (art. 15.1).
- En relación con las competiciones deportivas: “En los eventos y competiciones deportivas que se realicen en la Comunidad Autónoma de Andalucía se considerará a las personas transexuales que participen atendiendo a su identidad sexual a todos los efectos” (art. 39.1).

Por otro lado, y a fin de alcanzar los objetivos trazados por el legislador, la Ley se sirve de distintas técnicas propias de los principales modos de la actividad administrativa: *limitación*, *servicio público* y *fomento*. Entre las medidas de limitación, la Ley atribuye a la Administración, con mayor o menor precisión, numerosas potestades para controlar los deberes establecidos por el texto legal en los distintos campos a los que se refiere la norma. Por ejemplo, el artículo 27.5, además de proclamar que las “personas menores de edad tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual”, habilita a la Administración pública a velar “para que las personas progenitoras, tutoras, guardadoras o acogedoras desarrollen adecuadamente sus responsabilidades y deberá garantizar, en todo caso, el interés superior del menor, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”.

En cuanto a los servicios públicos, las previsiones de la Ley recaen sobre todo en tres ámbitos de la actividad prestacional de la Administración: la educación, la sanidad y los medios de comunicación. En cuanto a la educación, pueden destacarse las previsiones relativas a los planes y los conciertos educativos:

- “Los planes educativos deberán contemplar pedagogías adecuadas para el reconocimiento y respeto de los derechos de las personas que se reconocen LGTBI, así como dar cabida a proyectos curriculares que contemplen o permitan la educación afectiva y sexogenérica y eviten e impidan la discriminación. Para ello dispondrán de herramientas, recursos y estrategias para educar en la diversidad sexual, de género y familiar, prevenir el acoso escolar y educar en el respeto y la igualdad, tanto desde la educación formal como desde la no formal, incorporando al currículum los contenidos de igualdad” (art. 15.2).
- “La Consejería competente en materia de educación no suscribirá conciertos administrativos con aquellos centros que en su ideario planteen algún tipo de discriminación al alumnado por razón de orientación sexual, identidad de género o pertenencia a familia homoparental” (art. 15.4)⁴³⁶.

⁴³⁶ En otro plano de menor relevancia, y más bien en el ámbito cultural, dispone el artículo 35.3 que todas “las bibliotecas propiedad de la Junta de Andalucía deberán contar con fondo bibliográfico de temática LGTBI, y di-

Por lo que se refiere a la sanidad, destaca, sobre todo, lo contenido en el artículo 28.6 en relación con tratamientos hormonales a menores transexuales: “Los menores transexuales tendrán derecho: a) A recibir tratamiento para el bloqueo hormonal al inicio de la pubertad, atendiendo a criterios clínicos establecidos por el mejor conocimiento disponible y recogidos en el proceso asistencial integrado, que se mantendrá pertinentemente actualizado, de manera que se evite el desarrollo de caracteres sexuales secundarios no deseados. b) A recibir tratamiento hormonal cruzado en el momento adecuado de la pubertad para favorecer que su desarrollo corporal se corresponda con el de las personas de su edad, a fin de propiciar el desarrollo de los caracteres sexuales secundarios deseados” (art. 28.6)⁴³⁷.

Y en relación con los medios de comunicación social se establece que las Administraciones públicas andaluzas “fomentarán, a través de los medios de comunicación social de carácter público, los valores de igualdad, diversidad y no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género” (art. 5.5).

Pero la Ley, además de medidas administrativas de limitación y la prestación de los servicios a que se ha aludido, también recoge la posibilidad de que la Administración utilice diferentes técnicas propias de la actividad administrativa de fomento. Como ejemplo puede citarse la siguiente previsión: “Las Administraciones públicas de Andalucía prestarán respaldo a la celebración, en fechas conmemorativas, de actos y eventos que, como formas de visibilización, constituyen instrumentos de normalización y consolidación de la igualdad social plena y efectiva en la vida de las personas LGTBI y sus familiares. En particular se respaldarán y apoyarán las acciones que el movimiento social y activista LGTBI realice el día 28 de junio, Día Internacional del Orgullo LGTBI o Día Internacional de Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transexuales, Transgénero e Intersexuales, el 17 de mayo, el Día Internacional contra la Homofobia y la Transfobia, o el 20 de noviembre, el Día Internacional de la Memoria Transexual” (art. 5.3).

Para la ejecución de todas estas medidas administrativas, la Ley contiene también unas previsiones de carácter planificador y organizativo, de tal forma que, por un lado, la Junta de Andalucía “elaborará un Plan de acción interdepartamental para la igualdad y no discriminación LGTBI, donde se incluirán las medidas para alcanzar el objetivo de la igualdad de trato y para eliminar la discriminación por razón de orientación e identidad sexual y de género” (art. 10), y –por otro– se prevé la creación del “Consejo Andaluz LGTBI, adscrito a la Consejería

versidad familiar, en cualquier caso, respetuoso con los derechos humanos y nunca contrario al reconocimiento a la diversidad sexual y de identidad de género y de su realidad familiar. Asimismo, se impulsará la creación de un fondo bibliográfico de temática LGTBI en las bibliotecas provinciales y municipales” (35.3).

⁴³⁷ También hay alguna otra en relación con centros residenciales y de día para personas mayores: “Los centros residenciales y los centros de día para personas mayores, tanto públicos como privados, así como los centros de participación activa, garantizarán el derecho a la no discriminación de personas LGTBI, ya sea tanto en su individualidad como en su relación sentimental. Los centros, residencias y servicios de atención a estas personas, públicos o privados, adoptarán las medidas necesarias para que los espacios puedan utilizarse sin que se produzca ningún tipo de discriminación” (art. 21).

competente en materia LGTBI, como órgano participativo y consultivo en materia de derechos y políticas públicas del colectivo LGTBI y contra la LGTBIfobia” (art. 11)⁴³⁸.

1.4. Aparato sancionador

Para respaldar el cumplimiento de muchas de las previsiones contenidas en la norma, la Ley contempla también, en su Título IV y último, un completo cuadro de infracciones y sanciones administrativas. Como es habitual, las infracciones se clasifican en tres categorías: *leves*, *graves* y *muy graves*. Las infracciones tienen por objeto conductas muy variadas, normalmente la transgresión de deberes o prohibiciones establecidos a lo largo de la Ley. Desde este punto de vista, un grupo muy importante de infracciones se refieren a la emisión de expresiones o mensajes contrarios a los objetivos de la Ley. Sin embargo, dentro de este grupo, entre las infracciones leves y graves, por un lado, y las muy graves, por otro, existe una diferencia significativa: mientras que aquellas tienen por objeto expresiones o mensajes dirigidos a la *colectividad*, las muy graves contemplan algunas infracciones consistentes en expresiones o comportamientos agresivos *contra personas determinadas*.

En efecto, así se desprende de la redacción de los distintos tipos infractores. Es infracción leve: “Utilizar o emitir expresiones vejatorias por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género o que inciten a la violencia contra las personas LGTBI o sus familiares, en la prestación de servicios públicos, en cualquier medio de comunicación, en discursos o intervenciones públicas o a través de las redes sociales” [art. 60.a)]. Y son infracciones graves (art. 61):

- “a) Utilizar o emitir, de forma reiterada, expresiones vejatorias por razón de orientación sexual, identidad sexual o expresión de género o que inciten a la violencia contra las personas LGTBI o sus familias, en la prestación de servicios públicos, en cualquier medio de comunicación, en discursos o intervenciones públicas o a través de las redes sociales. (...)
- e) Realizar actos que impliquen aislamiento, rechazo o menosprecio público y notorio de personas por causa de orientación sexual, identidad sexual o expresión de género.
- f) La realización de campañas de publicidad o anuncios que utilicen la imagen de miembros del colectivo LGTBI o sus familiares de manera discriminatoria o vejatoria o justifiquen o inciten a la violencia.
- g) La no retirada inmediata por parte del prestador de un servicio de la sociedad de la información de expresiones vejatorias o de incitación a la violencia por razón de identidad sexual o expresión de género contenidas en sitios web o redes sociales de las que sea responsable, una vez tenga conocimiento efectivo del uso de esas expresiones.
- h) La elaboración, utilización o difusión, en centros educativos de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de libros de texto y materiales curriculares que presenten a las personas

⁴³⁸ El Consejo todavía no se ha creado. Hay un proyecto de decreto que puede consultarse en el portal de transparencia de la página web de la Junta de Andalucía.

como superiores o inferiores en dignidad humana en función de su orientación sexual e identidad de género (...)

- j) Desarrollar o tolerar el desarrollo de actos culturales, artísticos o lúdicos de marcado carácter discriminatorio o que justifiquen o inciten a la violencia.”

Algunas de estas conductas tienen la consideración de infracciones muy graves cuando los mensajes o expresiones alcanzan una especial sonoridad pública o social. Es el caso de las infracciones consistentes en el “empleo de un lenguaje discriminatorio o la transmisión de mensajes o imágenes discriminatorias u ofensivas en los medios de comunicación públicos de Andalucía, en aquellos otros medios de comunicación que reciban subvenciones públicas o en los medios de comunicación sujetos al ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Andalucía” [art. 62.c)], y en convocar “espectáculos públicos o actividades recreativas que tengan como objeto la incitación al odio, la violencia o la discriminación de las personas LGTBI o sus familias” [art. 62.f)].

Pero, como se ha señalado, las infracciones también se convierten en muy graves cuando las conductas tipificadas se proyectan sobre *personas concretas*. Así, el artículo 62.a) tipifica como muy grave la infracción consistente en adoptar “comportamientos agresivos o constitutivos de acoso, realizados en función de la orientación o identidad sexogenérica de una persona, que tengan el propósito o produzcan el efecto de atentar contra su dignidad, creando un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo *para la misma*.” Este mismo enfoque –de ofensa dirigida a una persona singular– adopta la Ley al tipificar también como muy grave la infracción que consiste en cualquier “represalia o trato adverso que reciba una persona como consecuencia de haber presentado la misma una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso de cualquier tipo, destinado a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad” [art. 62.b)]⁴³⁹.

Por otro lado, también se sanciona la infracción de algunos de los deberes y prohibiciones que se han mencionado arriba. Así, son infracciones graves “c) La realización de actos o la imposición de cláusulas en los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de orientación sexual y/o identidad de género. (...) i) Desarrollar o tolerar el desarrollo de actos que constituyan discriminación en la celebración de pruebas deportivas y convocatorias de premios deportivos” (art. 61); e infracción muy grave “e) Promover, difundir o ejecutar por cualquier medio cualquier tipo de terapia para modificar la orientación sexual y la identidad de género con el fin de ajustarla a un patrón heterosexual y/o cissexual” (art. 62).

⁴³⁹ Ante la dificultad de abordar la cuestión más detenidamente, apuntamos la posibilidad de que estas infracciones consistentes en ataques *individuales* a determinados bienes jurídicos pertenezcan al núcleo indisponible de lo que pertenece al poder judicial perseguir punitivamente. De esta forma, la atribución a la Administración de la potestad para que las sancione vulnera la reserva de jurisdicción penal que se contiene en el artículo 117.3 CE. Para más detalles sobre este argumento, que puede aplicarse aquí, *vid.* RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., “Reserva de jurisdicción y libertad del legislador para optar entre penas y sanciones administrativas”, *Revista de Administración Pública* núm. 208 (2019).

Finalmente, también hay que reseñar que las potestades de control atribuidas a la Junta de Andalucía se encuentran respaldadas por la tipificación de las infracciones leves y graves contenidas en los artículos 60 y 61:

- “Son infracciones administrativas leves: (...) b) No facilitar la labor o negarse parcialmente a colaborar con la acción investigadora de los servicios de inspección de la Junta de Andalucía”.
- “Son infracciones administrativas graves: (...) b) La obstrucción o negativa absoluta a la actuación inspectora de la Administración de la Junta de Andalucía”.

Como también es habitual en materia sancionadora administrativa, el artículo 65 de la Ley contempla varios tipos de sanción en función de las distintas categorías de infracciones. Las sanciones previstas para las infracciones leves son el apercibimiento o la multa de hasta 6.000 euros. Las infracciones graves y muy graves, además de multa como sanción principal de hasta 120.000 euros, pueden ser castigadas con las siguientes sanciones accesorias temporales: prohibición de acceder a cualquier tipo de ayuda pública de la Comunidad Autónoma, prohibición de contratar con la Administración de la Junta de Andalucía, inhabilitación de la persona física o jurídica para ser titular de centros o servicios dedicados a la prestación de servicios públicos, y cierre o suspensión temporal del servicio, actividad o instalación. La duración de estas sanciones accesorias, dependiendo del tipo de infracción sancionada, es de hasta cinco años.

2. LA “AUTOPERCEPCIÓN DEL GÉNERO” Y LA DIFICULTAD DE AFIRMAR UN DERECHO SOBRE UN SENTIMIENTO

Como se ha señalado ya, uno de los principios fundamentales de los que parte la Ley es que el género propio depende *únicamente de la percepción subjetiva* de la persona en cuestión. De esta forma, no es sólo que el género carezca de ciertas determinaciones biológicas, sino que se pretende que carezca incluso de cualquier determinación social. Por eso prohíbe el artículo 3.c) de la Ley que la identidad de género sea “definida por terceras personas”. Es fácil advertir que con esto lo que se establece, en materia de género, es una *autodeterminación* que pretende ser *ilimitada*, es decir, un derecho irrestricto a decidir el propio género *en cualquier terreno y frente a cualquiera*. Con ello se pretende configurar una especie de derecho a que los demás perciban, piensen y se comporten, en cualquier terreno de la vida y con todas sus consecuencias, conforme al género con que el individuo en cuestión se percibe a sí mismo, aunque no coincida con el sexo que realmente tiene. Como señalamos arriba, a este fenómeno el DRAE lo califica como un “sentimiento” y sobre los sentimientos, tan individuales y subjetivos, es difícil, por no decir imposible, afirmar algo que por definición es un fenómeno intersubjetivo, como es el derecho⁴⁴⁰.

⁴⁴⁰ En sentido semejante, *vid.* PRIETO ÁLVAREZ, T, y SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., “Ideología de género y libertad ideológica...”, *cit.*, pp. 190-193.

En efecto, un derecho así es enormemente problemático desde el punto de vista jurídico. No existe en ninguna materia ni un derecho ilimitado ni fundado en un simple sentimiento. Así lo ha afirmado, por ejemplo, en múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional en relación con los derechos fundamentales. Todo derecho es, precisamente, lo que resulta de armonizar la libertad de los distintos individuos según un cierto criterio de igualdad, lo que, por definición, entraña poner medida (es decir, límite) a dichas libertades. Por eso, un derecho ilimitado no es en realidad derecho alguno. Cuando se configura un derecho ilimitado, sin ninguna consideración *al otro*, realmente no se está configurando un derecho, sino un poder arbitrario, contrario a la *igual dignidad* de los individuos que quedan sometidos a dicho poder. En el caso que aquí nos ocupa, de la misma manera que las personas transexuales tienen derecho a que las traten con igualdad, las demás personas –sean transexuales o no– tienen también derecho, por ejemplo, a la intimidad, a la libertad de pensamiento o a ser tratadas también con igualdad. Por eso, al configurar el derecho de aquellas, debe hacerse teniendo en cuenta –armonizando o “acomodando”, como dicen los juristas norteamericanos– el derecho de estas. Y muy poco de esto se hace en la Ley 8/2017.

Lo que se acaba de señalar queda bien patente cuando la Ley se refiere a dos ámbitos diversos: el deporte y el uso de las instalaciones comunes separadas por sexos (baños, vestuarios...). Cuando se reconoce el derecho a la autodeterminación de género en relación con estas materias, no es que se omita cualquier referencia a los derechos de terceros más probablemente afectados por dicha autodeterminación a fin de armonizarlos, sino que se excluye de raíz toda posible armonización. Es lo que hace la Ley cuando señala que en “los eventos y competiciones deportivas que se realicen en la Comunidad Autónoma de Andalucía se considerará a las personas transexuales que participen atendiendo a su identidad sexual *a todos los efectos*” (art. 39.1). En vez de acomodar y armonizar, lo que mayormente hace la Ley es armar de poderes a una pretensión, que luego va avanzando y aplastando todo lo que encuentra a su paso.

2.1. La “autopercepción de género” en el deporte. Las enseñanzas del caso Caster Semenya.

El ejercicio de esta especie de poder de autodeterminación de género en el deporte puede resultar enormemente problemática. Aún no existen resoluciones judiciales de referencia que aborden directamente esta cuestión. Pero para analizar el problema que subyace en este artículo de la Ley, puede ser muy ilustrativo el caso todavía no resuelto definitivamente en relación con Mokgadi Caster Semenya, atleta internacional que ha sido medalla de oro en la carrera de velocidad de 800 metros lisos en los campeonatos mundiales de 2009, 2011 y 2017 y en los juegos olímpicos de 2012 y 2016, todos ellos en la categoría femenina.

2.1.1. Las “Normas de Elegibilidad para la Clasificación Femenina de Atletas con Diferencias de Desarrollo Sexual” de 2018, aprobadas por la IAAF.

Desde la primera de las victorias citadas, en 2009, se suscitaron dudas acerca del sexo biológico de Semenya. La Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo (en inglés, *International Association of Athletics Federations*, o IAAF) pidió en agosto de ese año que la atleta se sometiera a una “prueba de género”. Aunque los resultados no se hicieron oficialmente públicos, se filtró a la prensa que Semenya podría poseer estructura cromosómica masculina y algunas de las características fisiológicas generalmente asociadas a ella, como altos niveles de testosterona en sangre y una mayor masa muscular. En ese año y durante unos meses, la IAAF prohibió cautelarmente a Semenya participar en competiciones oficiales. El caso generó una gran polémica en el ámbito del deporte profesional y en los medios de comunicación de todo el mundo. En los años siguientes, la IAAF se enfrentó a casos parecidos, algunos de los cuales acabaron en el Tribunal Arbitral del Deporte⁴⁴¹. Conforme ha ido pasando el tiempo, los casos y las tensiones han ido en aumento⁴⁴².

Así las cosas, la IAAF aprobó en abril de 2018 unas “Normas de Elegibilidad para la Clasificación Femenina de Atletas con Diferencias de Desarrollo Sexual”. Básicamente, estas normas exigían que, para participar en las categorías femeninas internacionales de las carreras de 400 m a una milla, la atleta con diferencias de desarrollo sexual (DDS), niveles de testosterona en sangre iguales o superiores a los 5 nanomoles por litro (nmol/L) y suficiente sensibilidad a los andrógenos como para que esos niveles de testosterona tengan un efecto androgenizante (es decir, que causen una mayor masa muscular y cantidad de hemoglobina en sangre), debían reducir su nivel de testosterona en sangre a menos de 5 nmol/L durante un período continuo mínimo de seis meses (por ejemplo, mediante el uso de anticonceptivos hormonales).

La aprobación de estas normas fue acompañada de la publicación de una amplia nota explicativa de la IAAF, en la que trataba de adelantarse y dar respuesta a la polémica con que previsiblemente se iban a recibir las nuevas normas. La nota explicativa, que puede consultarse en la página web de la propia organización⁴⁴³, está estructurada en varias partes en las que se abordan diferentes aspectos de las normas aprobadas. Una de las partes más importantes es la que sintetiza las evidencias en las que se apoya la norma adoptada, con cita de numerosas publicaciones científicas recientes. Ese apartado comienza seña-

⁴⁴¹ Por ejemplo, *vid.* el caso de la atleta Dutee Chand, resuelto finalmente por el Tribunal de Arbitraje Deportivo mediante laudo de julio de 2015 (CAS 2014/A/3759).

⁴⁴² Por ejemplo, al parecer, en el podio de la carrera de 800 metros lisos de los Juegos Olímpicos de 2016 estaban, además de la propia Semenya, otras dos atletas con hiperandrogenismo, según declaraciones de José María Odriozola Lino, miembro del Consejo de la IAAF, en *Marca* de 15 de agosto de 2019: “El podio del 800 en los Juegos Olímpicos de Río eran tres hiperandrogénicas y había que ver a las otras finalistas poco menos que llorando en la línea de meta porque veían que era imposible luchar contra ellas”.

⁴⁴³ Puede consultarse en <https://www.iaaf.org/> [última consulta: 28-08-2019].

lando que la mayoría de las mujeres, incluyendo las atletas de élite, tienen bajos niveles naturales de testosterona circulante, en concreto, entre 0,12 y 1,79 nanomoles por litro de sangre (nmol/L). En contraste con ello, los hombres tienen entre 7,7 y 29,4. En el caso de mujeres con diferencias de desarrollo sexual (DDS), la persona puede alcanzar altos niveles de testosterona natural, incluso dentro o más allá del intervalo masculino normal. Si esa persona, además, es sensible a los andrógenos (por tener receptores funcionales de andrógenos), esos altos niveles de testosterona natural pueden incrementar su masa muscular y fuerza, así como sus niveles de hemoglobina circulante, y mejorar significativamente su potencial deportivo. Según los estudios citados por la IAAF, el aumento del nivel de testosterona circulante desde el intervalo femenino normal al intervalo masculino normal produce un aumento de la masa muscular, de la fuerza y de los niveles de hemoglobina. Los incrementos reflejados en el documento son muy significativos: en particular, aumentar los niveles de testosterona en mujeres de 0,9 nmol/L a solo 7,3 nmol/L aumenta la masa muscular en un 4% y la fuerza muscular en un 12–26%; y aumentarlo a 5, 7, 10 y 19 nmol/L, aumenta la hemoglobina circulante en 6,5%, 7,8%, 8,9% y 11% respectivamente. Teniendo en cuenta dichos datos, los expertos citados por la nota estiman que la ventaja ergogénica de tener niveles circulantes de testosterona en el intervalo masculino normal en lugar del femenino es más del 9%. También se citaba un estudio en el que la reducción de los niveles de testosterona circulante de tres atletas con DDS desde 21-25 nmol/L a menos de 2 nmol/L coincidió con actuaciones en los que su rendimiento fue menor en un 5,7% de media. La conclusión de la IAAF es que, al menos en ciertas pruebas deportivas, los atletas con DDS y niveles de testosterona circulante en el parámetro masculino normal tienen una ventaja competitiva muy significativa sobre las atletas femeninas con niveles de testosterona en el parámetro femenino habitual. Para la IAAF esto justificaba la exigencia, contenida en la nueva norma, de que las atletas con DDS redujesen los niveles de testosterona hasta dicho parámetro femenino habitual para competir en la categoría femenina de tales pruebas, concretamente a menos de 5 nmol/L durante los seis meses consecutivos previos a la competición.

Tras estas explicaciones de carácter empírico, la nota concluía abordando de antemano las objeciones que podría plantear la nueva norma desde el punto de vista jurídico, concretamente, desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación. Y afrontaba la cuestión en estos términos: si todos los atletas de élite tienen ventajas genéticas o biológicas *naturales* (por ejemplo, altura, capacidad pulmonar, etc.), y la IAAF no les impide aprovechar los beneficios de esas ventajas, entonces, ¿cómo se justifica que se niegue a los atletas con DDS el beneficio de sus niveles, igualmente *naturales*, de testosterona circulante?

La respuesta proporcionada por la propia IAAF en la nota informativa tenía dos partes: una relativa a la exigencia general de igualdad de trato, y otra sobre el objeto de la medida prevista por la norma para reestablecer y cumplir aquella exigencia general de igualdad. En cuanto a la primera, la argumentación utilizada comenzaba explicando porqué la IAAF divide las competiciones en categorías masculina y femenina: porque los atletas masculinos tienen claras ventajas de rendimiento en términos de tamaño, fuerza y potencia, como

resultado (en particular) del aumento de la masa corporal no grasa y el aumento de la hemoglobina en sangre, lo que a su vez se debe principalmente al hecho de que, a partir de la pubertad, los hombres producen 10-30 veces más testosterona que las mujeres. De ello se deduce que, cuando una atleta femenina tiene un DDS que le da niveles de testosterona circulante en el espectro masculino, y, además, su organismo es lo suficientemente sensible a los andrógenos como para que esos niveles tengan un efecto material de androgenización (es decir, aumento de masa corporal no grasa o de hemoglobina en sangre), la *igualdad de trato de casos similares* implica exigir a esa atleta que reduzca sus niveles de testosterona a menos de 5 nmol/L para participar en la categoría femenina de las modalidades de competición afectadas de forma evidente por esas ventajas.

El razonamiento se cerraba, además, con una reflexión sobre el rasgo genético o biológico seleccionado como objeto de la exigencia específica de la norma: ¿y por qué, entre todos los demás rasgos naturales (altura, peso, etc.), dicha exigencia recae exclusivamente sobre la cantidad de testosterona en sangre, y no sobre otras diferencias (estatura, peso, etc.)? Porque –proseguía la nota informativa–, hasta donde es conocido, no existe otro rasgo genético o biológico en el atletismo femenino que confiera una ventaja de rendimiento tan grande. Ciertamente, esta modalidad deportiva siempre ha considerado justo competir contra un atleta que tenga cualquier otro tipo de ventaja genética o biológica, de modo que no se ve la necesidad de establecer distintas categorías, por ejemplo, por peso o estatura (o por cualquier otra que no sea la edad) para *preservar una competición justa y significativa*. Por el contrario, se consideran dichos factores como parte de la combinación de *talento natural, sacrificio y determinación que el atletismo busca celebrar*. Si eso cambiara en el futuro, si –por ejemplo– se considerara que la altura confiere una ventaja injusta en una modalidad particular, entonces –señalaba la IAAF– podría ser apropiado introducir categorías de altura. Hasta ese momento, sin embargo, es apropiado tratar tales ventajas “naturales” de manera diferente a la ventaja que una atleta femenina con DDS obtiene de sus niveles elevados de testosterona circulante. La conclusión de la IAAF se podría también expresar de otra forma: entre mujeres atletas, determinadas ventajas “naturales” de unas sobre otras pueden ser compensadas con otras ventajas o con una mayor potenciación de las que ya se tienen; pero existen otras cualidades (como la edad o los niveles masculinos de testosterona en sangre), que nunca (o casi nunca) pueden ser compensadas con ninguna otra ventaja y que impiden, de por sí, la competición porque eliminan o reducen significativamente la incertidumbre acerca de quién resultará vencedor, incertidumbre que es un ingrediente esencial al concepto de competición deportiva.

2.1.2. El laudo del Tribunal de Arbitraje Deportivo de 30 de abril de 2019.

Como la norma afectaba de lleno a Semenya, en junio de 2018 la corredora sudafricana decidió recurrirla ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo, con sede en Lausana (Suiza). A los pocos días se adhirió al recurso la *Athletics South Africa*, el organismo sudafricano nacional de atletismo reconocido por la IAAF. Pero el laudo arbitral, dictado el 30 de abril

de 2019⁴⁴⁴, ha resultado favorable a la IAAF. En él se hace una relación de los argumentos alegados por Semenya, entre los que pueden destacarse los siguientes: las normas de la IAAF sobre atletas con DDS son discriminatorias; no es necesario distinguir la DDS de otros factores genéticos variantes en orden a preservar la competición, pues el mundo del deporte celebra también las diferencias genéticas que hacen grandes a diversos deportistas; los estudios en los que se basa la decisión de la IAAF son defectuosos y no fiables; y la aplicación de las nuevas reglas generará diversos daños en las atletas, como exámenes intrusivos en su intimidad (incluyendo las partes más íntimas del cuerpo), estigmatización social causante de riesgos serios para la salud mental y riesgos adversos para la salud derivados de los tratamientos médicos exigidos (párs. 50-72).

Por la novedad y ausencia de otros pronunciamientos sobre este tipo de cuestiones, resulta útil detenerse con cierto detalle en su motivación. Antes de entrar en la parte más directamente jurídica, el laudo considera en particular las intervenciones de los diferentes expertos en endocrinología y fisiología propuestos por las partes, y constata el acuerdo entre ellos sobre cierto número de evidencias científicas, acuerdo que puede resumirse en los siguientes puntos (pár. 491):

- 1) Los principales atributos que contribuyen al rendimiento atlético de élite son: velocidad y fuerza, que se basan en masa muscular, tipo de fibra muscular y biomecánica; capacidad aeróbica, que se apoya –entre otros factores– en la concentración de hemoglobina; composición corporal (por ejemplo, la proporción entre masa corporal y masa grasa); la utilización de combustible energético (por ejemplo, glucógeno y capacidad anaeróbica); y la economía de movimiento.
- 2) Los hombres y las mujeres, en términos biológicos, son materialmente diferentes en relación con los anteriores atributos. Los hombres tienen mayor masa corporal magra (menos grasa en proporción a la masa muscular), corazones más grandes (tanto en absoluto como en relación con su masa corporal magra), frecuencia cardíaca más alta y mayor cantidad de hemoglobina, mayor capacidad aeróbica (tanto en absoluto como en proporción a su masa corporal magra) y de utilización de glucógeno, capacidad anaeróbica más alta y diferente economía de movimiento.
- 3) La principal razón de estas diferencias –que contribuyen al rendimiento atlético de élite en más de un 99%– es la exposición de los individuos con gónadas masculinas y receptores de andrógenos funcionales a niveles mucho más altos de testosterona durante el crecimiento y la pubertad, y durante toda la carrera deportiva. No se ha identificado ningún otro factor endógeno físico o fisiológico que contribuya tan sustancial y predominantemente a estas diferencias.
- 4) Por tanto, el primer factor de diferencia sexual en el rendimiento atlético de élite es la exposición de los hombres biológicos a niveles mucho más altos de testosterona durante el crecimiento, el desarrollo y la carrera deportiva.

⁴⁴⁴ Se trata de un largo documento de 163 páginas. Su publicación se acompañó también de un resumen de 6 páginas. Ambos documentos pueden descargarse en la página web del Tribunal de Arbitraje Deportivo.

Y por lo que respecta a las atletas con DDS, el laudo señala que el Tribunal, habiendo considerado cuidadosamente todas las evidencias, acepta la preponderancia de aquella según la cual dichas atletas tienen niveles de testosterona circulante en el intervalo masculino y que de esto resulta para ellas una habilidad de rendimiento deportivo significativamente mejorada, incrementando, por ejemplo, la masa muscular, la talla y los niveles de circulación de hemoglobina (pár. 535). A continuación, el laudo se centra en el análisis de si, a la luz de todos estos datos, se encuentran justificadas las diferencias de trato establecidas por la norma controvertida en relación con estas atletas en el acceso a categorías femeninas de determinadas carreras. Y para ello, el laudo sigue el esquema metodológico más extendido en las jurisdicciones nacionales e internacionales en materia de igualdad de derechos. Ese esquema consiste en examinar si la medida controvertida es “sospechosa” de vulnerar el principio de igualdad⁴⁴⁵, es decir, si es –en expresión discutible utilizada por el laudo– “discriminatoria *prima facie*”, y, en caso de que lo sea, si se encuentra justificada por ser necesaria, razonable y proporcionada. Este parece ser el sentido de la desconcertante –y a veces no bien comprendida– expresión utilizada por el laudo en las conclusiones de su motivación: la norma es “discriminatoria, pero, ante las evidencias actuales, dicha discriminación constituye una medida necesaria, razonable y proporcionada para lograr el objetivo de lo que se describe como la integridad del atletismo femenino y la defensa de la «clase protegida» de atletas femeninas en ciertos eventos” (pár. 626).

En primer lugar, el Tribunal comienza señalando que una medida es discriminatoria *prima facie* si la diferencia de trato se basa o recae sobre determinadas características protegidas. Y efectivamente considera que la norma de la IAAF es, desde este punto de vista, discriminatoria por dos razones. Lo es, en primer lugar, porque impone a un subconjunto de la población atlética femenina/intersexual unas restricciones que no tienen equivalente en los atletas masculinos; de ahí que se considera *prima facie* discriminatoria “desde el punto de vista del sexo legal”. Y lo es también, de forma similar, porque crea restricciones dirigidas a un grupo de individuos que tienen ciertas características biológicas inmutables (cromosomas 46XY y DDS con efectos materialmente androgenizantes), pero no se aplican a los que carecen de algunas de dichas características, de lo que se sigue que las normas discutidas son también discriminatorias *prima facie* desde el punto de vista de las características biológicas innatas (pár. 547).

Una vez declarada la discriminación *prima facie* de las normas objeto de controversia, el Tribunal se centra en analizar si, pese a ello, dichas normas resultan admisibles por ser necesarias, proporcionadas y razonables. En cuanto al juicio de necesidad y razonabilidad, lo primero que hace el laudo es determinar para qué puede resultar necesaria la medida establecida por la norma y si dicho objetivo es legítimo. A estos efectos, al Tribunal le parece evidente que dicho objetivo legítimo es la garantía por parte de la IAAF de una competencia leal en la categoría femenina del atletismo de élite. Y, además, el Tribunal deja claro,

⁴⁴⁵ Así, en la jurisprudencia norteamericana, por ejemplo. Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a, *Sistema...*, cit., p. 190.

en la línea de laudos anteriores sobre casos parecidos, que este es un objetivo importante y legítimo de la IAAF y que el caso aquí enjuiciado consiste, en gran medida, en dilucidar si las normas sobre DDS de la IAAF son necesarias para la consecución de dicho objetivo (pár. 556). Y, en este sentido, sobre la base, según lo probado en el procedimiento, de que los niveles de testosterona de atletas con cromosomas 46 XY y DDS pueden crear una ventaja insuperable sobre otras atletas femeninas que no tienen tal condición (pár. 579), el Tribunal concluye que la normativa controvertida resulta necesaria para el mantenimiento de una competencia equitativa en el atletismo femenino. La razón estriba en que es la única manera de asegurar que los atletas de sexo femenino que no disfrutaban de la ventaja de rendimiento significativo causada por la exposición a niveles de testosterona circulante en el nivel de los hombres adultos no tengan que competir contra atletas femeninas que sí disfrutaban de esa ventaja (pár. 580).

Y por lo que al juicio de proporcionalidad se refiere, el Tribunal se detiene especialmente en el impacto de los efectos secundarios derivados del tratamiento exigido a las atletas 46 XY con DDS para reducir sus niveles de testosterona. En este sentido, afirma que dicho tratamiento, basado en anticonceptivos hormonales, no es excesivamente invasivo, ya que es el mismo que el que comúnmente utilizan mujeres de todo el mundo para evitar el embarazo (pár. 584). De ahí que el Tribunal estime que “los efectos secundarios que pueden experimentar algunas atletas como resultado de tomar dichas sustancias no son superiores a la necesidad de aplicar la normativa aprobada para alcanzar el objetivo legítimo de proteger y facilitar la competencia leal en la categoría femenina” (pár. 599).

El laudo ya es firme. El 28 de mayo de 2019 fue recurrido por Caster Semenya ante el Tribunal Federal de Suiza, que es el órgano judicial competente para conocer sobre este tipo de decisiones de la IAAF. El recurso ya se ha resuelto, confirmando la compatibilidad del laudo con el orden público y los principios constitucionales suizos, todo ello sobre la base de argumentos similares a los del laudo⁴⁴⁶.

2.1.3. Problemas de carácter competencial y en relación con el derecho de las mujeres a practicar el deporte en condiciones de igualdad

Volviendo al artículo 39.1 de la Ley 8/2017, ¿qué enseñanzas pueden extraerse del caso de Caster Semenya? La primera es que, a la luz de cuanto se ha expuesto, parece evidente que un precepto, como el citado, en el que sin matiz ni excepción alguna se establece que la identidad sexual autodeclarada se tendrá en cuenta “a todos los efectos” en los “eventos y competiciones deportivas que se realicen” en Andalucía, es enormemente problemático. El acceso de personas transexuales de sexo masculino a las categorías femeninas en muchas disciplinas deportivas plantearía las mismas dificultades insalvables que se han

⁴⁴⁶ Vid. Sentencia de 25 de agosto de 2020 (referencia 4A_248/2019), disponible en el motor de búsquedas de la página del Tribunal Federal de Suiza (<https://www.bger.ch/it/index/federal.htm>).

puesto de relieve con ocasión del caso de la atleta sudafricana, si dicho acceso careciera –como parece preconizar el precepto legal andaluz– de todo control y condicionamiento. Y esas dificultades, planteadas en el contexto de nuestro ordenamiento, tienen en concreto alcance constitucional.

En efecto, un acceso de tales características, irrestricto e incondicionado, equivaldría *de facto* a suprimir, en los casos mencionados, la categoría femenina en dichos deportes, o –al menos– la garantía de competir en ellos en condiciones de igualdad, es decir, de competir contra otras mujeres que tengan sólo las ventajas necesarias, en el deporte de que se trate, para que exista la suficiente incertidumbre sobre el resultado como para que pueda hablarse de auténtica competición. Y es que, desde este punto de vista, la categoría femenina, en la mayor parte de los deportes en los que existe, está concebida como una garantía, pues lo que se pretende con ella consiste en posibilitar que las mujeres practiquen y disfruten de la actividad y la competición deportivas en la misma medida que los hombres.

De estas consideraciones puede deducirse una primera conclusión: que un precepto como el artículo 39.1 de la Ley 8/2017 escapa totalmente a las competencias del legislador andaluz, y ello tanto desde un punto de vista territorial como sustantivo. Desde el punto de vista territorial podría seguramente afirmarse que el precepto citado, al “abolir” de esta suerte las categorías femeninas en muchas disciplinas deportivas, está redefiniendo los derechos básicos de la mitad de la población andaluza en relación con la práctica del deporte, vulnerándose –con ello– el artículo 149.1.1ª CE, que reserva al Estado la competencia exclusiva para establecer 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”. No debe olvidarse, desde este punto de vista, que la práctica del deporte es un derecho constitucional, si bien formalmente configurado como principio rector de las políticas públicas en el artículo 43.3 CE: “Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio”.

Pero, por similares razones, puede afirmarse que el artículo 39.1 de la Ley 8/2017 es inconstitucional también por vulnerar el derecho fundamental reconocido en el artículo 14 CE a las mujeres deportistas, al menos cuando da pie a la siguiente situación: cuando, a su amparo, se permita competir de forma irrestricta (es decir, sin ningún requisito o control adicional) contra mujeres, a quienes se definen a sí mismos como mujeres siendo desde el punto de vista biológico hombres o teniendo las características biológicas de tales que son determinantes en el rendimiento deportivo. Aunque el objetivo del precepto, declarado por el legislador, es favorecer la igualdad de trato de los individuos transgénero e intersexuales, al menos en el caso aludido tal objetivo sencillamente no se realiza, sino que más bien se les otorga un privilegio injustificado en detrimento de los demás sujetos (las mujeres) con los que se relacionan en ese contexto (la competición deportiva), lesionando –por ello mismo– la igualdad de trato que se les debe a estas.

Por eso, también podría explicarse la inconstitucionalidad de este artículo 39.1 señalando que la norma incurre aquí en el defecto por el que la jurisprudencia constitucional ha rechazado en muchas ocasiones ciertas pretensiones de igualdad de trato: la utilización de un “término de comparación” erróneo. Efectivamente, para que cualquier pretensión de igualdad de trato sea coherente y prospere, ha de tener como referencia un término de comparación concreto y homogéneo⁴⁴⁷. Es decir: 1) debe darse en relación con el disfrute de un derecho concreto (o la carga de un deber igualmente concreto); y 2) las situaciones afectadas por el diferente trato en relación con ese derecho o deber han de ser iguales. En el caso que nos ocupa, la situación de mujeres y de hombres que piensan que son mujeres no es, por los motivos ya expuestos, la misma *en relación con el concreto derecho de que aquí se trata*, que es el derecho de participar en competiciones deportivas *para mujeres*. Ni siquiera puede justificarse esta restricción del derecho de igualdad de las mujeres alegando que se trata de una medida proporcional para la consecución de un fin legítimo, porque el primer requisito del principio de proporcionalidad es que la medida sea idónea para la consecución del objetivo, y aquí esa idoneidad no se da: la medida, en lugar de dispensar un trato igualitario de los hombres que se sienten mujeres, les da un privilegio injustificado por el contexto y las circunstancias en las que opera la medida.

Pero, bien mirado, no puede sorprender este extraño resultado final, por el que el legislador, tratando de asegurar la igualdad de trato de unos sujetos, termina configurando un privilegio a favor de estos que resulta lesivo para la igualdad de otros. Es el precio que se termina pagando por violentar la naturaleza del derecho, es decir, de tratar de configurar como tal una pretensión incondicionada e irrestricta basada exclusivamente en un sentimiento individual y subjetivo.

Pero aun desde el punto de vista sustantivo podría argüirse otro motivo de inconstitucionalidad: la *garantía institucional* comprendida en el citado artículo 43.3 CE en relación con el deporte. En efecto, puede entenderse que en este precepto de la Constitución se contiene indirectamente, a la par que un mandato a los poderes públicos sobre la promoción del deporte, una *garantía institucional* sobre dicha práctica social⁴⁴⁸. En efecto, si esta no se encontrara constitucionalmente protegida como tal práctica por la Constitución, el mismo mandato contenido en el artículo 43.3 CE quedaría vacío de contenido. Por tanto, en la medida en que impide que la mitad de la población practique muchas de las modalidades deportivas en condiciones de “campo de juego nivelado” (*level-playing field*), el legislador andaluz está desfigurando uno de los elementos clave del deporte –la competición– como práctica socialmente tipificada y reconocible.

⁴⁴⁷ Un ejemplo en el que una misma sentencia utiliza estas dos características del término de comparación es la STC 40/1989, FJ 4.

⁴⁴⁸ Sobre la consideración del deporte como objeto de una garantía institucional, vid. MANIATIS, A., “El derecho al deporte”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* vol. 21 (2017), pp. 189 y 190.

Con todo ello, evidentemente, no se está negando el derecho de las personas transexuales a hacer deporte o a participar en competiciones deportivas. Pero sí el de hacerlo en *condiciones que impidan armonizar ese derecho con el de los demás*, en particular con el de las mujeres. El precepto citado evita cualquier referencia a dichas condiciones, ni siquiera a través, por ejemplo, de alguna cláusula general del tipo “conforme a las normas de desarrollo de esta ley y las reglamentaciones deportivas aplicables”. La rotundidad con que se expresa (“a todos los efectos”), pretende dejar claro, más bien, lo contrario. De ahí la inconstitucionalidad en que incurre el artículo 39.1 de la Ley andaluza.

2.2. La “autopercepción de género” y la utilización de instalaciones separadas por sexos. Su impacto en determinados derechos fundamentales, en especial, a la intimidad

Otro ámbito en el que ese pretendido “derecho irrestricto a la identidad de género” revela su imposibilidad jurídica y su incompatibilidad con los principios constitucionales es el del uso de las instalaciones y espacios íntimos separados por sexos. Dispone el artículo 13.3 de la Ley 8/2017: “Se garantizará el derecho de las personas transexuales a poder desarrollar libremente su personalidad durante su infancia y adolescencia conforme a su identidad sexual, de conformidad con las medidas contempladas en la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía”. El problema aludido se plantea porque la norma a la que se remite este precepto, la Ley 2/2014, en su artículo 15.2, confiere a los “estudiantes, el personal y los docentes que acudan a todos los centros educativos de Andalucía” el “derecho a (...) el acceso y uso de las instalaciones del centro conforme a su género elegido”.

Más en concreto, y también en aplicación de la citada Ley 2/2014, el “Protocolo de actuación sobre identidad de género en el sistema educativo andaluz”, aprobado por Orden de 28 de abril de 2015⁴⁴⁹, establece: “Teniendo siempre presente el interés del alumno o la alumna, escuchados los y las profesionales que se precisen para garantizarlo, y de acuerdo con el padre, la madre o representantes legales, en caso de tratarse de menores de edad, la dirección del centro procederá a establecer las siguientes medidas, que se contemplarán en todo caso en el plan de igualdad del centro: (...) 5) Se garantizará que el alumnado transexual tenga acceso a los aseos y vestuarios que le corresponda de acuerdo con su identidad de género”.

La cuestión del acceso de las personas transexuales a los aseos, duchas y vestuarios propios del sexo con el que se identifican ha sido, y continúa siendo, polémica. En España apenas existen todavía pronunciamientos judiciales en torno a ella. El TSJ de la Comunidad Valenciana ha desestimado recientemente un recurso contencioso-administrativo contra el

⁴⁴⁹ BOJA núm. 96, de 21 de mayo de 2015, pp. 12 ss.

precepto del Decreto de la Generalidad que obliga a los centros concertados a cumplir un protocolo semejante al andaluz en el que, entre otras medidas, se incluye este derecho de acceso⁴⁵⁰. Pero la variedad de las medidas contempladas en el protocolo no permitió a las entidades recurrentes concentrar sus esfuerzos impugnatorios en el citado derecho, por lo que esta cuestión ha quedado en gran medida sin respuesta por el momento.

2.2.1. La “batalla de los cuartos de baño” en Estados Unidos.

Sin embargo, en otras jurisdicciones ha sido un tema recurrente en los últimos años. En concreto, existe ya en Estados Unidos una serie de decisiones judiciales sobre este conflicto, que se ha producido sobre todo en el ámbito de los establecimientos educativos. El sentido de estas decisiones es muy variado. Al principio hubo varias que denegaron al peticionario el acceso a los aseos o vestuarios del sexo biológico opuesto apoyándose implícitamente en el derecho a la privacidad de los demás usuarios⁴⁵¹. Poco después se dieron algunas que fallaron a favor del acceso, sobre todo en respuesta a recursos presentados por varios Estados contra la Administración federal, que impuso para todo el país ese derecho de acceso en función de la identidad género, interpretando en esta clave la legislación federal vigente en materia de igualdad educativa⁴⁵². El Tribunal Supremo norteamericano no ha querido pronunciarse al respecto sobre este espinoso “asunto de los cuartos de baño”, habiendo rechazado hasta ahora al menos una petición de *certiorari* al efecto⁴⁵³. La polémica se ha amortiguado en buena parte desde que, después de las elecciones que dieron la presidencia a Trump en 2017, la nueva Administración federal revocó la polémica guía de Educación y Justicia de 2016, devolviendo en gran medida la responsabilidad sobre la cuestión a cada Estado⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ STSJ de la Comunidad Valenciana nº 200/2019, de 15 mayo, recurso contencioso-administrativo 371/2018.

⁴⁵¹ Vid. *Johnston v. University of Pittsburgh of the Commonwealth System of Higher Education*, 97 F.Supp.3d 657 (WDPa.2015); y *G.G. v. Gloucester County School Board* 132 F.Supp.3d 736 (EDVa.2015).

⁴⁵² La interpretación se materializó en una guía conjunta de los Departamentos de Justicia y de Educación. Se conoce con el nombre “Carta Querido Colega sobre Estudiantes Transgénero”. Puede consultarse en <https://www.justice.gov/opa/pr/us-departments-justice-and-education-release-joint-guidance-help-schools-ensure-civil-rights> [última consulta: 22-09-2019]. Esta guía despertó también controversia doctrinal. Entre los trabajos contrarios a ella, puede verse el de ANDERSON, R. T., “A Brave New World of Transgender Policy”, *Harvard Journal of Law & Public Policy* vol. 41, núm 1 (2018), pp. 309-354. En cambio, en defensa de la guía puede consultarse el trabajo de ARCHIVALD, C. J., “Transgender bathroom rights in the time of Trump”, *Tennessee Journal of Race, Gender, & Social Justice* vol. 6:2 (2017), pp. 241-274.

⁴⁵³ Vid. 137 S.Ct. 1239 (2017), en relación con el caso *G. G. v. Gloucester County School Board*.

⁴⁵⁴ El nuevo documento conjunto de los Departamentos de Justicia y Educación por el que se decide “retirar y rescindir” el documento anterior de orientación lleva por fecha 22 de febrero de 2017 y se puede consultar en <https://www2.ed.gov/about/offices/list/ocr/letters/colleague-201702-title-ix.pdf> [última consulta: 23-09-2019].

Aunque en los tribunales norteamericanos había terminado por prevalecer la corriente que reconoce la pretensión de acceso conforme a la propia identidad de género como un derecho⁴⁵⁵, también es verdad que en estos pronunciamientos ese derecho de acceso –y es muy importante subrayar esto– se reconoce implícitamente no de forma ilimitada o irrestricta, basada únicamente en la autodeterminación individual, sino sólo cuando la condición transexual de quien lo ejerce es una condición más o menos estable y reconocida por el entorno, o bien el individuo presenta rasgos externos alineados con el sexo con el que se identifica. Además, en los casos concretos analizados por estas sentencias parece que existían medios alternativos de garantizar la privacidad de los estudiantes del otro sexo.

En cualquier caso, esta batalla judicial, si bien perteneciente a una jurisdicción extranjera, contiene una enseñanza útil: la de que esta cuestión del acceso a este tipo de instalaciones no puede depender únicamente, sin más, de la manifestación individual de voluntad de quien está interesado en dicho acceso. Puesto que se trata de *compartir* un determinado bien que, en este caso, consiste en un espacio específicamente concebido para salvaguardar la privacidad *corporal* de los usuarios, lo lógico es que también se cuente, de alguna forma, con la voluntad de dichos usuarios o con sus intereses. Porque, como se desprende de esa jurisprudencia norteamericana, de esto es de lo que se trata fundamentalmente aquí: de la intimidad o privacidad de quienes utilizan unas instalaciones destinadas a personas de su mismo sexo.

2.2.2. Conflicto aparente de derechos fundamentales: igualdad versus intimidad.

En esta cuestión la clave reside en dos factores fundamentales a tener en cuenta: la finalidad de estas instalaciones, que es preservar el sentimiento de pudor de quienes las utilizan frente a la presencia de personas del otro sexo, y, estrechamente conectado con lo anterior, la dimensión específicamente corporal que también posee el derecho a la intimidad. En este sentido, de la jurisprudencia del TEDH se desprende que la desnudez corporal es objeto del derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 CEDH⁴⁵⁶, y varias sentencias de nuestro TC han establecido expresamente que el propio “sentimiento de pudor” es objeto de protección del derecho fundamental a la intimidad reconocido en el artículo 18 CE⁴⁵⁷. Por lo tanto, una medida destinada a alterar significativamente las

⁴⁵⁵ Vid. *Board of Education of the Highland Local School District v. United States Department of Education*, 208 F.Supp.3d 850 (S.D.Ohio 2016); *Carcano v. McCrory*, 203 F.Supp.3d 615 (M.D.N.C. 2016); *G. G. v. Gloucester County School Board*, 822 F.3d 709 (4th Cir. 2016); *Grimm v. Gloucester County School Board*, 302 F.Supp.3d 730 (E.D.Va. 2018); y *Doe v. Boyertown Area School District* 897 F.3d 518 (3rd Cir. 2018).

⁴⁵⁶ Así se desprende de la STEDH *Söderman c. Suecia*, de 12 de noviembre de 2013.

⁴⁵⁷ “En estos términos, basta con recoger la doctrina de la STC 218/2002, de 25 de noviembre, FJ 4, la cual puede sintetizarse en los siguientes apartados: «(...) De la intimidad personal forma parte, según tiene declarado este Tribunal, la intimidad corporal, de principio inmune en las relaciones jurídico-públicas que aquí importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el propio cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la per-

prácticas socialmente vigentes en torno a la protección de esa esfera de privacidad tiene que disponer de razones lo suficientemente sólidas como para poderse considerar compatibles con las garantías iusfundamentales contenidas en la Constitución.

El problema de la medida andaluza (“Protocolo de actuación sobre identidad de género en el sistema educativo andaluz” en conexión con las Leyes 2/2014 y 8/2017) es que, a diferencia de la situación norteamericana, la norma parece prescindir de toda consideración hacia la intimidad o privacidad de los demás usuarios de esas instalaciones. Y ello no sólo porque el Protocolo andaluz tenga en cuenta sólo a los estudiantes o a los padres de los estudiantes interesados en acceder a las dependencias del otro sexo, y no a los estudiantes del otro sexo o a los padres de estos otros estudiantes, sino también porque configura un derecho que parece *depende* –como se ha señalado– *de la exclusiva voluntad del interesado como único factor determinante* del supuesto derecho.

Parece claro que las normas que establecen esta medida restrictiva de la intimidad pretenden apoyarse de nuevo en el derecho a la igualdad de trato de los estudiantes transgénero, en la garantía a estos estudiantes de un trato no discriminatorio en el uso de esas instalaciones. Se apunta implícitamente, con ello, otra vez al derecho fundamental a la igualdad reconocido en el artículo 14 CE. Pero, ¿es esto así? ¿Está la pretensión de una persona transgénero a acceder a un vestuario del otro sexo cubierta por el derecho fundamental reconocido en el artículo 14 CE?

El artículo 14 CE prohíbe las distinciones de trato basadas en el “nacimiento”, la “raza”, el “sexo”, la “religión” y la “opinión”. Como es sabido, el TC ha interpretado la prohibición basada en estos criterios concretos de forma bastante rígida, pero no como totalmente absoluta: de forma excepcional se pueden admitir distinciones basadas en uno de esos criterios, siempre y cuando superen un test especialmente riguroso que no se reduce al mero juicio de razonabilidad (entendiendo por razonable lo opuesto a caprichoso, arbitrario, insensato o falta de realismo)⁴⁵⁸. Pero el artículo 14 CE también prohíbe las distinciones normativas basadas en “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, prohibición que tampoco es absoluta y que, por la amplitud de este criterio residual, ha sido interpretada de forma mucho más flexible por el TC, de forma que en estos casos la admisibilidad de la distinción sí está condicionada a un simple test de razonabilidad. Por tanto, no hay ningún obstáculo en considerar que la identidad de género, siendo algo diferente al sexo, se entienda incluida en este último criterio residual del artículo 14 CE, de forma que, efectivamente, están proscritas en general las distinciones normativas basadas en dicho criterio –la identidad de género–, a menos que dichas distinciones resulten razonables, o no arbitrarias ni caprichosas, a la luz de las circunstancias del caso.

sona. Con lo que *queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal*, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad (SSTC 37/1989, FJ 7; 120/1990, FJ 12, y 137/1990, FJ 10)» (STC 171/2013 de 7 octubre, FJ 1; énfasis añadido).

⁴⁵⁸ Vid. DÍEZ-PICAZO, *Sistema...*, cit., p. 190.

Pero, ¿es este derecho, así *generalmente* reconocido, una razón de suficiente peso como para desplazar *en concreto* el derecho fundamental a la intimidad en el uso de aseos y vestuarios? La cuestión se presenta, en el fondo, como un problema de conflicto *aparente* entre derechos fundamentales, el cual se produce cuando el disfrute simultáneo de dos o más bienes protegidos por derechos fundamentales deviene imposible porque el disfrute de uno de ellos por parte de un sujeto (aquí el trato no discriminatorio) desplaza o descarta el disfrute de otro (la intimidad). O, dicho con otras palabras: que el disfrute de un bien por uno, se hace *a costa del otro*. ¿Cómo solucionar el dilema? ¿A quién dar preferencia?

2.2.3. Dimensión corporal del derecho fundamental a la intimidad.

La respuesta se asienta sobre dos órdenes de consideraciones: la ya aludida conexión entre la finalidad de las instalaciones separadas por sexos y el objeto protegido por el derecho fundamental a la intimidad, por un lado, y la teoría del doble efecto o voluntario indirecto como método de resolución de conflictos aparentes entre derechos fundamentales.

Por lo que se refiere a lo primero, si –como se ha señalado arriba– el objeto del derecho a la intimidad posee una dimensión que abarca tanto la desnudez corporal como el sentimiento de pudor que la protege, parece claro que este derecho fundamental, según las prácticas socialmente vigentes, confiere o incluye la facultad de desarrollar actividades más o menos íntimas con exclusión de extraños que *corporalmente* pertenezcan a otro sexo. Y no basta con que la ley “declare” que es de sexo femenino alguien que *corporalmente* parece (o reúne las características corporales) del sexo masculino, o viceversa. Ni esa ni ninguna declaración normativa cambia ese *hecho corporal*, que es el relevante aquí –insistimos– a los efectos del derecho a la intimidad en el uso de *espacios físicos compartidos y diferenciados por sexos*. Entender que dicha declaración es suficiente para obligar a alguien a desnudarse con otro que corporalmente es (o parece ser) de otro sexo, equivaldría a admitir que el legislador puede vaciar de contenido cualquier derecho fundamental (en este caso, a la intimidad corporal) con sólo designar de otra forma la realidad a que aluden los derechos, pese a que la realidad misma evidencie lo contrario.

En cualquier caso, los derechos fundamentales no son ilimitados. No sólo es que tienen límites inmanentes, como cualquier derecho; es que el legislador puede imponerles condiciones y requisitos al regular su ejercicio a fin de armonizarlos con otros bienes y derechos, siempre y cuando se respete su contenido esencial (art. 53.1 CE). En este sentido, y en el caso que nos ocupa, a fin de armonizar el ejercicio del derecho a la intimidad con el derecho a la igualdad de trato de los alumnos transexuales, ¿no podrá acaso el legislador obligar a los estudiantes de un determinado sexo a desnudarse con alguien que se siente de ese sexo pero que *externa* o *corporalmente* no pertenece a él? ¿No estaría justificada la limitación de esta dimensión corporal del derecho fundamental a la intimidad en virtud de la finalidad perseguida y el principio de proporcionalidad, más cuando lo perseguido es la tutela de otro derecho fundamental, como es la igualdad de trato? La respuesta debe ser negativa en este caso a la luz del principio o de la teoría del doble efecto o voluntario

indirecto, según el cual el principio de proporcionalidad sólo justifica aquellas medidas que, aunque impacten negativamente en el bien protegido por el derecho fundamental restringido, no buscan directamente ese impacto negativo, sino que lo admiten o lo prevén como un efecto más o menos posible en aras de otro bien jurídico protegido⁴⁵⁹. Por ejemplo, en esta materia, parece fácilmente justificable que, declarado un incendio, un grupo de bomberos, sin importar cuál fuera su sexo, irrumpiera sin mayores miramientos en un vestuario de hombres o de mujeres amenazado por las llamas y con el objetivo de desalojarlo. El efecto *querido* o *buscado* (el rescate de las personas en peligro) es distinto en este caso del efecto simplemente *previsto* como posible, pero no *querido* (la eventual exposición de la desnudez corporal de los usuarios del vestuario ante personas de otro sexo). En la medida controvertida aquí, en cambio, sucede que el *efecto querido* o *buscado* por la norma, y no sólo *previsto* como posible, es precisamente la exposición corporal íntima entre personas que corporalmente no son del mismo sexo, es decir, un impacto negativo en la dimensión corporal del bien jurídico protegido por el derecho a la intimidad.

Por decirlo con otras palabras, y visto desde el otro lado, la eventual exclusión del alumno transexual de los aseos o vestuarios propios del sexo con el que se identifica no sería en puridad una discriminación normativa *por razón de género*: la medida recae sobre alguien que, efectivamente, se identifica con un determinado género, pero no se adopta *porque* se identifica con un determinado género (es decir, no es una medida contra una persona transgénero por el hecho de ser transgénero), sino que se realiza en relación con alguien que *corporal o externamente no es (o no parece) del sexo* al que están destinadas las instalaciones en cuestión. Porque precisamente esa apariencia física o corporal, en contraste con la propia corporalidad y en un contexto de intimidad, es la que genera ese sentimiento de incomodidad frente al cual protege la faceta corporal del derecho a la intimidad de los demás usuarios. Por las mismas razones, en cambio, esa distinción no estaría justificada si recayese sobre alguien que *corporal y externamente sí fuera (o pareciera ser) del sexo* al que se destinan esas instalaciones (aunque no lo fuera, pongamos por caso, desde el punto de vista genético o cromosómico). Vuelven a ser aplicables aquí las consideraciones hechas más arriba acerca de la necesidad de utilizar un término de comparación que sea concreto y homogéneo, características que están ausentes aquí también.

En definitiva, lo que está en juego en vestuarios y baños es la dimensión *corporal-externa* de la intimidad, y a esta dimensión o faceta hay que estar hasta sus últimas consecuen-

⁴⁵⁹ Sobre la importancia de la teoría del doble efecto para la interpretación de los derechos fundamentales y la evaluación de sus restricciones legislativas pueden consultarse los trabajos de MIRANDA MONTECINOS, A., “El principio de doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, *Revista Chilena de Derecho* vol. 35, núm. 3 (2008), y “Consequentialism, the Action/Omission Distinction, and the Principle of Double Effect: Three Rival Criteria to Solve Vital Conflicts in Cases of Necessity”, *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 62, No. 2 (2017); y CIANCIARDO, J., “Proporcionalidad en la ley y razonabilidad en la interpretación de la ley: tensiones y relaciones”, *Estudios de Deusto*, vol. 66/2 (2018). La teoría del doble efecto ha comenzado a ser explícita en la jurisprudencia norteamericana de derechos fundamentales, como puede verse en el voto particular del juez J. Gorsuch a la decisión *Masterpiece Cakeshop c. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. (2018).

cias, si es que el sentimiento del pudor corporal está efectivamente protegido por el derecho fundamental a la intimidad. Por eso, la medida aquí cuestionada, no sólo es que no constituye una exigencia del derecho a la igualdad de trato (art. 14 CE), sino que puede entrañar una violación del derecho a la intimidad de los demás usuarios de las instalaciones (art. 18 CE).

3. “INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS DE ODIO”, RESERVA DE JURISDICCIÓN Y LIBERTADES IDEOLÓGICA Y DE EXPRESIÓN

En la actualidad es frecuente en los ordenamientos de nuestro entorno cultural que el legislador reprima punitivamente algunas de las principales manifestaciones del denominado “discurso del odio”, sobre todo por influencia de la categoría anglosajona del “*hate speech*”. Lo normal es que esta represión punitiva se valga de la técnica penal, hablándose –por ello– de “delitos de odio”. Concretamente, en nuestro Derecho estos delitos se encuentran tipificados en los artículos 510 y siguientes del CP. Sin embargo, de un tiempo a esta parte los delitos de odio han abandonado su hábitat penal originario y se han expandido hacia el Derecho administrativo sancionador, pudiéndose hablar en tales casos, no ya de “delitos”, sino de “infracciones administrativas de odio”.

Un ejemplo de este fenómeno lo constituye precisamente la Ley 8/2017, en la que –como se ha señalado– se tipifican diversas infracciones administrativas cuyo rasgo común estriba en tener por objeto conductas consistentes en la emisión, más o menos pública, de expresiones o mensajes de menosprecio, vejación, odio o incitación a la violencia contra personas LGBTI o sus familiares. Al menos ocho de las infracciones tipificadas en los artículos 60 a 62, entre leves, graves y muy graves, responden a esta tipología⁴⁶⁰. No se trata del único caso: como también se ha señalado, otras Comunidades Autónomas han aprobado leyes semejantes. Entre ellas destaca la Ley madrileña 3/2016, de 22 de julio,

⁴⁶⁰ Artículo 60. Infracciones leves

Son infracciones administrativas leves:

- a) Utilizar o emitir expresiones vejatorias por razón de orientación sexual, identidad o expresión de género o que inciten a la violencia contra las personas LGTBI o sus familiares, en la prestación de servicios públicos, en cualquier medio de comunicación, en discursos o intervenciones públicas o a través de las redes sociales. (...)

Artículo 61. Infracciones graves

Son infracciones administrativas graves:

- a) Utilizar o emitir, de forma reiterada, expresiones vejatorias por razón de orientación sexual, identidad sexual o expresión de género o que inciten a la violencia contra las personas LGBTI o sus familias, en la prestación de servicios públicos, en cualquier medio de comunicación, en discursos o intervenciones públicas o a través de las redes sociales. (...)

- e) Realizar actos que impliquen aislamiento, rechazo o menosprecio público y notorio de personas por causa de orientación sexual, identidad sexual o expresión de género.

- f) La realización de campañas de publicidad o anuncios que utilicen la imagen de miembros del colectivo LGTBI o sus familiares de manera discriminatoria o vejatoria o justifiquen o inciten a la violencia.

titulada de protección contra la “LGTBIofobia”. El sufijo “fobia”, del griego “fobos”, significa justamente miedo y aversión u odio hacia algo o alguien.

Con todo, una parte importante de la doctrina se muestra crítica con la criminalización del discurso del odio, por el riesgo que ello entraña de sofocar opiniones “políticamente incorrectas”, no dejar espacio al disidente, al heterodoxo, y propiciar así la creación de una sociedad ideológicamente uniforme y cerrada. En este sentido, se ha subrayado cómo la libertad de expresión está reconocida, precisamente, para proteger no sólo las ideas establecidas o predominantes, sino también aquellas que chocan con el ambiente o que perturban⁴⁶¹. Justamente por eso la jurisprudencia norteamericana siempre ha exigido, a la represión del discurso del odio, que este entrañe un “peligro claro e inminente” para el bien jurídico protegido. Nuestro TC no ha establecido todavía criterios claros, pero la jurisprudencia del TEDH se muestra por lo general exigente en cuanto a su admisibilidad. Por ejemplo, cuando se castiga la negación de hechos históricos, exige una especial claridad en relación con los mismos, o la excluye, por ejemplo, cuando la misma se contiene en escritos de carácter académico o científico⁴⁶².

No es extraño, por eso, que estas específicas “infracciones de odio” de la Ley andaluza planteen diversos problemas de constitucionalidad, sobre todo desde el punto de vista de

g) La no retirada inmediata por parte del prestador de un servicio de la sociedad de la información de expresiones vejatorias o de incitación a la violencia por razón de identidad sexual o expresión de género contenidas en sitios web o redes sociales de las que sea responsable, una vez tenga conocimiento efectivo del uso de esas expresiones.

(...)

j) Desarrollar o tolerar el desarrollo de actos culturales, artísticos o lúdicos de marcado carácter discriminatorio o que justifiquen o inciten a la violencia.

(...)

Artículo 62. Infracciones muy graves

Son infracciones administrativas muy graves:

(...)

c) El empleo de un lenguaje discriminatorio o la transmisión de mensajes o imágenes discriminatorias u ofensivas en los medios de comunicación públicos de Andalucía, en aquellos otros medios de comunicación que reciban subvenciones públicas o en los medios de comunicación sujetos al ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

d) Promover, justificar u ocultar por cualquier medio la discriminación hacia las personas LGTBI o sus familiares, negando la naturaleza de la diversidad sexual e identidad de género.

(...)

f) Convocar espectáculos públicos o actividades recreativas que tengan como objeto la incitación al odio, la violencia o la discriminación de las personas LGTBI o sus familias.

(...)”.

⁴⁶¹ Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a, *Sistema...*, cit., pp. 330-332.

⁴⁶² Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a, *Sistema...*, cit., p. 331, y la jurisprudencia ahí citada. En particular, la STEDH *Vejdeland c. Suecia*, de 9 febrero 2012, sienta la doctrina según la cual es discurso de odio aquel que incite al odio o la violencia, o las que constituyan acusaciones graves prejuiciosas, y no las opiniones que simplemente ofendan o causen disgusto por no estar de acuerdo con ellas (nn. 53 y 55).

la libertad de expresión. Esos problemas son diversos y afectan a la constitucionalidad de la norma por diversos títulos:

- 1) En primer lugar, abordaremos la posible inconstitucionalidad de todas estas infracciones por violación de la reserva especial implícita de jurisdicción que, según autores y alguna jurisprudencia, se contiene en el artículo 20 CE.
- 2) En segundo lugar, afrontaremos la más que posible inconstitucionalidad de la infracción muy grave consistente en discrepar de la filosofía de género, contenida en el artículo 62.d) de la Ley.
- 3) Por último, nos referiremos a la posibilidad de que las “infracciones de odio” tipificadas en la Ley 8/2017 sean contrarias a las libertades ideológica y de expresión por causar un desproporcionado “efecto desaliento” en el ejercicio de esos derechos fundamentales.

3.1. Naturaleza y alcance de las libertades ideológica y de expresión

Sin embargo, para afrontar adecuadamente cada uno de estos problemas es necesario primero recordar un aspecto básico de las libertades ideológica y de expresión como derechos fundamentales. Ambos son susceptibles de ser afectados negativamente por la aplicación de estos preceptos, atendida la estrecha relación existente entre ambos, por más que se encuentren reconocidos en artículos distintos de la Constitución. Por eso es importante distinguir con precisión los bienes jurídicos protegidos por estos derechos reconocidos, respectivamente, en los artículos 16 y 20 CE.

Como señala DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, el bien jurídico protegido con el reconocimiento de la libertad ideológica es el rechazo a toda forma de coerción por razón de creencias, ya sean éstas de carácter religioso o no. Es un derecho estrechamente conectado con la dignidad humana, puesto que históricamente ha servido como medio para tutelar la libertad de pensamiento y de conciencia, de forma que, con el tiempo, se ha ido ampliando hasta abarcar convicciones de todo tipo (políticas, filosóficas, morales, etc.). Por eso, además, la libertad ideológica ha de conectarse estrechamente con el pluralismo político, que es uno de los valores superiores del ordenamiento del Estado social y democrático de Derecho, a tenor del artículo 1 CE⁴⁶³.

Por lo demás, el artículo 16.1 CE distingue entre una dimensión interna y externa de esta libertad, de modo que sólo en sus manifestaciones externas pueden los poderes públicos imponer limitaciones, si bien sólo las necesarias “para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Se trata de una habilitación constitucional que ha de interpretarse de forma rigurosamente restrictiva. El orden público es el único motivo que puede justificar limitaciones, *que no pueden ser preventivas* sino en casos absolutamente excepcionales, tal y como señaló la STC 46/2001, de 15 de febrero: “ha de tenerse presente que la libertad religiosa y de culto, como así lo declaramos en relación con la libertad ideológica re-

⁴⁶³ Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a, *Sistema...*, cit., p. 227.

conocida en el mismo precepto constitucional, «por ser esencial, como hemos visto, para la efectividad de los valores superiores ..., hace necesario que el ámbito de este derecho no se recorte ni tenga ‘más limitación (en singular utiliza esta palabra el art. 16.1 C.E.) en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley’» (STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 3) (FJ 9)⁴⁶⁴.

Por su parte, la libertad de expresión reconocida en el artículo 20 CE tiene un bien jurídico protegido menos personal, ya que, según ha señalado siempre la jurisprudencia constitucional, lo que con ella se protege es la formación de la opinión pública necesaria para el funcionamiento correcto del sistema democrático. De todas formas, también suele ponerse de relieve su conexión con las necesidades humanas de buscar la verdad y de comunicarse con los demás, condiciones, a su vez, de una sociedad abierta en la que la difusión de las ideas no quede al servicio de los gobernantes⁴⁶⁵. La admisión de limitaciones por el artículo 20.4 CE es más amplia que en el caso de la libertad ideológica, ya que pueden justificarse en el respeto a los demás derechos fundamentales, los preceptos de las leyes de desarrollo, la protección de la infancia y la juventud, etc. Pero –como contrapeso– la jurisprudencia constitucional y ordinaria ha exigido en numerosas sentencias que dichas limitaciones respeten escrupulosamente el principio de proporcionalidad en su triple exigencia de necesidad, idoneidad y ponderación⁴⁶⁶.

3.2. Vulneración de la reserva especial de jurisdicción implícita en materia de libertades ideológica y de expresión

Hechas estas consideraciones introductorias, ¿son las “infracciones de odio” tipificadas en la Ley 8/2017 compatibles con las libertades ideológica y de expresión? Hay que empezar señalando que casi todas estas infracciones afectan a conductas que podrían ser objeto no tanto de la libertad ideológica en sentido estricto, como de la libertad de expresión, en la medida en que exigen cierto grado de difusión y publicidad. La única excepción la constituye –como veremos más despacio– la infracción muy grave prevista en la letra d) del artículo 62 consistente en “[p]romover, justificar u ocultar por cualquier medio la discriminación hacia las personas LGTBI o sus familiares, *negando la naturaleza de la diversidad sexual e identidad de género*”, y que está relacionada, más bien, con la libertad ideológica.

⁴⁶⁴ La jurisprudencia constitucional, no obstante, ha admitido también limitaciones a la manifestación de creencias que repugnan (no simplemente que desagradan) a la amplia mayoría de la sociedad, pero sólo cuando se consideran contrarias a los principios morales o políticos más básicos del cuerpo social y en los que no estaba en peligro el pluralismo. Estos supuestos son, de todas formas, calificados por la doctrina como problemáticos y de resultados inquietantes caso de generalizarse. *Vid.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a, *Sistema...*, cit., p. 231.

⁴⁶⁵ *Vid.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a, *Sistema...*, cit., p. 314.

⁴⁶⁶ Así, entre las últimas que lo exigen y aplican, puede verse la STC 58/2018, de 4 junio, en relación con el denominado “derecho al olvido”.

En cualquier caso, es posible sostener que todas estas “infracciones de odio” tipificadas en la Ley 8/2017 son contrarias en bloque a la libertad de expresión. La razón radica precisamente en que se trata de “infracciones administrativas”, no de delitos, es decir, de ilícitos cuya represión se encomienda a la Administración, al poder ejecutivo, y no al poder judicial.

En efecto, como ha explicado DOMÉNECH PASCUAL⁴⁶⁷, se está asistiendo en los últimos años, tanto “por la derecha” como “por la izquierda”, a la extensión de un fenómeno legislativo más o menos nuevo y al que, sin dudas, habría que poner coto: la aprobación en número creciente de leyes, tanto estatales como autonómicas, y en materias muy diversas, en las que se contempla la imposición de sanciones administrativas (no de penas) por la realización material de actos de expresión o de comunicación y en razón precisamente de sus contenidos, todo lo cual es susceptible de afectar negativamente las libertades ideológicas y de expresión. Es lo que este autor denomina la “policía administrativa de la libertad de expresión” y de la que son ejemplos la LO 4/2015, de 4 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, o la Ley andaluza 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria Histórica y Democrática de Andalucía.

La conclusión del autor citado es que la atribución de potestad sancionadora en estas materias debe considerarse reservada constitucionalmente a los jueces y tribunales del poder judicial⁴⁶⁸. Y que, por lo tanto, su atribución a la Administración resulta inconstitucional.

La explicación parte de considerar que, al igual que sucede en otros casos declarados por el TC, existe en el artículo 20 CE una reserva *implícita* de jurisdicción. Dicha reserva es una exigencia del principio de proporcionalidad, que en materia de derechos fundamentales prohíbe –entre otras cosas– que el legislador atribuya el poder de adoptar determinadas decisiones sobre el ejercicio de tales derechos en unas *condiciones organizativas y procedimentales que pongan en riesgo inútil, innecesario o desproporcionado el ejercicio de tales derechos*. Y el caso es que atribuir a la Administración la potestad de castigar la realización de determinadas expresiones e informaciones supone un riesgo innecesario para la libertad de expresión y es, por eso, desproporcionado e inconstitucional. En efecto, parece evidente que el peligro de que las autoridades administrativas controlen sesgada o discriminatoriamente la libertad de expresión es bastante más elevado que el riesgo de que lo hagan los jueces. Y ello porque las autoridades administrativas tienen unos estímulos muy intensos para silenciar o desalentar las expresiones o informaciones que desagraden o contraríen a sus electores, y para favorecer o tolerar las de estos últimos.

⁴⁶⁷ Vid. DOMÉNECH PASCUAL, G., “La policía administrativa de la libertad de expresión (y su disconformidad con la Constitución)”, en prensa, pp. 1-3. El texto puede consultarse en https://www.academia.edu/38391193/La_policia_administrativa_de_la_libertad_de_expresion_y_su_disconformidad_con_la_Constitucion. [última consulta: 19/07/2019].

⁴⁶⁸ Lo que se expone a continuación resume los interesantes argumentos desarrollados por DOMÉNECH PASCUAL, G., “La policía administrativa...”, cit., pp. 7-10.

En cambio, los jueces están en general más alejados de este tipo de influencias, tanto por la inamovilidad de su puesto de trabajo, como por las características de su carrera profesional, aparte de otras muchas consideraciones (procedimientos más garantistas que los administrativos, menor posibilidad de actuar de oficio, etc.). Y, por otro lado, ese mayor riesgo para la libertad de expresión que supone dar el poder sancionador a la Administración no está justificado en el logro de ningún fin legítimo determinado. Por ejemplo, en algunos ámbitos (medio ambiente, urbanismo...), la necesidad de contar con conocimientos técnicos o recursos materiales especializados para imponer las correspondientes sanciones justifica la atribución de la potestad sancionadora a la Administración. Pero en el caso que aquí estamos considerando, las autoridades administrativas no poseen mejores conocimientos ni medios que los tribunales para determinar cuándo han rebasado los ciudadanos los límites de la libertad de expresión. En estas materias sucede más bien lo contrario: son los jueces los que tienen una mayor formación jurídica especializada y una experiencia profesional más adecuada que los funcionarios públicos al servicio de las autoridades administrativas para adoptar una decisión acertada en estas materias. A mayor abundamiento, una interpretación analógica y teleológica de la reserva expresa del artículo 20.5 CE para el secuestro de publicaciones abona la misma conclusión: las medidas sancionadoras en estas materias, impensables para el constituyente de 1978, podrían tener un efecto equivalente e, incluso, más eficaz que el propio secuestro.

Si trasladamos estos razonamientos a la Ley 8/2017, es cierto que el legislador no accedió a lo que pedían algunos de los comparecientes en la tramitación de la proposición de ley, que era atribuir la potestad sancionadora al “Consejo LGTBI de Andalucía”. La Ley 8/2017 no incurrió en lo que hubiera sido una grave irregularidad, atendido el carácter de dicho Consejo como órgano de representación. Pero sí que atribuye, como se ha visto, una vasta potestad sancionadora sobre actos materialmente expresivos e informativos, y por razón de su contenido, a la Administración de la Junta de Andalucía, concretamente al Consejo de Gobierno en el caso de infracciones muy graves y, en el caso de las demás, al titular de la Consejería “competente en materia de LGTBI”. Todas estas infracciones deben reputarse, por las razones señaladas, inconstitucionales e incompatibles con las exigencias organizativas y procedimentales del principio de proporcionalidad. Este vicio no afecta, lógicamente, a todas las infracciones tipificadas por la Ley 8/2017, pero sí a un buen grupo de ellas, en concreto las que tienen por objeto actos de expresión o comunicación⁴⁶⁹.

⁴⁶⁹ Letra a) del artículo 60; letras a), e), f), g) y j) del artículo 61; y c), d) y f) del artículo 62, ya citadas en una nota anterior, con la excepción, quizá, de la relativa a las campañas o anuncios publicitarios, actividad esta más bien reconducible a la libertad de empresa (art. 38 CE) que a la libertad de expresión (art. 30 CE). *Vid.*, sobre el encaje iusfundamental de la publicidad, RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., “Ordenación del comercio y libertad de empresa”, en *Derecho de la regulación económica, IX. Comercio interior. Tomo I*, REBOLLO PUIG, M. (dir.), Iustel, Madrid, 2013, pp. 105 y 106, y la bibliografía allí citada.

3.3. La tipificación de la mera discrepancia filosófica como infracción muy grave en el artículo 62.d)

Por otra parte, el artículo 62.d) de la Ley 8/2017 tipifica como infracción muy grave “[p]romover, justificar u ocultar por cualquier medio la discriminación hacia las personas LGTBI o sus familiares, negando la naturaleza de la diversidad sexual e identidad de género”. El precepto describe la conducta infractora con términos excesivamente vagos y ambiguos, de forma que no se sabe muy bien a qué se refiere en concreto. Es muy posible, por ello, que vulnere el principio de tipicidad, exigido por el derecho fundamental a la legalidad sancionadora (art. 25 CE).

Pero lo que sí parece claro es que veda, o al menos dificulta sobremanera, cualquier discrepancia con la filosofía de género postulada por el legislador. Repárese, en efecto, que proscribe la negación o el mero desacuerdo con “la naturaleza de la diversidad sexual e identidad de género”. De esta forma, lo que se tipifica es:

- 1) Primero, una conducta consistente en el mero intercambio de opiniones, sin que se exija una especial publicidad o difusión: “justificar por cualquier medio...”. Así descrita, la conducta incluiría no sólo la emisión de un mensaje a través de un medio de radiodifusión, por ejemplo, sino también una simple conversación entre amigos. Es prácticamente el puro pensamiento el que se tipifica como infracción.
- 2) Y segundo, una conducta consistente en negar “la naturaleza de la diversidad sexual y de género”, esto es, en apartarse o discrepar de las corrientes filosóficas de género, pensando, por ejemplo, que la especie humana posee, en común con otros muchos animales, una sexualidad esencialmente binaria⁴⁷⁰.

Estas son las dos únicas características de la conducta tipificada. Propiamente, no se tipifica la “discriminación hacia las personas LGTBI o sus familiares” como tal; esta expresión es utilizada solamente para realizar una presunción gratuita e injustificable: la de que discrepar de la filosofía de género entraña ya una suerte de discriminación hacia determinadas personas. En definitiva, ni se advierte cuál puede ser la conexión de esta prohibición con el mantenimiento del orden público –que es el único límite admitido por el artículo 16.1 CE a la libertad ideológica– ni esta prohibición recae en una creencia contraria a los prin-

⁴⁷⁰ ¿Sería infracción, por ejemplo, pensar y compartir la siguiente afirmación sobre la estructura binaria de la sexualidad humana?: “En biología, un organismo es masculino o femenino si está estructurado para desempeñar una de las funciones respectivas en la reproducción. Esta definición no requiere ninguna característica física o comportamiento arbitrario medible o cuantificable; requiere comprender el sistema reproductivo y el proceso de reproducción. Diferentes animales tienen diferentes sistemas reproductivos, pero la reproducción sexual ocurre cuando las células sexuales del macho y la hembra de la especie se unen para formar embriones recién fertilizados. Son estos roles reproductivos los que proporcionan la base conceptual para la diferenciación de los animales en las categorías biológicas de machos y hembras. No existe otra clasificación biológica ampliamente aceptada para los sexos” [MAYER, L. S, y MCHUGH, P. R., “Sexuality and Gender Findings from the Biological, Psychological, and Social Sciences” *New Atlantis* núm. 50 (2016), p. 89; los autores citados son profesores de medicina en Johns Hopkins University (USA)].

cipios más básicos del cuerpo social y peligrosa para el pluralismo. Más bien sucede que el legislador ejerce aquí una forma constitucionalmente inadmisibles de coerción por razón de creencias, ya sean éstas de carácter religioso o no, en la medida en que se amenaza con la imposición de una o varias sanciones el mero desacuerdo con una determinada filosofía sobre la sexualidad. Debe reputarse que esta restricción es, en suma, contraria a la libertad ideológica reconocida en el artículo 16 CE.

3.4. Libertad ideológica y conductas de suyo no comunicativas tipificadas como infracción. Las enseñanzas del caso *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*

La libertad ideológica también puede verse afectada por otras infracciones de la Ley 8/2017 que tipifican conductas que de suyo no son comunicativas o no consisten directamente en la transmisión de un mensaje o del propio pensamiento, pero que, en las circunstancias concretas del caso, sí pueden serlo. En estos casos la conducta, aunque no materialmente verbal, se convierte en vehículo idóneo del propio pensamiento, y su sanción puede, por tanto, afectar negativamente al ejercicio de las libertades ideológicas. Esto es, precisamente, lo que puso de manifiesto el caso *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 U.S. (2018), al que nos referiremos a continuación.

Dos hombres que planean casarse entre sí encargan a los dueños de la pastelería “*Masterpiece*” el pastel de su boda. Los pasteleros declinan realizar el encargo porque sus creencias religiosas, según las cuales el matrimonio es entre hombre y mujer, se lo impiden. Los clientes denuncian a la pastelería ante una agencia estatal, la Comisión de Derechos Civiles de Colorado, que termina condenando a los pasteleros a modificar la política de su empresa y a informar periódicamente a la Comisión. Las razones aducidas por el organismo sancionador radicaban fundamentalmente en que a los pasteleros no se les pedía que aprobaran verbalmente ese tipo de unión, sino simplemente un pastel, además de que las propias convicciones de los pasteleros en este punto eran detestables e indignas de protección. Tras fracasar en el Tribunal de Apelaciones de Colorado, los pasteleros solicitan un *certiorari* al Tribunal Supremo, que, finalmente, les da la razón.

Los argumentos del Tribunal Supremo profundizan en lo que es un pastel *de bodas* y en cuál es *su significado*. Para el Tribunal Supremo (y normalmente para todo el mundo), un pastel de bodas no es un simple pedazo de huevos y harina (un pastel), sino un pedazo de huevos y harina *que celebra una boda*. Se trata de un objeto que, aunque carezca de palabras, no es mudo: porta un mensaje, una forma de discurso y, como tal, susceptible de ser protegido por las libertades de la Primera Enmienda. El Tribunal Supremo echa en cara, además, a la Comisión de Colorado la utilización de un doble rasero en la aplicación del principio de neutralidad. Y ello porque con anterioridad al caso de “*Masterpiece*”, la Comisión había amparado a varios pasteleros que habían rehusado la realización de pasteles con mensajes contrarios a las bodas entre personas del mismo sexo. El Tribunal Supremo afirmó que de esta misma neutralidad debía haber usado la Comisión con “*Masterpiece*”,

y ello porque la Comisión de Derechos de Colorado (ni ninguna otra autoridad pública) es quien para decidir qué creencias son valiosas y cuáles no, ni si son erróneas o no.

El voto particular concurrente del juez Gorsuch desarrolló de forma interesante algunos argumentos más. En primer lugar, llamaba la atención sobre la utilización acertada por la Comisión de la teoría del doble efecto. Y así es: la Comisión había distinguido en el caso de los pasteleros proclives al matrimonio entre personas del mismo sexo, entre efecto directamente querido (no emitir un mensaje contrario a las propias convicciones) y efecto previsto como posible (que el cliente se quedara sin pastel). Pero la Comisión abandona este método cuando su aplicación puede resultar favorable a quien propugna una teoría que no es del gusto de la Comisión. El juez, además, subraya cómo la distinción de trato dispensada por los pasteleros de “Masterpiece” no recae en las personas (que es lo que busca proteger el derecho a la igualdad) sino en los pasteles, y en la medida en que estos son relevantes para sus convicciones. De hecho, si la pareja hubiera pedido un pastel para cualquier otro evento, los pasteleros no se lo hubieran denegado. La atención (la intención) de los pasteleros no tenía como objeto a los clientes en cuanto que homosexuales, sino al pastel y al significado o mensaje que en el contexto del caso (una boda entre personas del mismo sexo) dicho pastel asumiría o portaría.

Poco tiempo después de la decisión *Masterpiece*, el Tribunal Supremo de Reino Unido falló en el mismo sentido en *Lee v Ashers Baking Company Ltd & Ors (Northern Ireland) [2018] UKSC 49*, sobre un caso prácticamente idéntico acerca de unos pasteleros de Irlanda del Norte. Aunque, a diferencia de *Masterpiece*, en el caso británico el pastel debía llevar el mensaje explícito “Estoy a favor del matrimonio gay”, el Tribunal británico falla también a favor del pastelero, insistiendo en que el rechazo de este no se dirigía a la persona homosexual, sino al mensaje. Un dato relevante del caso británico es que la sanción que se imponía a los pasteleros lo era en aplicación de una Ley de Irlanda del Norte que prohibía la discriminación por motivos de orientación sexual (entre otros) en relación con la prestación de bienes y servicios, algo que también prohíbe la Ley andaluza en su artículo 61.c). El Tribunal Supremo no declaró que la ley norirlandesa fuese contraria a la libertad de pensamiento, sino que no podía interpretarse en el sentido en el que lo había hecho el organismo sancionador, obligando a manifestar mensajes contrarios a las propias convicciones.

Las enseñanzas de *Masterpiece* y *Lee* son también claras para lo que aquí nos interesa. Hay infracciones en la Ley 8/2017 que no tipifican conductas que directamente impliquen la asunción o el rechazo de un determinado modo de pensar, pero que, dependiendo del contexto o de las circunstancias del caso, pueden ser portadoras de un mensaje y estar protegidas, entonces, por las libertades ideológica o de expresión. En tales supuestos no resulta procedente la aplicación de la correspondiente sanción. Los argumentos utilizados por las decisiones norteamericana y británica son virtualmente aplicables también aquí, aunque en nuestro caso se deben articular técnicamente a través de la figura de la causa de justificación, que es la que, por el ejercicio de derechos o deberes (en este caso, liber-

tades ideológicas o de expresión), excluye la antijuridicidad en la realización de la conducta típica infractora⁴⁷¹.

Son varias las infracciones tipificadas en la Ley 8/2017 en relación con las que esto puede suceder. Una de ellas, la más clara, quizá, es que se encuentra en el artículo 61.c): “La realización de actos o la imposición de cláusulas en los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de orientación sexual y/o identidad de género”. No puede interpretarse que la negativa a prestar un servicio que implique la emisión de un mensaje contrario a las propias convicciones en este terreno equivalga a discriminación. Se trata de algo que, lógicamente, dependerá del tipo de circunstancias que concurran en el caso concreto y de las que pueden servir como ejemplo las contempladas en las decisiones americana y británica expuestas arriba.

4. PLANIFICACIÓN EDUCATIVA Y DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN MORAL POR LOS PADRES

Como se ha visto más arriba, la Ley 8/2017 contiene, dentro de su título II, un capítulo dedicado por entero al ámbito educativo como una de las políticas para promover la igualdad de las personas LGTBI. Los colectivos comparecientes en el procedimiento de elaboración de la Ley lo dejaron muy claro: para ellos es muy importante incidir en la educación desde las más tempranas etapas de la infancia, para producir un verdadero cambio de mentalidad en la sociedad⁴⁷². El problema es: ¿puede hacerse esto? ¿Cabe algo así dentro de los límites establecidos por nuestra Constitución y los derechos fundamentales reconocidos en ella, sobre todo los que tienen que ver con las libertades ideológicas?

Los preceptos más controvertidos, desde este punto de vista, se contienen en los artículos 13 y 15 de la Ley. El artículo 13.2 establece que se “garantizará la educación *en valores de igualdad, diversidad y respeto desde la educación infantil, explicando la diversidad afectivo-sexual sin estereotipos a fin de facilitar un conocimiento objetivo y sin prejuicios, con absoluto respeto a los derechos humanos, utilizando para ello los recursos pedagógicos necesarios*”.

⁴⁷¹ “Están exentos de responsabilidad criminal (...) 7º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo” (art. 20 CP). Esta causa de justificación se aplica también con normalidad por la jurisprudencia en el Derecho administrativo sancionador.

⁴⁷² “Lo nuestro es desde la base, lo nuestro es en los colegios y en los institutos. El 90% de Arco Iris lo componen profesores, son profesores y docentes. Cuando nosotros representamos un proyecto como el último que se ha presentado, contra las reglas, cuando nos ponemos en marcha, creedme que lo hacemos con proyectos muy trabajados.” (comparecencia del presidente de “Arco Iris Federación Andaluza LGTBI, *Diario de Sesiones del Parlamento de Andalucía*, núm. 409, de 2 de octubre de 2017, p. 37).

Por su parte, el artículo 15 dispone:

- “1. Los contenidos del material educativo empleado en la formación del alumnado *promoverán* el respeto y la protección del *derecho a la diversidad sexogenérica* y a la expresión de género, así como a una *educación no binaria*, que visibilice la diversidad corporal y sexual, y la diversidad familiar.
2. Los planes educativos deberán contemplar pedagogías adecuadas para el reconocimiento y respeto de los derechos de las personas que se reconocen LGTBI, así como dar cabida a proyectos curriculares que contemplen o permitan la *educación afectiva y sexogenérica* y eviten e impidan la discriminación. Para ello dispondrán de herramientas, recursos y estrategias para *educar en la diversidad sexual, de género y familiar*, prevenir el acoso escolar y educar en el respeto y la igualdad, tanto desde la educación formal como desde la no formal, incorporando al currículum los contenidos de igualdad. (...)
4. La Consejería competente en materia de educación no suscribirá conciertos administrativos con aquellos centros que *en su ideario* planteen algún tipo de discriminación al alumnado por razón de orientación sexual, identidad de género o pertenencia a familia homoparental”.

4.1. Derechos fundamentales educativos e interdicción del “adoctrinamiento”

A tenor de los preceptos citados, parece claro que la Ley no se conforma con que la acción educativa se limite a exponer de forma neutral y con objetividad las diversas interpretaciones filosóficas o, al menos, las más extendidas, sobre el significado de la sexualidad humana, sino que, optando por una de ellas, impone su exposición en las aulas como la única válida o existente. Y parece claro que esa única filosofía por la que opta el legislador es la filosofía de género. Así se deduce de las expresiones y conceptos que utiliza, tales como “derecho a la diversidad sexogenérica”, “educación no binaria”, “educación sexogenérica”, “diversidad sexual, de género y familiar”, etc.

A diferencia de los ciudadanos, que tenemos el derecho a promover y buscar la adhesión hacia una concreta filosofía –la que sea– a través de cualquier medio que respete las libertades ideológicas de los demás (periódicos, tertulias, conferencias...), los poderes públicos, en cambio, carecen por definición de ese derecho por exigencia del ya citado principio de neutralidad ideológica. Si esto es así, con mayor motivo les está vedada la capacidad de perseguir esa adhesión por medios coactivos. Cuando los poderes públicos realizan esta última conducta por utilizar, para el logro de esa adhesión, el sistema educativo obligatorio –que lo es desde los seis hasta los dieciséis años (art. 4 de la LO 2/2006, de Educación–, incurren en lo que la jurisprudencia sobre derechos humanos denomina “adoctrinamiento”. Y esto es, precisamente, lo que la Ley 8/2017 hace en más de un punto.

En el ámbito europeo, tanto el concepto de adoctrinamiento como la precisión de los límites a la acción educativa de los poderes públicos derivados de los derechos humanos, se remonta, al menos, a la STEDH de 7 de diciembre de 1976 (*Kjeldsen c. Dinamarca*). Pero es, sobre todo, con las SSTEDH de 29 de junio de 2007 (*Folgero c. Noruega*) y de 9 de octubre de 2007 (*Zengin c. Turquía*) con las que esta jurisprudencia ha alcanzado un mayor nivel de precisión. Conviene detenerse en ellas porque el supuesto que resuelven es particularmente próximo al que aquí tratamos. En efecto, estas sentencias –a diferencia de otras dictadas por el mismo TEDH en este campo– no se enfrentan a la forma concreta de exponer determinadas asignaturas por la Administración educativa (a través, por ejemplo, de sus planes, normas o actos de aplicación). El interés de estos pronunciamientos estriba precisamente en que se referían en exclusiva a la forma en que estas materias aparecían ya configuradas *por el propio legislador*, como sucede con la Ley 8/2017.

En *Folgero* el Tribunal se enfrentó a una ley que reformaba la legislación educativa noruega. La reforma consistió en suprimir una asignatura de doctrina cristiana luterana, que hasta entonces era voluntaria, por otra de religión, que pasaba a ser obligatoria. La nueva asignatura de religión no tenía por objeto únicamente la religión cristiana, sino también otras religiones e incluso corrientes humanistas ateas. La idea de la reforma, según los antecedentes legislativos manejados por el Tribunal, era conforme con los objetivos del mismo Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues no en vano lo que se pretendía con ella era favorecer el valor del respeto mutuo a través de un mayor conocimiento de las distintas tradiciones religiosas. Sin embargo, la reforma controvertida fue declarada por el TEDH contraria al artículo 2 del Protocolo núm. 1º del CEDH, que dispone que el “Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.

El rechazo de la nueva asignatura por parte del Tribunal no se basaba en el peso cuantitativo notablemente superior que la religión cristiana tenía en el contenido de estas enseñanzas en relación con las demás religiones, algo que el Tribunal justificaba en el predominio sociológico del cristianismo en Noruega. Lo que el Tribunal le reprochó al legislador nacional fue que, *a la luz de las expresiones utilizadas por este*, el mismo diseño de la materia a impartir presentara a la confesión cristiana luterana como digna de credibilidad y estima, en abierto contraste con las demás religiones y cosmovisiones seculares, que eran tratadas con cierta displicencia. En la medida en que era el propio legislador, y no eventualmente la Administración educativa, el que de esta forma establecía una enseñanza obligatoria carente de la neutralidad ideológica exigible a los poderes públicos, el Tribunal estimó las pretensiones de los demandantes y apreció la concurrencia de adoctrinamiento⁴⁷³.

⁴⁷³ La citada Sentencia *Zengin* de 9 de octubre de 2007 también declaró violado el derecho del artículo 2 del Protocolo núm. 1 del CEDH, en este caso en relación con una planificación educativa de Turquía. En este supuesto, sin embargo, la violación derivaba, al revés que en *Folgero*, de la presencia desproporcionadamente mayor en los planes educativos de la confesión sunita en comparación con la variante islámica alevi, también muy extendida en la sociedad turca, y no tanto de las expresiones valorativas de la norma, que, como tales, parece que estaban ausentes en el caso.

En el caso que aquí nos ocupa, no es que la Ley 8/2017 prime valorativamente la filosofía de género entre otras posibles concepciones interpretativas de la sexualidad humana; es que es la única a la que se refiere y da por válida para promover el respeto de las personas y su no discriminación. Por tanto, la legislación andaluza controvertida resulta, a la luz de estas consideraciones y de la jurisprudencia citada, contraria al derecho fundamental reconocido en el artículo 27.3 CE según el cual los “poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Recuérdese que este precepto hay que interpretarlo, por mandato del artículo 10.2 CE, a la luz de los convenios y tratados ratificados por España sobre derechos fundamentales, entre ellos –por lo que aquí importa– el citado artículo 2 del Protocolo núm. 1 del CEDH, y conforme a la citada jurisprudencia del TEDH, tal y como se ha impuesto en la praxis del TC en general en relación con la doctrina procedente de los órganos encargados de velar por el cumplimiento de aquellos tratados y convenios⁴⁷⁴.

4.2. Internalización de la filosofía de género y derecho fundamental a la intimidad personal

Hay, además, otro aspecto problemático en las disposiciones educativas de la Ley 8/2017 citadas arriba. Se trata de su incompatibilidad con el derecho fundamental a la intimidad, en este caso en relación con los propios sentimientos y emociones. En efecto, repárese en que el legislador, para conseguir sus objetivos, no se limita a la exposición o transmisión de un mensaje o de unos conocimientos, sino que exige de alguna forma indagar en la esfera afectiva de los alumnos con el fin de orientarles en ese terreno según las pautas filosóficas de género. Es paradigmático a estos efectos lo que dispone el artículo 15.2 sobre la previsión de “proyectos curriculares que contemplen o permitan la educación afectiva”. Esto se ve más claro, quizá, en los documentos de desarrollo y aplicación de la norma y de la Ley 2/2014, como es el caso del ya citado “Protocolo de Actuación sobre Identidad de Género en el Sistema Educativo Andaluz”, en el que se dispone: “Con carácter orientativo y en función de las necesidades detectadas, se proponen las siguientes actuaciones dirigidas a la comunidad educativa: 1. Actuaciones de información y sensibilización sobre diversidad sexual y de género dirigidas al alumnado, con especial atención al reconocimiento y normalización de la realidad transexual, *incluyendo actividades de autoconocimiento, conocimiento mutuo, empatía, aprecio y comunicación para favorecer la cohesión del grupo*”.

Toda esta proyección directa sobre la esfera de la afectividad personal puede decirse que irrumpe claramente en la intimidad del alumno, ya que se abre la puerta a que no se le evalúe por sus conocimientos, sino por la interiorización de determinadas actitudes, enfoques y planteamientos de la vida personal. De nuevo nos encontramos con una medida remotamente relacionada con los fines de prevención de la desigualdad de trato y de la

⁴⁷⁴ Vid. RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M., “Derechos fundamentales en la Unión Europea y Derechos Fundamentales”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 28 (2015), p. 79.

violencia de género, pero que se proyecta negativamente de forma directa y deliberada sobre el bien jurídico protegido por la intimidad en su esfera afectiva.

4.3. Prohibición de conciertos y libertad de ideario

Otra previsión potencialmente incompatible con nuestro sistema de derechos fundamentales es la contenida en el artículo 15.4 de la Ley en relación con los conciertos educativos, y que prohíbe a la Administración andaluza la suscripción de “conciertos administrativos con aquellos centros que *en su ideario* planteen *algún tipo de discriminación* al alumnado por razón de orientación sexual, identidad de género o pertenencia a familia homoparental”.

4.3.1. Libertades educativas y discriminación de idearios que no se amolden, no concuerden o sean críticos con la filosofía de género.

La finalidad que se adivina en el precepto es ciertamente loable: impedir cualquier diferencia de trato teniendo por único fundamento las cualidades personales citadas. Pero el supuesto de hecho prohibido (la discriminación) no se conecta, como sería de esperar, con una conducta efectivamente discriminatoria, sino con el simple ideario del centro. Y aquí residen los problemas.

El derecho a obtener conciertos educativos es un derecho fundamental, si bien de configuración legal. Así se desprende del artículo 27.9 CE: “Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes *que reúnan los requisitos que la ley establezca*”. El derecho a la ayuda (en este caso, al concierto) debe ejercerse, por tanto, tal y como ese derecho esté legalmente configurado. Pero el legislador no es completamente libre para realizar esa configuración: debe respetar, entre otras muchas cosas, los demás derechos fundamentales. Así lo ha recordado la STC 74/2018, citando jurisprudencia anterior: “En este sentido, el legislador no es «enteramente libre» «para habilitar de cualquier modo este necesario marco normativo», al establecer las condiciones y precisar los requisitos para la obtención de la ayuda pública. No podrá «contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo»; deberá «configurar el régimen de ayudas en el respeto al principio de igualdad» y habrá de atenerse «a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público» (STC 86/1985, FJ 3)”.

Además, esta misma Sentencia recuerda no sólo que la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) es una proyección de la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE) y del derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE). También reitera la doctrina constitucional según la cual, a su vez, aquella libertad y los derechos reconocidos en los apartados 3 (derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y morales) y 6 (libertad de creación de centros educativos) del artículo 27 CE están inextricablemente vinculados, formando una especie de sistema. En efecto, en la medida en que la libertad de creación de centros educativos esté presidida por la adopción de un ideario o modelo educativo propio como expresión de la liber-

tad de enseñanza (en cuanto que proyección de las libertades ideológicas), los padres educan a sus hijos conforme a sus convicciones escogiendo para estos los centros cuyo ideario sea más acorde con dichas convicciones (cfr. STC 74/2018, de 5 de julio, FJ 4).

En el caso de la Sentencia citada, la Administración había denegado el concierto a un centro educativo de educación diferenciada sobre la base del carácter discriminatorio de ese modelo educativo. Tras razonar, con remisión a sentencias anteriores, que dicho modelo educativo no dispone del carácter discriminatorio que le achacaba la Administración, sino que forma parte legítimamente del ideario educativo del centro, declaró que la denegación del concierto había vulnerado, por las razones apuntadas, tanto la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE), como el derecho de los progenitores a educar a sus vástagos en las propias convicciones (art. 27.3 CE)⁴⁷⁵.

En consecuencia, todo legislador debe asegurar que este derecho de configuración legal a los conciertos se ejerza en condiciones de igualdad (tanto ante la ley como en aplicación de la ley; art. 14 CE), y sin que pueda exigir como requisito de su ejercicio la renuncia al propio ideario por cuanto que este constituye uno de los objetos esenciales de la libertad de enseñanza e, indirectamente también, del derecho de los padres a educar a sus hijos según las propias convicciones (apartados 1 y 3 del artículo 27 CE). Lo que esto significa, por lo que aquí interesa ahora, es que ni el legislador andaluz, ni ningún otro, pueden negarse a suscribir conciertos por el hecho de que el ideario del centro educativo no se amolde o no concuerde con algunas de las filosofías de género en boga, tal y como, sin embargo, podría interpretarse conectando el artículo 15.4 que estamos comentando con otros apartados del mismo artículo en los que se alude a conceptos que sólo tienen sentido en el marco de las citadas filosofías, tales como son los de “diversidad sexogenérica” o “educación sexual no binaria”, por citar sólo algunos ejemplos.

En suma, supeditar la suscripción de los conciertos educativos a la renuncia del propio ideario simplemente porque este sea incompatible con la antropología y política filosóficas de género, equivaldría, como deja claro la jurisprudencia constitucional, a obstaculizar injustificadamente –mediante la pérdida o denegación de una ventaja objeto de un derecho– el ejercicio de la libertad de enseñanza y del derecho a educar a los hijos conforme a las propias convicciones.

4.3.2. Posible violación por el artículo 15.4 de las libertades educativas por “efecto desaliento” de su legítimo ejercicio plasmado en la adopción de un ideario

Pero, incluso si se entendiera que la vulneración de los citados derechos fundamentales deriva, no tanto del propio artículo 15.4 de la Ley 8/2017, como de su eventual interpretación errónea por parte de la Administración, sería posible cuestionar también la consti-

⁴⁷⁵ Vid. STC 74/2018, FJ 5.

tucionalidad del propio precepto, teniendo en cuenta que es la propia redacción de este artículo 15.4 la que fácilmente da pie a interpretaciones de ese tipo. En efecto, la misma dicción empleada por la norma constituye ya un obstáculo injustificado y desproporcionado para el ejercicio de las citadas libertades y derechos educativos. En concreto, se produce aquí lo que la jurisprudencia constitucional española, por influencia de la norteamericana, ha denominado un “efecto desaliento” en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Ciertamente, los derechos fundamentales sufren una restricción ilegítima por parte del legislador no sólo cuando este establece una prohibición directa o cercena alguna de las facultades esenciales del derecho fundamental en cuestión, sino también cuando, al regular el ejercicio del derecho fundamental, el legislador lo hace de forma tan ambigua que sus titulares son incapaces de distinguir entre el ejercicio legítimo de ese derecho y lo que no lo es. En tales casos, si del ejercicio ilegítimo se deriva, además, la pérdida de una ventaja o derecho o el padecimiento de un castigo o sanción, la inseguridad resultante provoca en los titulares del derecho, por el miedo a sufrir esas consecuencias, la abstención incluso de conductas que en realidad son ejercicio legítimo del derecho fundamental en cuestión. Es este “efecto desaliento” el que la jurisprudencia constitucional ha identificado ya en varias sentencias como una de las múltiples formas en que los poderes públicos –en especial el legislador– pueden violar los derechos fundamentales⁴⁷⁶.

A la luz de estas consideraciones, parece claro que la legislación andaluza, al vincular la prohibición de suscribir conciertos, no con conductas efectivamente discriminatorias, sino con el simple ideario del centro educativo, y al utilizar para ello –además– una fórmula especialmente genérica e indeterminada (“algún tipo de...”), el precepto produce a todas luces un “efecto desaliento” en el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de enseñanza y a la educación de los hijos. La incertidumbre acerca del supuesto prohibido (un ideario capaz de producir “algún tipo de” discriminación), combinada con la exactitud y gravedad de la consecuencia derivada de incurrir en él (imposibilidad de suscribir o renovar convenios administrativos), determinan sin dudas la generación de un poderoso “efecto desaliento” en relación con la adopción de cualquier ideario educativo que de lejos pudiera parecer contrario a los principios de los que parte la Ley, aunque en realidad supusiera el ejercicio legítimo de las libertades de enseñanza, ideológica o religiosa y del derecho de los padres a educar a sus hijos según sus propias convicciones.

⁴⁷⁶ La doctrina del “efecto desaliento”, procedente de la jurisprudencia norteamericana (*chilling effect*), comenzó a utilizarse por el TC en el ámbito del Derecho penal [vid. DOMINGO PÉREZ, T., “La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado «chilling effect» o «efecto desaliento»”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 122 (2003)], pero últimamente se ha trasladado también al campo sancionador administrativo, como puede verse en la STC 12/2018, de 8 de febrero, y precisamente en relación con la libertad de expresión.

5. PROHIBICIÓN DE ORIENTACIÓN PERSONAL EN MATERIA DE GÉNERO Y DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INTIMIDAD Y AL TRABAJO U OFICIO

Finalmente, la Ley contiene otra prohibición que ya ha sido apuntada más arriba. Se trata de la prohibición contenida en el artículo 6.2, complementada con la tipificación de su incumplimiento como infracción administrativa muy grave en el artículo 62.e).

Dispone el primero: “No se usarán terapias aversivas o cualquier otro procedimiento que suponga un intento de conversión, anulación o supresión de la orientación sexual o de la identidad de género autopercibida”. En cuanto al segundo, se considera infracción muy grave “promover, difundir o ejecutar por cualquier medio cualquier tipo de terapia para modificar la orientación sexual y la identidad de género con el fin de ajustarla a un patrón heterosexual y/o cissexual”.

De entrada, la previsión destaca por su extraordinaria amplitud y ausencia de matices:

- 1) Se trata de una prohibición absoluta, en la medida en que la conducta prohibida no puede realizarse ni mediando autorización previa ni ningún otro control, ni mediando consentimiento del propio sujeto pasivo.
- 2) El sujeto pasivo de la conducta prohibida es cualquier persona, ya sean menores o mayores de edad.
- 3) El objeto de la conducta prohibida se refiere a características sexuales y fenómenos muy distintos, como son la homosexualidad y bisexualidad, por un lado, y la transexualidad, por otro.

5.1. De California a la Comunidad de Madrid

Indudablemente, la prohibición entronca con lo dispuesto en muchas normas estatales norteamericanas y en las de otras Comunidades Autónomas⁴⁷⁷. Sin embargo, casi todas las normas autonómicas españolas, incluyendo la andaluza, son más radicales que las nor-

⁴⁷⁷ En efecto, son los casos de la Ley murciana 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gais, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género, en cuyo artículo 8.3 se dispone: “Quedan prohibidas en los servicios sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia las terapias de aversión o de conversión de las manifestaciones de identidad de género libremente manifestadas por las personas, así como las cirugías genitales de las personas intersexuales que no obedezcan a la decisión de la propia persona afectada a la necesidad de asegurar una funcionalidad biológica por motivos de salud”. También es el caso de la Ley madrileña 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia en la Comunidad de Madrid, en cuyo artículo 70.c) se tipifica como infracción muy grave la “promoción y realización de terapias de aversión o conversión con la finalidad de modificar la orientación sexual o identidad de género de una persona. Para la comisión de esta infracción será irrelevante el consentimiento prestado por la persona sometida a tales terapias”. Finalmente, también incluye esta prohibición el artículo 6 de la Ley valenciana 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género: “Se prohíbe la práctica de terapias de aversión, conversión o contracondicionamiento destinadas a modificar la identidad o expresión de género de las personas trans”.

teamericanas, porque en estas últimas la prohibición recae exclusivamente sobre terapias que tienen por sujetos pasivos a menores, y no a mayores de edad, que pueden por tanto someterse libremente a esas “terapias”. De hecho, sólo California se ha planteado legislativamente por el momento ampliar su prohibición de terapias a la población adulta, pero ni siquiera dicha iniciativa ha prosperado. El responsable de la iniciativa la retiró cuando ya estaba avanzada su tramitación, por el “efecto desaliento” que previsiblemente generaría dicha prohibición absoluta sobre el ejercicio de derechos como la libertad ideológica o religiosa por parte de líderes de comunidades religiosas y consejeros espirituales⁴⁷⁸. Las disposiciones norteamericanas no han estado exentas tampoco de polémica en el terreno judicial. Han sido objeto de recursos y existen ya diversas decisiones al respecto, aunque tampoco aquí ha intervenido el Tribunal Supremo federal por el momento. En general, las decisiones judiciales han sido hasta ahora favorables a la prohibición, pero teniendo en cuenta que se refiere sólo a menores⁴⁷⁹.

En cualquier caso, la prohibición absoluta que rige en algunas Comunidades Autónomas españolas se ha hecho valer ya al menos en un caso, en la Comunidad de Madrid. Al parecer, en torno al mes de abril de 2019, y tras la denuncia de una asociación alineada con los postulados de la filosofía de género, la Administración del Gobierno autonómico incoó un procedimiento sancionador contra una persona física por infracción de la citada prohibición. Según las informaciones disponibles públicamente, que se reducen por ahora a lo manifestado por la propia expedientada a los medios de comunicación, se trata de una persona que, con sede en el territorio de esa Comunidad Autónoma, se dedica profesionalmente al “coach en el ámbito de la identidad personal”, trabajando tanto con personas heterosexuales como con personas homosexuales. La expedientada ha insistido en que ella no considera que la homosexualidad sea una enfermedad, ni que, por tanto, su actividad consista en “curar”, sino en una labor de “acompañamiento” de personas que experimentan atracción hacia personas de su mismo sexo, conduciéndolas hacia lo que cada cliente quiera conseguir, ya sea “encontrar su identidad heterosexual o, desde

⁴⁷⁸ Se trataba del Proyecto de Ley de la Asamblea de California nº 2943. Sobre los motivos de la retirada puede verse el comunicado del asambleísta Evan Low de 31 de agosto de 2018 en <https://a28.asmdc.org/press-release/assemblymember-low-statement-assembly-bill-2943> [última consulta: 26/09/2019].

⁴⁷⁹ Alguna ha aclarado que la prohibición no se refiere, en cualquier caso, a la actividad pastoral de las organizaciones religiosas. Otras han precisado que, como la prohibición no obedece a motivos religiosos, sino sanitarios (estos tribunales presumen que cualquier intento de modificar la orientación sexual es dañina para la salud), no se vulneran con ella ni las libertades religiosa y de expresión, ni los derechos a la intimidad o el de los padres a educar a sus hijos. Lo mismo otra en relación con esta misma Ley sobre los derechos de libre expresión, libertad religiosa y derecho de los padres a educar a sus hijos. Vid. *Welch v. Brown*, 907 F.Supp.2d 1102 (E.D.Cal. 2012); *King v. Christie*, 981 F.Supp.2d 296 (D.N.J. 2013); *King v. Governor of New Jersey*, 767 F.3d 216 (3rd Cir. 2014); *Doe v. Governor of New Jersey*, 783 F.3d 150 (3rd Cir. 2015). Especialmente polémico fue el caso *Pickup v. Brown*, 728 F.3d 1042 (9th Cir. 2013) y 740 F.3d 1208 (9th Cir. 2013), en el que se incluyó como voto particular una enérgica crítica a la decisión de la mayoría por calificar como “conducta” el mensaje del terapeuta a efectos de dejarlo fuera del “habla” protegido por la Primera Enmienda.

su homosexualidad, crecer como personas y sacar todo su potencial”⁴⁸⁰. El expediente sancionador ha concluido mediante Acuerdo de 17 de septiembre de 2019 del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid⁴⁸¹, imponiendo –al parecer– una multa de 20.001 euros⁴⁸², la mínima prevista por la Ley para infracciones muy graves.

5.2. Sus problemas con el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE)

El caso es ilustrativo porque pone de manifiesto los problemas y equívocos que contiene un precepto, como el de la Ley andaluza, que también establece esta prohibición. Parece claro que lo que persigue la norma al introducir esta prohibición, al menos en lo que se refiere a la orientación sexual, es un triple objetivo: erradicar de la sociedad una visión patológica de la atracción erótica hacia las personas del mismo sexo (homosexualidad); garantizar los intereses legítimos de los ciudadanos en cuanto potenciales consumidores de unos servicios que se presentan como “terapéuticos” cuando en realidad no son tales; y también, seguramente, proteger a los potenciales consumidores de esas “terapias” de eventuales efectos secundarios perjudiciales⁴⁸³.

Prescindiendo ahora de los problemas que podría presentar este precepto autonómico en relación con las competencias del Estado sobre ordenación de las profesiones tituladas y las bases de la sanidad (arts. 36 CE y reglas 1ª, 16ª, 30ª del art. 149.1 CE), la medida restringe una conducta que podría estar protegida por al menos dos derechos fundamen-

⁴⁸⁰ Vid. <http://elenalorenzo.com/?p=1537> [consulta última: 20-09-2019].

⁴⁸¹ “Acuerdo por el que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a E.L.R., por vulneración del artículo 70.4 de la Ley 3/2016, de 22 de Julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por razón de orientación e identidad sexual en la Comunidad de Madrid”. Disponible en https://www.comunidad.madrid/sites/default/files/cg_190917.pdf [última consulta: 27-09-2019].

⁴⁸² Vid. <https://twitter.com/ComunidadMadrid/status/1173919103909879810> [última consulta: 20-09-2019].

⁴⁸³ Estos objetivos del legislador relacionados con la protección de los consumidores parte de la premisa de que los tratamientos no aversivos son inútiles porque la orientación sexual no puede cambiarse. Se trata de una premisa, sin embargo, que está lejos de ser científicamente probada. El psiquiatra Robert L. Spitzer fue uno de los principales defensores de la supresión, en 1973, de la homosexualidad como trastorno del *Manual de Diagnóstico* de la Asociación Americana de Psiquiatría. Sin considerar de nuevo la homosexualidad un trastorno, Spitzer publicó, sin embargo, años más tarde un estudio del que se desprendía la mutabilidad de la orientación sexual. Vid. SPITZER, R. L., “Can some gay men and lesbians change their sexual orientation? 200 participants reporting a change from homosexual to heterosexual orientation”, *Archives of Sexual Behavior*, núm. 32 (2003). Con ello no estaba diciendo que la homosexualidad fuera una enfermedad, sino que se trata de una condición o cualidad de la persona que, aunque duradera, podía cambiar. No obstante, nueve años más tarde publicó en la misma revista –después de sufrir, al parecer, bastantes presiones por parte de movimientos activistas– una retractación de su estudio de 2003. Vid. SPITZER, R. L., “Spitzer Reassesses His 2003 Study of Reparative Therapy of Homosexuality”, *Archives of Sexual Behavior*, núm. 41 (2012). No obstante, esta rectificación consiste en una breve carta de media página al director de la revista, en la que no ofrece datos o estudios empíricos nuevos, sino que se limita a poner en duda el método que siguió en su trabajo de 2003.

tales: el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE), por un lado, y el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), por otro.

El primero garantiza la libertad de dedicarse a la profesión u oficio tal como estén regulados por las leyes y reglamentos que las desarrollen, pero también es verdad que esas leyes y reglamentos han de respetar el contenido esencial del derecho y el principio de no arbitrariedad, que incluye la exigencia de una regulación respetuosa del principio de proporcionalidad (art. 53.1 CE y la copiosa jurisprudencia y abundante doctrina que lo ha interpretado). Y es palmario que existe una multitud de medios igualmente adecuados pero mucho menos restrictivos para conseguir los objetivos de la norma que una prohibición absoluta de tal calibre: prohibiendo –por ejemplo– no que se realice “cualquier procedimiento”, sino que estos se anuncien y presenten como “terapias” que “curan”; prohibiendo no todo procedimiento, sino los que supongan la utilización de terapias aversivas, hormo- noterapias, electroshocks, etc., y que prescindan de la voluntad informada del cliente o usuario; estableciendo los controles o autorizaciones que, en su caso, pudieran juzgarse necesarios, etc. Además, desde el punto de vista de las libertades económicas y profesionales, esta prohibición absoluta e incondicionada puede resultar problemática también desde la perspectiva de la legislación sobre libre establecimiento (Directiva 2006/123/CE, de Servicios del Mercado Interior, y legislación nacional de trasposición) y la legislación estatal en materia de garantía de la unidad de mercado (Ley 20/2013, de 9 de diciembre).

5.3. La vulneración del derecho fundamental a la intimidad sobre la propia vida sexual (art. 18 CE)

Pero la prohibición absoluta, no ya de “terapias”, sino “de cualquier otro procedimiento” (como *coaching*, consejos, acompañamiento, etc.), se proyecta negativamente también sobre una conducta que puede estar protegida por el derecho fundamental a la intimidad de quien desea acudir a ese servicio para orientar sus inclinaciones sexuales *en la dirección que tenga por más conveniente*. Y es que, en efecto, la privacidad protegida por el derecho fundamental a la intimidad incluye también, como han señalado numerosas sentencias del TEDH y del TC, todo lo relativo a las preferencias y comportamiento sexuales⁴⁸⁴. En efecto, la prohibición absoluta de acudir a quien se tenga por conveniente para tratar (con las garantías señaladas arriba) estas cuestiones de la vida privada personal, con el fin de darles el sentido que cada uno desee, supone no sólo una injerencia desproporcionada en el ámbito protegido por el derecho a la intimidad, sino antes que eso, una vulneración de su mismo contenido esencial. En efecto, se puede considerar que la prohibición de que

⁴⁸⁴ Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a, *Sistema...*, cit., pp. 285 y 286; GRABENWARTER, C., *European Convention on Human Rights. Commentary*, Beck – Hart – Nomos – Helbing Lichtenhahn Verlag, Freiburg, 2014, pp. 187 y 188; RAINEY, B, WICKS, E., y OBEY, C., *The European Convention on Human Rights*, 7^a ed., Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 430-435.

tratamos es desproporcionada por los mismos motivos que hemos señalado en relación con el derecho a la libre elección de profesión y oficio.

Pero, antes de esto, puede sostenerse que la prohibición controvertida vulnera el mismo contenido esencial del derecho a la intimidad en relación con la propia vida sexual. Repárese en que los términos de la prohibición general no sólo son extraordinariamente amplios, en la medida en que se refiere “a cualquier procedimiento”. Es que, cuando se tipifica la infracción de aquella, se excluye además que dicho procedimiento “tenga como fin” ajustar la propia orientación sexual “a un patrón heterosexual y/o cissexual”. ¿Quién es el legislador para decidir qué orientación sexual concreta pueden o no tener o perseguir los ciudadanos? En definitiva, con estas previsiones el legislador no sólo restringe desproporcionadamente el derecho fundamental a la intimidad, sino que, antes que eso, quebranta también la garantía del contenido esencial (art. 53.1 CE), puesto que persigue deliberadamente como efecto buscado, y no simplemente previsto como posible, que los ciudadanos no puedan recabar el consejo que estimen oportuno para orientar de modo específicamente no homosexual sus proyecciones afectivas, aspectos todos ellos, como otros muchos, protegidos por el derecho a la intimidad personal.

En definitiva, para terminar, la Ley 8/2017 es una norma parcialmente bienintencionada, en lo que tiene de reacción frente a la discriminación y el trato injusto de determinadas personas. Pero adolece también de un relevante vicio de origen: su adhesión más o menos explícita a un sistema de creencias más o menos sistemático y la utilización de diversos mecanismos coactivos (sobre todo sancionadores) para imponerla a los ciudadanos. Esto se traduce en una vulneración del deber de neutralidad de los poderes públicos y en la violación de diversos derechos fundamentales como la intimidad, la igualdad de trato de las mujeres en los ámbitos en que el sexo (y no simplemente el género) puede ser determinante (por ejemplo, el deporte), etc. Una ciudadanía activa y crítica debe ser consciente de estas quiebras del Estado de Derecho, pese a las parciales buenas intenciones de una Ley, la Ley 8/2017, que se presenta como una norma protectora de la igualdad y no discriminación.

ISBN: 978-84-8333-713-4



9 788483 337134