

El Modelo de protección de la dependencia: el derecho subjetivo de ciudadanía social

SUMARIO: 1. EL MODELO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE LA DEPENDENCIA. 2. LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA Y EL ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES COMO COMPLEMENTO DEL ENFOQUE DE LOS DERECHOS. 2.1. LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA COMO HECHO SOCIAL ESPECÍFICO. IDENTIFICACIÓN LEGAL DE LA SITUACIÓN PROTEGIDA. 2.2. EL ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES COMO COMPLEMENTO DEL ENFOQUE DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS SOCIALES DE CIUDADANÍA SOCIAL. 3. TITULARIDAD DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN POR DEPENDENCIA. 4. ÁMBITO OBJETIVO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN. 5. RECAPITULACIÓN FINAL. 6. BIBLIOGRAFÍA.

1. EL MODELO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE LA DEPENDENCIA

La dependencia como situación de necesidad específica exige una reflexión sobre los nuevos derechos sociales a ella anudados. La dependencia es un tipo de situación de necesidad (más que de riesgo) muy distinta a los riesgos que atendían los clásicos seguros sociales obligatorios y la Seguridad Social construida sobre sus hombros. Es un fenómeno complejo, que exige una categorización muy perfilada. Atiende a situaciones individualizadas de riesgo; se desvinculan en gran medida del trabajo profesional. Es decir,

¹ Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.

atienden a una nueva expresión de la cuestión social de nuestro tiempo. De forma simétrica a las transformaciones operadas en los Sistemas de Seguridad Social hacia la asistencialización, se puede decir que existe un desplazamiento de la noción de riesgo social a la de situación de necesidad dentro del sistema público de protección social. En ese proceso se enmarca la situación específica de dependencia.

En verdad, en la coyuntura actual concurren dos factores estructurales relevantes, cuya confluencia ha determinado la configuración de *una nueva situación de necesidad social*. Por un lado, un *factor biológico*, consistente en el aumento de la esperanza de vida, aumentando las enfermedades que causan dependencia; y un *factor social*: las nuevas estructuras familiares, en las que la mujer deja de ocupar el papel exclusivo de cuidadora y el número de hijos desciende haciendo inviable la atención familiar a los dependientes. Es así que la dependencia como *situación de necesidad específica* se produce en el momento en que emerge un grupo de edad que se caracteriza por su falta de autonomía (o ésta está muy mermada), y demanda una cobertura específica ante la inadecuación funcional de los mecanismos tradicionales (familiares o institucionales) (MALDONADO, 2003). Esta emergencia de una nueva situación de necesidad diferenciada, determina en sí la insuficiencia y el carácter inadecuado del modelo indiferenciado de protección pública de las situaciones de dependencia, que era el modelo normativo inmediatamente precedente a la promulgación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (en adelante, LEPA). De manera que el fenómeno social de la dependencia no es, desde luego, enteramente nuevo, pero sí generalizado y más relevante como tal desde el punto de vista de la política jurídica de protección social.

Es lo cierto, que en el Estado social y democrático existe un imperativo de igualdad y autonomía derivada de la que se ha dado en llamar “revolución de la ciudadanía”, que tiende a crear una sociedad de iguales, delimitada de algún modo antropológicamente². Por lo demás, las situaciones de dependencia como nueva situación de necesidad no hace sino reforzar la condición del ser humano como ser dependiente, al incrementarse el grado de dependencia de unas personas con respecto a otras. En una sociedad civilizada debe concederse la posibilidad de compartir lo que se dispone con aquellos que lo necesitan. En realidad, los seres humanos son “racionales y dependientes” para llegar a ser agentes racionales e independientes. La filosofía moral moderna ha puesto un gran énfasis en la autonomía del indivi-

² ROSANVALLON, P.: *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Editions Gallimard, Paris, 1992, pp. 9 y ss.

duo, en su capacidad para formular elecciones independientes. Pero es preciso añadir que las virtudes de la actuación racional independiente tan sólo se pueden ejercer de modo adecuado si están acompañadas de las virtudes de reconocimiento de la dependencia, situadas en el marco de una concepción democrática del bien común³. La organización de la sociedad debe impedir que el individuo sea cautivo del entorno, garantizando una existencia humana digna. El Estado —sin perjuicio de otras formas de solidaridad— ha de ser capaz de proporcionar a sus súbditos una mínima seguridad frente a las situaciones de necesidad. El Estado social puede proporcionar los medios para eliminar los obstáculos que impiden alcanzar los objetivos humanitarios de realización plena de la autonomía y la independencia del individuo. Las otras instancias de provisión del bienestar social tendrán que hacer su tarea correspondiente, adicional o complementaria, para luchar contra la dependencia y la vulnerabilidad.

La cuestión social es una expresión lanzada a fines del siglo XIX que remite a las disfunciones de la sociedad industrial naciente. Los fenómenos actuales de exclusión o de dependencia no remiten a las categorías antiguas de la explotación del trabajador. Así, ha hecho su aparición una nueva cuestión social. El Estado Social se desarrolló históricamente sobre la base de un sistema asegurador en el cual las garantías sociales estaban ligadas a la introducción de seguros obligatorios que cubrían los principales riesgos de la existencia (enfermedad, desocupación, jubilación, invalidez, etcétera). Actualmente se está produciendo un agotamiento de ese sistema clásico. Un cambio en las formas de organización de la solidaridad. Se debe afrontar el problema de hacer concordar el principio de solidaridad (la sociedad tiene una deuda para con sus miembros) con el principio de responsabilidad (cada individuo es dueño de su existencia y debe hacerse cargo de sí mismo). Este paradigma asegurador, sustrato indisociablemente técnico e ideológico del Estado Social, es el que está agotándose actualmente. La fuerza de la idea original de Seguridad Social, tal como había sido formulada y puesta en práctica en países como Alemania, Francia, Italia y España, respondía a una lógica jurídica explícita: permitía concebir de manera coherente un abanico muy amplio de problemas sociales incluyéndolos en la categoría homogénea del riesgo. Incluso la vejez (a pesar de su carácter no aleatorio) era comprendida como un riesgo social, desde el momento en que se la aprehendía a partir de la pérdida de ingresos que ocasionaba. Esta categoría unificadora del riesgo perdió mucho de su pertinencia. Lo social ya no puede aprehenderse únicamente en términos de riesgo, sino ante todo como “situación de

³ MACINTYRE, A.: *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, Eds. Paidós Ibérica, Barcelona, 2001, pp. 15 y ss.

necesidad”. En realidad, lo que se puso en práctica es una técnica de racionalización y de “ingeniería social” para la gestión de lo social.

Es discutible que la dependencia (nueva dimensión de “lo social”) pueda ser concebida como un riesgo en sentido clásico: no estamos, desde luego, ante la simple discapacidad, ni ante la mera enfermedad, pues la dependencia —salvo casos peculiares— no es un fenómeno aleatorio. Esta situación de dependencia pluricausal, encuentra su lógica de protección a través de un modelo de solidaridad nacional general de tipo universalista. La técnica social aseguradora aparece así como poco adaptada al tratamiento de un problema de esta naturaleza. En materia social, el concepto central es hoy día mucho más el de precariedad o vulnerabilidad (que acentúa la inseguridad de la existencia) que el de riesgo. No obstante, la admisibilidad técnica y político-jurídica de modelos como el alemán, que se basan en una típica técnica de previsión social. Es lo cierto que los instrumentos tradicionales de “gestión de lo social” (el seguro social lo fue, y pervive en la lógica del ámbito contributivo del Sistema de Seguridad Social) están al mismo tiempo desfasados. Los países con modelos bismarckianos tienden a vencerse hacia fórmulas universalistas fundadas en la ciudadanía. Todos los modelos europeos se inclinan cada vez más hacia la valoración de la ciudadanía social⁴. Esta evolución tiene una consecuencia insoslayable y que afecta a la estructuración de la financiación: el deslizamiento progresivo hacia el impuesto de una parte de la financiación del Estado Social. La tendencia a sustituir la figura del asegurado social por la del contribuyente. Ruptura de los “modelos corporativos” (en gran medida profesionalistas) de Seguridad Social. Emergiendo un nuevo capítulo del proceso de asistencialización.

Se ha producido, igualmente, de modo paralelo y simultáneo, la individualización de lo social. En este sentido se transita de las “poblaciones” (relativamente homogéneas) a las situaciones particulares. El Estado Social (y su Sistema de Seguridad Social) estaba bien organizado para tratar los problemas de las poblaciones relativamente homogéneas, de grupos o clases. La noción de “población protegida” ha venido siendo una técnica específica de organización de la protección pública. Sin embargo, aparte de las poblaciones el sistema público tiene que dar cuenta de la protección de individuos singularmente considerados, y en atención a situaciones específicas. Es el caso de las personas dependientes, cuya situación queda marcada por factores no vinculados ni directa ni fundamentalmente a rasgos socioprofesionales. Lo que les aproxima es ese estado permanente en que se encuentran las personas que por distintas razones precisan de la atención de otra u otras

⁴ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, CES, Madrid, 1996.

personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal. Es por eso que no constituyen ni una comunidad social ni un grupo estadístico en el sentido de la técnica del seguro; o, acaso, tan sólo eso, precisamente despojada de la idea de “grupo” en sentido estricto. Es ahí donde emerge con relevancia las nociones de precariedad y vulnerabilidad. Sirva como ejemplo de ello, la idea de individualización del tipo y morfología de la prestación y programa individualizado de atención para las personas dependientes. El art. 29 de la Ley 39/2006 establece el “Programa individual de atención” (“En el marco del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes, los servicios sociales correspondientes del sistema público establecerán un Programa Individual de Atención en el que se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel, con la participación, previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas, del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le represente”). Por su parte, el art. 26.1 del mismo texto legal, establece los grados de dependencia necesariamente individualizados; además, cada uno de los grados se clasificarán en dos niveles, en función de la autonomía de las personas y de la intensidad del cuidado que requiere (apartado 2 del art. 26)⁵.

La protección específica de las situaciones de dependencia en la vejez se enmarca en esa reflexión global y de dimensiones más estructurales. En todo caso, la protección específica de la dependencia tiene un entronque constitucional en la solidaridad y equidad como principio básico del constitucionalismo del Estado Social, y con la proyección de ese principio en el campo de los derechos sociales (9.2, y el grupo normativo formado por los artículos 41, 43, 49 y 50 de la CE; y el mismo Sistema de los Tratados de la Unión Europea —tal como resulta de la reforma realizada por el Tratado de Lisboa—, que la contempla expresamente en los artículos 2 y 3.5 como fundamento de la protección social). En el Texto Constitucional el principio constitucional de solidaridad aparece como un elemento de cohesión social que permita una participación efectiva de todas las personas en la vida social y económica. Es una llamada a la idea base de una constitución social cuyo eje se articula en la realización plena de la triada de derechos de ciudadanía.

⁵ El art. 3.f) de la LEPA establece como uno de los principios inspiradores de la Ley “la personalización de la atención, teniendo en cuenta de manera especial la situación de quienes requieren de mayor acción positiva como consecuencia de tener mayor grado de disminución o menor igualdad de oportunidades”.

En la construcción de los modelos de protección de la dependencia existen dos cosmovisiones ideal-típicas de la dependencia, a saber: bien como nuevo riesgo o bien como nueva situación de necesidad.

A) Los modelos de tradición bismarckiana o de marcada orientación profesional-contributiva, han tendido a captar jurídicamente la situación de dependencia como un nuevo riesgo social. Desde esta perspectiva de la necesidad como riesgo, la satisfacción de la situación de necesidad del sujeto se realiza como derecho social a la indemnización del daño, teniendo en cuenta que el marco de los sistemas evolucionados de Seguridad Social, sólo existe un principio de conmutatividad relativa. La noción de riesgo se reside en la previsión de un hecho incierto, aleatorio, y tiene por finalidad la compensación del déficit de recursos ocasionado. De ahí que las prestaciones satisfechas tengan una naturaleza eminentemente resarcitoria. Esa concepción de la protección jurídica de la dependencia conduce, desde el punto de vista lógico-jurídico, a un régimen de financiación a través de nuevas cotizaciones sobreañadidas a las clásicas. Entre los países que se sitúan en ese esquema protector cabe destacar a Alemania, Bélgica, Austria y Luxemburgo⁶. De este modo, se protege la situación de dependencia desde los esquemas de la Seguridad Social clásica de tipo continental. Es de señalar, que nuestro país, a pesar de estar encuadrado en esa tradición bismarckiana se ha inclinado por un modelo de protección distinto, como ahora se expondrá.

Sin embargo, otros países, y no exclusivamente (aunque sí principalmente) los insertos en la tradición cultural beveridgeana, han optado por proteger la dependencia como situación de necesidad específica. Se opta por configurar la necesidad como derecho social universal, aunque sujeto a ciertas condiciones que varían según cada país. En esta lógica se pretende ir más allá, cuando no superar abiertamente, la noción de riesgo (que exige técnicamente la aleatoriedad y que presenta siempre un potencial intrínsecamente excluyente), y desplazarla por el concepto de “situación o estado de necesidad”. Para ello Beveridge había propuesto la elaboración de una síntesis virtuosa, consistente en la creación de un sistema de Seguridad Social Asistencial que, sin embargo, no excluía la utilización de la técnica de seguro para la protección de contingencias profesionales, vinculadas a las distintas formas de trabajo profesional (BEVERIDGE, Informes de 1942 y de 1944). Se valora el hecho de que la dependencia es una situación objetiva de necesidad inde-

⁶ MERCADER UGUINA, J. R. y MUÑOZ RUIZ, A. B.: “La protección específica de las situaciones de dependencia en la vejez”, en VV.AA.: Monereo Pérez, J. L. y GARCÍA NINET, J. I. (dirs.) y MORENO VIDA, M.^a N. y VICENTE PALACIO, A. (coords.): *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Ed. Comares, Granada, 2004. Véase el Libro Blanco: *Atención a las Personas en Situación de Dependencia en España*, MTAS, Madrid, 2004, capítulos 11 y 12.

pendiente del trabajo profesional y que afecta potencialmente la ciudadanía en su conjunto. En este marco se concede una prestación universalista basada en el principio de solidaridad general, no en solidaridades particulares o corporativo-profesionales. La articulación de la protección jurídica de la dependencia a través de una prestación universalista configurada como derecho social universal, que debe en cuanto tal recaer en toda la comunidad organizada ha sido la elección realizada por países como el Reino Unido, Irlanda, Suecia, Finlandia, Dinamarca, Países Bajos y España.

En efecto, el modelo español, de tradición sin embargo continental en la conformación de su Sistema de Seguridad Social, de protección jurídica de la dependencia parece presentar en la regulación de esta materia los rasgos propios y típicos del modelo “Beveridgiano” (todos los titulares de ingresos primarios del trabajo o del capital) renuncian, obligatoriamente, a una parte de sus ingresos para constituir un fondo que suministrará a todos los miembros de la sociedad un nivel mínimo de recursos, ya sea porque no son capaces de atender ese mínimo por sus propios medios (en razón, por ejemplo, de su edad, incapacidad, accidente, enfermedad) o por la imposibilidad de encontrar un empleo cuya remuneración le resulte suficiente), pero también combinándolos con el modelo “paineano” (todos los titulares de ingresos renuncian, obligatoriamente, a una parte de ellos, para constituir un fondo que sirva para pagar incondicionalmente un ingreso uniforme a todos los miembros de la sociedad; la idea de dar a cada miembro de la sociedad un ingreso completamente incondicionado, condujo al ingreso básico o renta de ciudadanía o prestación universal; es la propuesta hecha por Thomas Paine, en la memoria presentada al Directorio “Justicia Agraria” 1796, de gravar la renta de tierras o haciendas, y distribuir el total incondicionalmente bajo la forma de una asignación a destajo atribuida a cada adulto, y una pensión anual uniforme a toda persona que hubiera alcanzado los cincuenta años) de Estado Social⁷.

Es una mezcla del fundamento ético-valorativo de la solidaridad (Beveridge) y de la equidad (Paine). Pero con la cualidad de que el derecho social universal a la protección por dependencia no es incondicional, pues se “modula” en función de la capacidad económica del sujeto dependiente y de su familia. Pero no se olvide el hecho de que un modelo sea incondicionado no afecta en sí a la existencia jurídica del derecho subjetivo de ciudadanía social. En el modelo alemán (seguro de dependencia contributivo), los fundamentos éticos ligan el seguro y la equidad, por intermedio

⁷ PARIJS, PH, van: *¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política*, Ariel, Barcelona, 1993, p.56; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Ed.Comares, Granada, 2007.

de un tercero, la solidaridad. En el modelo paineano ya no se trata de transferir desde los más afortunados a los desafortunados porque aquéllos podrían un día encontrarse en la misma situación que estos últimos (justificación aseguradora), ni tampoco porque los afortunados hubieran podido encontrarse en la misma situación (justificación en términos de solidaridad o de seguro bajo velo de ignorancia). No, las “transferencias” están aquí requeridas por el simple cuidado de dar a cada un una parte igual de nuestro patrimonio común en el más amplio sentido (justificación en términos de equidad; equidad: cualidad de tratar con imparcialidad y según un sentido natural de la justicia; cualidad —de una cosa— de ajustarse a la equidad). La prestación universal máxima sostenible no hace sino distribuir tanto como sea posible entre todos, un patrimonio que tiende espontáneamente a ser monopolizado —muy desigualmente— por los que están mejor o más ávidos de aprovecharlo.

La distinción entre los tres modelos institucionales de Estado Social y entre los tres fundamentos normativos que les corresponden, es esencial para comprender el nudo ético de los debates sobre el Estado Social y su futuro, y en este marco para apreciar correctamente en sentido de los cambios que se vienen verificando con la articulación de técnicas protectoras como las Rentas Mínimas de Inserción y ahora la Prestaciones (de servicios y económicas) de protección de la Dependencia. Pero nada se opone —al contrario, todo invita— a que combinemos esos tres modelos institucionales de Estado Social. En todo caso, la equidad del tercer modelo de Estado Social concierne a la *distribución equitativa de los recursos externos*, y una concepción coherente e integrada de la justicia requiere que también sea adecuadamente tenido en cuenta el cuidado de la equiparación de los recursos internos. En otros términos, se trata de maximizar (de manera sostenible) el nivel de la prestación universal, pero sujeto a la restricción de una exigencia de solidaridad (entendida como diversidad no dominada). Esta restricción de solidaridad impone que todos puedan *subsistir* (aunque fuera merced a transferencias condicionadas en forma múltiple) y que al mismo tiempo las personas discapacitadas (o dependientes) se beneficien con *transferencias específicas* (más allá de su prestación universal). Tal formulación tiene como consecuencia, entre otras, que el nivel legítimo de la prestación universal sea nulo en una sociedad que no asegure la subsistencia de todos sus miembros por cualquier medio que sea. Esta derivación indica que con suficiencia el alto grado en que la legitimidad de la emergencia del tercer modelo del EB depende de la porción del planeta que consideremos⁸.

⁸ PARIJS, PH, van: *¿Qué es una sociedad justa?*, op. cit., pp. 77-78.

Hay que reparar en el dato significativo de que actualmente se dispone de *dos nuevas formas de protección social*: a) la renta de ciudadanía (RMI, que, por el momento, en nuestro país se resuelve en un modelo pluralista descentralizado en el Estado Social Autonómico) y b) las prestaciones (económicas o en metálico; y en servicio o en especie) de fomento de la autonomía personal y protección de las situaciones de dependencia.

El Sistema Nacional de Dependencia (SND) enlaza con el grupo normativo constitucional formado por los artículos 1, 9.2, 41, 43, 49 y 50 de la CE. Desde el punto de vista conceptual (dogmática jurídica) es “Seguridad Social” (integrada por las técnicas de previsión, asistencia social y servicios sociales). La opción legislativa reflejada en la Ley 39/2006 parece haber transitado hacia un “Sistema Externo” al formado por el Sistema institucional actual de la Seguridad Social. De este modo nos vemos obligados a servirnos de la noción amplia de “Sistema de Protección Social Pública”, donde el Sistema de Seguridad Social actual (nivel contributivo y no contributivo) no sólo está llamado a coexistir con los subsistemas asistencias y de servicios de las CC.AA. tradicionales en el proceso de desarrollo de las previsiones constitucionales ex artículos 148 y 149 de nuestra Carta Magna, sino también ahora con el específico SND como un subsistema del Sistema de Protección Social Pública. Es una fase más del proceso de “dilución” de la Seguridad Social como concepto integrador de la distintas técnicas de protección de las necesidades sociales relevantes, en la línea del art. 41 CE (donde ya el texto constitucional fue en cierto sentido inconsecuente porque desmembró la Seguridad Social al escindir la asistencia social y los servicios sociales “externos” creados y organizados por las CC.AA.). En el reparto de competencias dentro del Estado autonómico se reclama el art. 149.1.1.^a de la CE, según el Estado tiene competencia exclusiva sobre “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. Lo que dicho precepto permite es la regulación de las condiciones básicas, no la regulación total y homogénea de la materia de que se trate (SSTCo. 61/1997, de 20 de marzo; 239/2002, de 11 de diciembre). Cuestión distinta a este título de atribución competencial es determinar si estamos ante una Asistencia social Interna al Sistema de Seguridad Social (Seguridad Social Asistencial), ante una Asistencia Social Externa Autonómica o ante una Asistencia Social Externa Independiente, esto es situada, tanto fuera del Sistema de Seguridad Social como al margen de la Asistencia Social Autonómica. Esta tercera opción, intermedia que opera como un “*tertius generus*”, parece haber sido la opción de política jurídica adoptada por la Ley de Dependencia: una Seguridad Social *Asistencial Externa* al Sistema Institucio-

nal de la Seguridad Social actual. No obstante, lo más adecuado al tipo de situación de necesidad hubiera sido configurarla como una Seguridad Social Asistencial *Interna al Sistema Institucional de la Seguridad Social Actual*, reclamando, por consiguiente, el título competencia ex art. 149.1.17.^a CE. Por el momento, no ha sido esta la elección de política del Derecho corporeizada en la Ley de Dependencia.

El art. 41 CE configura un modelo abierto de Seguridad Social, dejando un amplio poder al legislador ordinario, en consonancia con la eficacia jurídica que el art. 53.3 CE reconoce. Modelo abierto, pero no neutro. Es precisamente en el carácter amplio con que se formula el ámbito objetivo de protección, es decir, de las situaciones de necesidad a proteger lo que permite fundamentar la protección de una nueva contingencia, la dependencia. El art. 41 CE permite concretar lo que se entiende por Seguridad Social según las exigencias de la comunidad política, de manera que la referencia constitucional a la asistencia y prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, puede permitira en potencia que se incluya dentro de la misma las prestaciones por dependencia como libre elección de política del Derecho. Por su parte, y de forma específica, el art. 50 CE apuesta por una protección integral del colectivo de personas formado por las personas mayores. Respecto al análisis del art. 50 CE, en relación con el sistema de la Seguridad Social, cabe destacar la referencia a pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, en la medida en que estas prestaciones configuran el medio de protección básico de las personas mayores desde este sector del ordenamiento jurídico. Por su parte, el art.49 CE, establece que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos”.

La opción de la Ley de Dependencia ha sido la exclusión de la protección por dependencia del Sistema institucional de la Seguridad Social, sin que a éste le corresponda atender directamente a las situaciones de dependencia. Se crea un sistema autónomo de protección social pública, que deliberadamente no se encuadra ni en la Seguridad Social, ni en la asistencia social autonómica. No sería una contingencia de Seguridad Social, pero tampoco de carácter estrictamente asistencial. Es posible pensar que su configuración jurídico-positiva sea la propia de una materia mixta, “transversal”, porque potencialmente existen distintos títulos constitucionales habilitantes, que o bien atribuyen la competencia al Estado (art. 149.1.1.^a y 17.^a CE), o bien legitiman la competencia autonómica (art. 148.1.20.^a CE). Estos títulos podrían ser invocados por el legislador para la organización de la

protección pública de las personas en situación de dependencia⁹. Parece que la pretensión de sistema legal (cuestión distinta es que lo haya conseguido plenamente) es crear “ex novo” un sistema paralelo al Sistema administrativo-institucional de Seguridad Social. En tal sentido resulta significativo que no se modifica el art. 38 LGSS para ampliar la acción protectora del Sistema actual de Seguridad Social. Ahora bien, si esta ha sido la opción de política de protección social, nada impediría que las prestaciones públicas que integran la protección por dependencia pasen a formar parte del Sistema institucional de la Seguridad Social. Hay que tener en cuenta, como se señalara en el Libro Blanco, que el Estado tiene atribuida en la Constitución una función niveladora esencial, es decir, garantizadora de prestaciones básicas en materias tales como las de los derechos contemplados en los artículos 39 (familia), 41 (Seguridad Social), 48 (Juventud), 49 (Disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos) y 50 (personas mayores; “tercera edad”). Tales preceptos no atribuyen diferentes derechos a los colectivos afectados, sino que especifican y cualifican la tutela que en ellos deben recibir los derechos de la persona, imponiendo la obligación a los poderes públicos de instrumentar políticas adecuadas (STCo. 71/1982; 19/1982). Al Estado, además, le corresponde poner las bases para que el ejercicio de los derechos se lleve a cabo en condiciones de igualdad en todo el territorio. La articulación de una red pública básica a la que todos los ciudadanos dependientes tengan derecho, y acceso a sus servicios en función de su grado de dependencia, encuentra su fundamentación principal en los preceptos constitucionales citados, que deben completarse por la obligación constitucional consistente en que todos los españoles han de tener los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio español (art. 139.1 CE), así como la competencia estatal para 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 (art. 149.1.1 CE). Es éste un título competencial con contenido propio, no residual (STCo. 172/1998), que otorga al Estado central las facultades normativas para determinar y definir las condiciones básicas de la igualdad y no discriminación de las personas dependientes, de manera que se les garanticen los mismos derechos y prestaciones en todo el territorio nacional. Dicho art. 149.1.1 CE amplía la función del art. 53 CE, y de lo que se trata es de garantizar la “uniformidad en las condicio-

⁹ MONTROYA MELGAR, A.: “El sistema para la autonomía y la atención a la dependencia”, en MONTROYA MELGAR, A. (dir.): *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p.63; BARCELÓN COBEDO, S., y QUINTERO LIMA, M.^a G.: “Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de protección Social”, en *RMTAS*, núm.60, 2006, p. 17.

nes básicas para el ejercicio de los derechos” o la “uniformidad en las condiciones de vida” (STCo.32/1982; 42/82; 113/1982, entre otras).

Es lo cierto que no habría ningún problema relevante en enmarcar dentro de la Seguridad Social a efectos de distribución competencial en el Estado Social Autónomico a las prestaciones de dependencia, correspondiendo, con arreglo al art. 149.1.17.^a CE, a las CC.AA. la competencia de desarrollo legislativo (legislación no básica) de una legislación básica de carácter estatal. Ni desde el punto de vista conceptual, ni normativo, ni desde la perspectiva financiera no hubiera existido ninguna razón que impidiera, ni tan siquiera obstaculizara seriamente, enmarcar la cobertura de las situaciones de dependencia, encuadradas plenamente en el artículo 41 CE, a través de los sistemas de provisión del artículo 149.1.17 CE. No ha sido esta la opción elegida. Con todo, la protección de las situaciones de dependencia (a través de prestaciones de servicios y de prestaciones económicas) acaba siendo una típica materia social de tutela transversal u horizontal que, en calidad de tal, exige operativamente (no se olvide que uno de los principios inspirados del sistema legal es el tratamiento “integral” y “la transversalidad de las políticas de atención a las personas en situación de dependencia”) todo el conjunto articulado de medidas heterogéneas que requiere una efectiva atención a las personas dependientes.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (a la cual el art.6.1 del TUE, en la versión revisada del Tratado de Lisboa, atribuye eficacia jurídica vinculante), garantiza el derecho a la Seguridad Social y Ayuda Social ex art. 34., dispone que “La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la *dependencia* o la vejez, así como en el caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales”. De este modo, la dependencia se inserta dentro del conjunto de las prestaciones de Seguridad Social y Servicios Sociales. Esta disposición enlaza con los artículos 25 (“Derecho de las personas mayores. La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural”) y 26 (“Integración de las personas discapacitadas. La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y su participación en la vida de la comunidad”) de la referida Carta de la Unión.

La Ley 39/2006, viene a introducir una protección específica de las situaciones de dependencia, que antes se cubría a través de técnicas jurídicas de protección indiferenciada dentro del sistema público de protección so-

cial. Esta Ley cubre un vacío en la protección diferenciada de la dependencia de las personas mayores, pues no existía en nuestro sistema jurídico una protección específica e integral de esta situación de necesidad social. Este problema social se había venido afrontando de modo aislado a través de medidas proporcionadas por el Sistema de Seguridad Social y en un plano más concreto y directo, aunque modo parcial y descoordinado, mediante la técnica asistencial y de servicios sociales de las Comunidades Autónomas al amparo de la previsión constitucional ex art. 148.1.20.

En el Libro Blanco de la Dependencia (2005), se advierte que podría instrumentarse jurídicamente la protección de las situaciones de dependencia a través de tres modelos paradigmáticos o tipos de sistemas de protección social: a) Modelo de protección universal, b) Modelo de protección a través de la Seguridad Social, y c) Modelo de protección asistencial externo al sistema de Seguridad Social. Estos tres modelos principales de protección social de las situaciones de dependencia se corresponden, en cierta medida, con diversos modelos de Estado Social, formando parte esencial y constitutiva del mismo.

a) El Modelo de *protección universal no integrado en el Sistema de Seguridad Social* (aunque, como es sabido, cabría en hipótesis una protección universal integrada en el sistema). En este caso la cobertura de la dependencia no sería una extensión de la acción protectora del sistema institucional de Seguridad Social, a través de las prestaciones de servicios sociales y sanitarios existentes. La protección se hace extensiva a todos ciudadanos que presentan una pérdida de autonomía funcional en la realización de las actividades propias de la vida diaria, sin que sea preciso que el sujeto acredite una insuficiencia significativa de recursos económicos para tener acceso a la protección dispensada. Se basan en el principio de ciudadanía social, atribuyendo derechos sociales a las personas en situación de necesidad. Cuestión distinta es que el umbral de rentas pueda considerarse tan sólo a efectos del copago de ciertos servicios satisfechos¹⁰.

¹⁰ En tal sentido el mismo art. 33.2 LEPA, establece que la capacidad económica del beneficiario se tendrá en cuenta para determinar la cuantía de las prestaciones económicas. Por su parte el art. 14.7, dispone que “A los efectos de esta Ley, la capacidad económica se determinará, en la forma que reglamentariamente se establezca, a propuesta del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en atención a la renta y al patrimonio del solicitante. En la consideración del patrimonio se tendrán en cuenta la edad del beneficiario y el tipo de servicio que se presta y el coste del mismo. En verdad, será el desarrollo reglamentario el que concrete el tipo y coste de servicios donde efectivamente actuará el copago por parte del sujeto beneficiario. El copago suele ser una característica muy frecuente en la experiencia de los países europeos. En verdad, tanto los sistemas universales como los de seguro social son modelos “topados”, es decir, prestan servicios o conceden prestaciones monetarias que cubren no la totalidad, sino sólo una parte del coste de los cuidados de larga duración, por lo que el copago es un

En coherencia, la protección es financiada mediante impuestos generales, aunque se prevé la participación adicional del beneficiario en el pago de los servicios prestados, pero atendiendo al nivel de renta. Es el modelo típico de los países nórdicos y de de Holanda. Francia desde 2001 (Asignación Personalizada de Autonomía” (APA), regulada por la Ley 2001-647, de 20 de julio de 2001) sería un caso paradigmático de opción político-jurídica sobrevenida por este modelo.

Los modelos de protección universal atienden la dependencia como una extensión lógica de la concepción de que el Estado debe cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos por razones de ciudadanía social, de la misma forma que se atiende cualquier otra de las necesidades sanitarias o educativas. Este modelo tiene los siguientes rasgos comunes: a) Se basa en el principio de ciudadanía, de los derechos sociales, que garantiza una asistencia sanitaria y social universal y gratuita, que es financiada mediante ingresos generales. Este principio de ciudadanía se ha ampliado al ámbito de los servicios sociales, de suerte que éstos no tienen una naturaleza asistencial, sino universal, aunque los usuarios contribuyan a la financiación parcialmente, según sus niveles de renta. b) La protección a la dependencia es una extensión de las prestaciones y servicios sociales y sanitarios ya existentes, que se ha ido incorporando progresivamente a partir de los años setenta y ochenta del siglo XX, como consecuencia del envejecimiento de la población, en los países que disfrutaban de este sistema. c) La cobertura es universal, de modo que la prueba de recursos no existe, excepto para determinar la participación del beneficiario en el pago de los servicios en función del nivel de renta. d) Es un sistema fundamentalmente de prestación de servicios, ya que la tradición familiar de cuidados informales es menos intensa que en los modelos de los países del sur. e) Se trata de un modelo de servicios que, hasta muy recientemente, ha sido predominantemente público, pero que lentamente ha ido introduciendo también la prestación de servicios de tipo privado. f) La financiación es de carácter impositivo, compartida entre el Estado y las Administraciones Territoriales. g) Se trata de un modelo municipalizado (dimensión “local” de proximidad), en el que los municipios son los responsables de la prestación de servicios. h) Es un modelo de alto coste: de hecho, los países que han implantado este modelo, como son los países nórdicos, dedican a los cuidados de larga duración un porcentaje de gasto entre el 2,6 y 3% del PIB.

rasgo común, en mayor o menor medida, en todos los países. En nuestro modelo, la participación del beneficiario es tomada en consideración no tan sólo para la cofinanciación de los servicios, sino también, frente a lo que expresaba el Libro Blanco, para la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas.

b) El Modelo de *protección integrada en la Seguridad Social Clásica*. Se utilizan las técnicas protectoras de aseguramiento general disponibles por el sistema, dilatándolas y adaptándolas. La protección se configura como derecho subjetivo perfecto, y su financiación se lleva a cabo típicamente mediante cotizaciones en el ámbito contributivo, o alternativamente a través de impuestos, en el ámbito no contributivo. En la protección a través del Sistema de Seguridad Social se facilitan prestaciones que tienen su origen en cotizaciones previas. Es el modelo bismarckiano de los países centroeuropeos, vigente en Alemania, Austria y Luxemburgo. Alemania representa el paradigma, articulando la tutela protectora a través de la técnica del seguro de dependencia integrado en el Sistema de Seguridad Social. El seguro público de dependencia se configura, como da a entender ya su propia denominación, como una prestación de naturaleza contributiva dentro del ámbito contributivo de la Seguridad Social, financiada mediante cotizaciones, aunque en su gestión pueden participar tanto entes públicos como privados. Es una respuesta típica de los sistemas de tradición bismarckiana.

En este sistema de protección a través de la Seguridad Social Clásica, la protección se gestiona y financia en el marco del Sistema de Seguridad Social. Sus rasgos tipológicos generales son los siguientes: a) Todos los países que han optado por este modelo reconocen la naturaleza de derecho subjetivo de la protección por dependencia, independientemente de la situación económica, superando la tradición asistencialista y de responsabilidad de la familia en este ámbito. b) Este modo de aseguramiento público de la dependencia pretende cubrir las necesidades de servicios para la persona que en su momento puedan presentarse. La prestación puede servir para apoyar a la familia cuidadora o para sustituirla. c) Las situaciones de dependencia se evalúan en grados o niveles de gravedad, de los que se derivan prestaciones monetarias de diferente cuantía o servicios de distinta intensidad o duración. d) En general, en estos sistemas se da un amplio margen de elección a la persona dependiente o a su familia, que puede optar entre prestaciones monetarias y servicios. Esta libertad de elección, basada en el respeto a las tradiciones y preferencias familiares y culturales, no obsta para que se tienda a favorecer la prestación de servicios, bien sea duplicando la cuantía de éstos, cuando se recurre a entidades prestadoras en lugar de a la familia (Alemania), bien sea reduciendo la libertad de elección de la persona en situación de dependencia a medida que aumenta la gravedad de la dependencia, lo que pone de manifiesto la importancia que se da a que la atención más especializada sea cubierta por profesionales (Luxemburgo). e) Estos sistemas se financian fundamentalmente con cotizaciones a la Seguridad Social de los trabajadores en activo y en algunos países también con las de empresarios y de los propios pensionistas. También suele haber financiación vía impues-

tos, para cubrir las prestaciones no contributivas y/o equilibrar financieramente el Sistema. f) La gestión de las prestaciones económicas suele ser centralizada, mientras que la de los servicios está descentralizada en las Administraciones territoriales. g) Las prestaciones están topadas, cubren una parte importante del coste, aunque no en su totalidad, lo que obliga al beneficiario a participar en la financiación de los servicios. Ello tiene como finalidad no sólo contribuir a la financiación, sino también introducir un freno o contención del gasto. h) Se contemplan también ayudas al cuidador, tanto en excedencias del trabajo para los cuidadores informales, como en la cobertura de las cotizaciones, así como en el desarrollo de servicios de respiro y de apoyo para períodos de vacaciones o necesidades especiales.

c) El Modelo de protección *asistencial clásica*. Es fundamentalmente el modelo de los países del sur de Europa, y se ha dirigido principalmente a los ciudadanos carentes de recursos económicos. Este modelo asistencial público exige la prueba de necesidad, acreditando la inexistencia de recursos económicos de las personas dependientes, tiendo ello un efecto expulso de elevado número de personas dependientes (especialmente de las clases medias situadas por encima de los umbrales de ingresos establecidos). El régimen de financiación sería a través de impuestos. No obstante, conviene apuntar que la asistencia social a los sujetos dependientes podría ser en hipótesis interna (no contributiva y asistencial) o externa (organizada por las CC.AA.).

Este modelo es de cobertura limitada, destinado a satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos en situación de dependencia con insuficiencia de recursos económicos y, por tanto, de alcance y extensión también limitada. Sus características tipológicas básicas son las siguientes: a) Hay un fuerte peso tradicional de las organizaciones no lucrativas (entre ellas las religiosas), y donde el peso de la carga de los cuidados recae aún en la familia (las mujeres son más del 80% de la población cuidadora). Una mezcla de progresivo universalismo protector, familismo y asistencialismo, es la característica común a este grupo de países. b) Los cuidados de larga duración se dirigen a las personas con insuficiencia de recursos. Como consecuencia, existe un importante déficit de servicios, sobre todo de los comunitarios, y notables desequilibrios territoriales. c) Los países con este sistema presentan un importante retraso en comparación con la mayoría de los países con sistemas de protección universal, debido a la menor exigencia de gasto público. d) Este sistema de protección asistencial deja en una desprotección casi total a las clases medias, puesto que, por una parte, los requisitos de acceso sobre renta disponible les impide acceder a los servicios de provisión pública y, por otra, sus ingresos son insuficientes para pagarse, en el ámbito privado, esos mismos servicios, especialmente los de mayor coste, como son las plazas residenciales. e) Una creciente demanda social caracteriza a estos países, en

los que la gestión privada de los servicios prima sobre la pública. Por otra parte, la descentralización de los servicios sociales está dando lugar a un incremento de los desequilibrios territoriales en la extensión y calidad de los mismos. Los cambios sociodemográficos presionan por la superación de la protección asistencial actual a favor de modelos protectores de garantía de derechos. Sin embargo, las políticas de contención del gasto social, y la derivación de la responsabilidad desde el Estado a las CC.AA./Regionales y Municipios en materia de servicios sociales, están inhibiendo el desarrollo de políticas de Estado para la protección de las personas dependientes en aquellos países que todavía mantienen este sistema de protección social.

No obstante, cabe destacar que estos modelos no son estáticos, pues están en continuo movimiento de cambio y de adaptación al problema de base que tratan de abordar. No hay modelos puros; la mezcla de técnicas y enfoques domina la realidad en la conformación de los modelos de protección social. Así, la tendencia general dominante en los países de la Unión Europea, respecto la protección social de la dependencia, se orienta hacia modelos de naturaleza universal de carácter impositivo o de Seguridad Social, si bien son modelos topados, que prestan servicios o conceden prestaciones monetarias que cubren sólo una parte del coste de los cuidados de larga duración. La participación, en mayor o menor medida, de los usuarios en la financiación es una característica común de todos los países. Por otra parte, es innegable que el modelo asistencial estricto está en retroceso a favor de la universalización del derecho social, lo que comporta que el acceso a las prestaciones no depende de los recursos de la persona dependiente, sino de la necesidad sociosanitaria evaluada. La tendencia es hacia la cobertura universal. El asistencialismo clásico en este campo o ámbito de la protección de la dependencia está en retroceso a favor de la universalización del derecho social a la protección de las situaciones diversas, específicas, de dependencia. El criterio para ser beneficiario de la prestación social pública es la necesidad de cuidados. La prestación cubre una parte sustantiva del coste, siendo el beneficiario quien asume el resto.

La Ley 39/2006, se vence por el modelo universalista, de manera que uno de los principios inspiradores de la Ley es “la universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación, en los términos establecidos en la Ley” (art.3.b)). Toda persona necesitada en situación de dependencia tiene derecho a acceder a la protección pública dispensada, pero en los términos establecidos en la Ley (incluidas las exigencias de residencia y nacionalidad ex art.5 LEPA). Se reconoce un derecho social como derecho de ciudadanía, con base a un principio de universalidad que no se ve cuestionado por la exigencia del copago por parte del beneficiario, porque tan sólo se trata de

una modulación del derecho, que no tiene fuerza condicionamiento de su reconocimiento. Ese derecho se consagra expresamente en el art.1 de la Ley, a cuyo tenor “la presente Ley tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes, 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 español” (art.1.1). El derecho subjetivo de ciudadanía a la autonomía es un derecho a las prestaciones que en el fondo presenta una conexión funcional y dinámica con el conjunto de derechos fundamentales de la personas. Según el art.4.1 de la Ley “las personas en situación de dependencia tendrán derecho, con independencia del lugar del territorio del Estado español donde residan, a acceder, en condiciones de igualdad, a las prestaciones y servicios previstos en esta Ley, en los términos establecidos en la misma”. Las personas en situación de dependencia “disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente”, relacionando con carácter abierto y ejemplificativo los que se consideran más significativos (art.4.2 Ley). La preocupación es la de garantizar que las personas en situación de dependencia —que ex art.1.1 tienen reconocido ya un derecho subjetivo de ciudadanía a la protección dispensada— no encuentren ninguna merma en el disfrute de los derechos que les corresponden como personas. De este modo, las personas en situación de dependencia disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente” (art.4.2 LEPA). Incumbe a los poderes públicos una función promocional: adoptarán las medidas necesarias para promover y garantizar el respeto de los derechos de las personas en situación de dependencia, sin más limitaciones en su ejercicio que las directivamente derivadas de la falta de capacidad de obrar que determina su situación de dependencia (art.4.3). Con la LEPA se produce la transición de un modelo de asistencia social a otro modelo de carácter universal, en cuyo marco la protección social se garantiza a todas las personas en situación de dependencia, sin condicionamiento a la inexistencia de recursos económicos. El derecho subjetivo de ciudadanía a la protección se materializa a través de la creación legislativa del “Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia” (SAAD), con la implicación de las distintas Administraciones Pública y la garantía por parte de la Administración General del Estado de un contenido mínimo común necesario de derechos para todas las personas en situación de dependencia con independencia del lugar de residencia en Estado español.

La titularidad del derecho subjetivo a la protección por dependencia es universal, lo que no obsta que se encuentra condicionado a que se acredite la situación de dependencia, pues ésta constituye el presupuesto lógico-normativo para que se realice la cobertura que dispensa el derecho a la protección ante la actualización de dichas situaciones. De ahí que en la organización jurídica de la protección sea preciso distinguir dos fases entrelazadas: el reconocimiento de la situación de dependencia (art.28.2 LEPA; Cap. IV de la LEPA) y el reconocimiento en sí del derecho a la protección de la persona dependiente. Hay que tener en cuenta que el reconocimiento de la situación de dependencia no supone el acceso inmediato al derecho, como sería lo lógico atendiendo a la existencia de ese derecho subjetivo a la protección garantizado en el art.1.1 LAAD. Ello está motivado por el hecho de que la Comunidad Autónoma de residencia habitual de la persona dependiente realizará el reconocimiento en atención al régimen de cobertura legalmente existente. En tal sentido es relevante el orden de preferencia preordenado en la LEPA. En el año 2007 sólo serán beneficiarios del Sistema de Dependencia las personas que se encuentren en una situación de “gran dependencia” —Grado III, niveles 2 y 1—. En esa aplicación gradual, en los años siguientes se atenderá progresivamente a los demás casos (DF.1.ª LEPA, “Aplicación progresiva de la Ley”). En dicha Disp. Final se establece que “la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia incluidas en la presente Ley se ejercitará progresivamente, de modo gradual y se realizará de acuerdo con” el calendario que establece legalmente en la misma. Se arguye que es el alto coste y la gran complejidad de este Sistema de protección social el que ha determinado la vigencia gradual o escalonada. Es así que las personas a las que se les haya reconocida la situación de dependencia no verán satisfecho su derecho hasta la fecha de inicio de su año de implantación correspondiente. En todo caso, se atribuye a la competencia autonómica establecer en atención a la graduación legal los derechos de prestaciones como centro residencial, teleasistencia, ayuda a domicilio y centros de día o de estancia temporal. Por otra parte, interesa recordar que el mismo grado o nivel de dependencia como las prestaciones correspondientes puede ser objeto de modificación o revisión¹¹.

Con todo, el art. 1.1 LEPA garantiza un derecho subjetivo de ciudadanía a la protección por dependencia. Es un derecho de ciudadanía social, y

¹¹ VV.AA.: MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.ª N., MALDONADO MOLINA, J.A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.ª: *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudios sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Ed. Comares, Granada, 2007, pp. 225-226.

como todos los de esta clase supone un status jurídico que se concede a los miembros de pleno derecho de una sociedad, de manera que sus beneficiarios son iguales respecto a los derechos y obligaciones que implica (Marshall, 1998, p. 37). Se confiere un estatus legal de la persona integrado por el derecho subjetivo a la protección. Se trata, como todos los derechos sociales, de un *derecho de desmercantilización* de los modos de satisfacción de ciertas necesidades. El concepto de desmercantilización es la base de la ciudadanía social (Monereo, 1995, pp. 7 a 46, 1996, cap. II, pp. 45 y sigs., cap. III, pp. 159 ss). El concepto de ciudadanía social se concibe en sentido jurídico y político como un conjunto de pretensiones y expectativas que cada ciudadano en cuanto tal (con proyección universalista) expresa frente al Estado (o, más ampliamente, al poder público) para obtener la garantía de seguridad necesarias, en la vida y en el trabajo; y todo ello a fin de dar contenido de dignidad a la existencia individual. En esta perspectiva, los derechos sociales son derechos básicos de la persona y en cuanto tales quedan equiparados a los tradicionales derechos civiles y políticos. Tales derechos comprenden un conjunto de posiciones activas de ventaja y de medidas de política pública que neutraliza las desigualdades generadas por el mercado, que es una instancia provisora del bienestar insuficiente para la satisfacción generalizada de las necesidades humanas fundamentales. El derecho subjetivo a la protección por dependencia se inserta en la ciudadanía social. Esta ciudadanía social adquiere una configuración dual: desde el punto de vista “formal”, la ciudadanía hace referencia a la condición de miembro de una determinada comunidad política; desde el punto de vista “sustancial”, la ciudadanía remite a la atribución al ciudadano de un conjunto de derechos reconocidos por el Estado. La ciudadanía social está vinculada al principio de igualdad sustancial representando un límite al mercado en aras de la realización de la justicia social (Monereo, 1996, pp. 159-160).

No es baladí hacer notar que en la fórmula recogida en el art.41 CE parece tener acogida una concepción desarrollista o institucional del bienestar que ha de procurar el sistema de Seguridad Social, abarcando un compromiso institucionalizado de protección encaminado a la efectiva (plena) satisfacción de las necesidades objeto de cobertura pública y a la autorrealización del individuo. Efectivamente, conforme a dicho precepto constitucional “los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para *todos* los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad...”. El precepto constitucional exige la garantía de prestaciones adecuadas que en cuanto tales vayan más allá del mero sostenimiento de una renta de subsistencia. No se olvide que esta norma se inserta dentro del grupo de normas constitucionales que aseguran un status jurídico material del ciudadano en el más amplio sentido. El derecho a la Seguridad

Social en cuanto derecho de ciudadanía social, comporta, como todos los derechos de este género, una cierta desmercantilización de la posición de los individuos respecto al mercado, en el sentido de que su bienestar no dependa enteramente o de forma principal del mercado. En efecto, la desmercantilización se produce —al menos en términos relativos— cuando el poder público presta un servicio para la satisfacción de necesidades sociales como un a cuestión de derecho y cuando una persona tiene garantizada su supervivencia sin depender del mercado. El derecho a la prestación estatal es un tipo de pretensión atribuido al individuo para garantizarle un bien concreto bajo la forma de recursos y oportunidades de actuación. Desde esta perspectiva el requisito de suficiencia de la prestación pública debe conducir a que la Seguridad Social conceda prestaciones económicas que produzcan una desmercantilización importante, en el sentido de que permitan efectivamente liberar sustancialmente a los individuos de su dependencia del mercado¹².

El derecho subjetivo de ciudadanía ex art.1.1 LEPA implica todo eso, y así el reconocimiento del derecho del ciudadano dependiente a un nivel mínimo de vida digna, esto es, de vida civilizada. No existen razones impeditivas para no configurar los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos, lo que ocurre es que se insertan en una revisión de la categoría técnica de derecho subjetivo. Así se ha señalado que un derecho subjetivo es la posición normativa de un sujeto para la que es posible dar razones válidas (derecho *prima facie*) y suficientes (derecho definitivo abstracto), y cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente al sujeto (derecho definitivo concreto)¹³. Una de las ideas-fuerza fundamentales del proceso de constitucionalización reforzado a partir de la segunda postguerra mundial ha sido la tendencia a reconocer la universalidad de los derechos humanos, superando su mera condición de derechos de “ciudadanía” estricta¹⁴, mediante su

¹² MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía...op. cit.*, pp. 164-165.

¹³ Cfr. ARANGO, R.: *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis Editores-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005, cap.I (“Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos”). Para Arango los derechos subjetivos pueden concebirse como posiciones jurídicas cuyo no reconocimiento le ocasiona a su titular un daño inminente sin justificación jurídica. Las posiciones jurídicas son condiciones necesarias para los derechos subjetivos. La norma jurídica y la obligación jurídica no son características suficientes de la noción de derecho subjetivo. Los derechos fundamentales son derechos subjetivos con alto grado de importancia y carácter positivo general. No hay dificultades insalvables en esa construcción. No obstante, es preciso siempre hacer distinciones entre los diversos derechos sociales fundamentales, dados sus distintos contenidos y alcances (pp. 56-57).

¹⁴ En la lógica de la defensa de la universalidad de los derechos, se ha aportado una definición formal o estructural de derechos fundamentales como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derechos subjetivo

atribución a la persona. El proceso vendría marcado por el desplazamiento de los derechos del ciudadano a los derechos de la persona¹⁵. Sin embargo, el proceso es incompleto, en la medida en que quedan condicionados por los sistemas estatales y la demarcación de sus fronteras. Es decir, estamos ante los derechos de ciudadanía entendida ésta como el “estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad” política¹⁶. La propuesta alternativa desde el garantismo jurídico ha sido la de recuperar el aliento *universalista* en una refundación del Derecho internacional. Ese carácter incompleto e imperfecto se manifiesta en el mismo derecho subjetivo de ciudadanía social ex art.1.1 LEPA, que no obstante afirmar su universalidad limita el ámbito subjetivo a los ciudadanos españoles.

2. LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA Y EL “ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES” COMO COMPLEMENTO DEL ENFOQUE DE LOS DERECHOS

2.1. LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA COMO HECHO SOCIAL ESPECÍFICO. IDENTIFICACIÓN LEGAL DE LA SITUACIÓN PROTEGIDA

El objeto de la Ley es “regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes, 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).

cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”. Cfr. FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p.37. Es verdad que la experiencia histórica pone de manifiesto ciertas aporías de un discurso universalista, pues no son pocas las culturas que cuestionarían algunos de ellos. No obstante, tras la refundación del sistema internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial inició un proyecto constituyente en el marco de la ONU que confiere un alto grado de legitimidad político-jurídica a las grandes Declaraciones y Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

¹⁵ FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías... op. cit.*, pp.97 y ss.

¹⁶ Véase MARSHALL, T.H.: “Ciudadanía y clase social (1950)”, en MARSHALL, T.H. y BOTTOMORE, T.: *Ciudadanía y clase social*, trad. P. Linares, Alianza, Madrid, 1998.

Se ha acogido, en efecto, de entre los modelos comparados, un esquema de protección con una doble característica: por un lado, la cobertura universal de la dependencia desvinculada de la actividad profesional del beneficiario (en contraste con los regímenes bismarckianos o de seguridad social en sentido estricto), y del umbral de pobreza propio del modelo asistencial que exige el requisito de límite de rentas de la persona dependiente para el acceso a la protección; y por otro lado, la financiación vía impositiva (no contributiva) asumida conjuntamente por el Estado y las Administraciones Territoriales, junto a las aportaciones de los beneficiarios (copago).

Importa señalar que en el sistema legal se consagra el “derecho subjetivo de ciudadanía” a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. De manera que acreditada la situación de necesidad el sujeto protegido ostenta el derecho a una protección pública, en los términos legalmente establecidos. Es un derecho social universalista (“para todos los ciudadanos”, dice ya el art. 1; y el art. 3 consagra como principios inspirados de la Ley “el carácter público de las prestaciones del Sistema para la autonomía y atención a la dependencia” y la “universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación, en los términos establecidos en esta Ley”). El que no estemos ante un simple interés jurídicamente protegido, se manifiesta no sólo en esta formulación legal del derecho, sino también en la no sujeción del derecho a las prestaciones a la prueba de necesidad del sujeto afectado, ni tampoco a límites de recursos públicos disponibles. El SND es el marco institucional predispuesto para la garantía de los derechos subjetivos a las prestaciones públicas.

Ahora bien, a pesar de ello las aporías existen, porque aunque la LEPA pretende expresamente crear un derecho subjetivo universal, pero luego remite a los desarrollos por normas reglamentarias, en buena parte ya aprobadas —RD 614/2007, de 11 de mayo, sobre nivel mínimo de protección del SAAD garantizado por la Administración General del Estado —AGE; RD 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y cuantía de las prestaciones económicas de la LEPA—, su concreción. Asimismo, afirma crear un nuevo Sistema de Protección Social, el Sistema “Nacional” de Atención a la Autonomía de las Personas Dependientes —la versión final ha excluido, por razones políticas no técnicas, el adjetivo “nacional”, de ahí que lo designe con la fórmula abreviada SAAD; no obstante sigue siendo preferible técnicamente llamar a las cosas por su nombre, más allá de la omisión en la versión definitiva de la LEPA, y se identificará como “SNAD” (Sistema Nacional Atención a la Dependencia)—. Interesa matizar que el sistema creado no es absolutamente nuevo, sino que más bien supone un intento de racionalización y “nacio-

nalización” como Sistema de ámbito nacional y también un significativo esfuerzo financiero por parte de la AGE, y de futuro también de las CC.AA., por impulsar y perfeccionar la referida RED Autónoma de Servicios Sociales, por tanto ya creada. Por otra parte, pretende conceder un marcado protagonismo a las CC.AA., y así es por lo general, pero en parcelas vitales, como el compromiso financiero que aquéllas tendrán que llevar a cabo cuando el SNAD sí sea una “realidad”, más allá del actual papel oficial del BOE, no les deja margen de decisión, salvo en el tercer nivel “libre”.

El Consejo de Europa en su Recomendación núm. (98) del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la dependencia (Adoptada por el Comité de Ministros el 18 de septiembre de 1998, en la 641.^a reunión de Delegados de Ministros), define la dependencia considerando que “son personas dependientes quienes, por razones ligadas a la falta o a la pérdida de capacidad física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de una asistencia y/o ayuda importante para la realización de las actividades de la vida diaria”. La definición de dependencia acuñada para ofrecer protección en este ámbito de estudio es de carácter funcional, entendiendo por la misma lo dispuesto en 1998 por el Consejo de Europa: “La dependencia es un estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria. La dependencia puede afectar a cualquier sector de la población y no sólo a las personas mayores. Si bien es cierto que la dependencia tiende a aumentar con la edad, y que la vejez se caracteriza por aparecer frecuentemente asociada con múltiples problemas de salud, la edad no es el único criterio acerca de este estado” (Recomendación núm. 98, 9 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la dependencia). Dicha definición exige la concurrencia de tres factores para que se pueda hablar de una situación de dependencia en sentido técnico: en primer lugar, la existencia de una limitación física, psíquica o intelectual que merma determinadas capacidades de la persona; en segundo lugar, la incapacidad de la persona para realizar por sí misma las actividades de la vida diaria; y, por último, la necesidad de asistencia o cuidados por parte de un tercero. Aunque la dependencia, en términos generales, aparece como un problema estrechamente vinculado al envejecimiento demográfico, no se puede considerar que sea un fenómeno que afecte exclusivamente a las personas mayores. Es lo cierto que las situaciones de dependencia recurren toda la estructura de la población, de manera que no se puede circunscribir por ello el fenómeno de la dependencia al colectivo de las personas mayores, aun cuando sean éstas las que con más intensidad se ven afectadas. Puede aparecer desde el nacimiento, desencadenándose a consecuencia de un accidente o de una enfermedad aguda en la infancia, la juven-

tud o la vida adulta o, más a menudo, ir apareciendo a medida que las personas envejecen, como consecuencia de enfermedades crónicas o como reflejo de una pérdida general en las funciones fisiológicas, atribuible al proceso global de senescencia. La dependencia puede también no aparecer, y de hecho en muchos casos no aparece aunque la persona haya alcanzado una edad muy avanzada. Existen una serie de variables de tipo social y ambiental (además de los factores genéricos) que condicionan la aparición y el desarrollo de los desencadenantes de la dependencia, en las que los individuos difieren entre sí. Ahora bien, el proceso acelerado de envejecimiento de nuestra población (que lo es en general de los países de la Unión Europea) está confiando una dimensión nueva, y más preocupante, al problema social, tanto cuantitativa como cualitativamente, al coincidir con cambios profundos en la estructura social de la familia y de la población cuidadora. La necesidad de asistencia y/o cuidado social de las situaciones de dependencia ha existido siempre; lo que ha cambiado es su dimensión (debido ante todo al crecimiento del número y de la proporción de las personas mayores), su importancia social (deja de percibirse como un problema solamente individual o familiar para pasar a percibirse como un problema que afecta a la sociedad en su conjunto) y su naturaleza (en tanto que supone una redelimitación de los objetivos y funciones del Estado Social e implica nuevos compromisos de protección y financiación). Es así que la dependencia se convierte en una carga que es a la vez social y familiar, y al propio tiempo abre un nuevo ámbito de intervención social que pone a prueba la capacidad de la sociedad y de sus instituciones para adaptarse a las nuevas realidades de fragilidad y vulnerabilidad social. Se puede comprender que la demanda de cuidados para personas dependientes se ha incrementado en la última década, e irá a más como consecuencia de la combinación de factores de carácter demográfico, médico y social. La dependencia supone, pues, un reto para los sistemas sanitarios y de servicios sociales, que tienen que afrontar nuevas necesidades y demandas sociales en un contexto contradictorio de presiones políticas y económicas a favor de la contención del gasto social en general y del sanitario en particular y, al mismo tiempo, de nuevas demandas sociales a favor de una extensión de la protección social a las necesidades de ayuda personal que reclaman los ciudadanos, y sus cuidadores, para afrontar las diversas situaciones de dependencia (“Libro Blanco”, 2005).

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) la define como la “restricción o ausencia de capacidad de realizar alguna de las actividades en la forma o dentro del margen que se considera normal”. En estas definiciones se aprecia siempre la coexistencia de dos factores: el factor causal (o causa determinante de la situación de dependencia) y el factor funcional (o situación de necesidad generada).

La Ley 39/2006 no contiene un apartado específico que acote con precisión la situación protegida, pero hay dos preceptos que cumplen esa finalidad. El primero, ya aludido, que determina el “objeto de la Ley” (art. 1) y especialmente en sede de definición instrumental a efectos de la aplicación de la Ley. En tal sentido, la delimitación legal de la situación protegida se articula esencialmente a través de la determinación legal de cuatro nociones legales interdependientes: “Autonomía”, “Dependencia”, “Actividades Básicas de la Vida Diaria (ABVD)” y “Necesidades de apoyo para la autonomía personal”. La noción de “Autonomía” remite en el sistema legal a “la capacidad percibida de controlar, afrontar y tomar decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias” (art. 2.1). La capacidad de autogobierno sobre la propia vida constituye el núcleo del concepto de autonomía; su pérdida o merma significativa genera el derecho social a la protección por dependencia. Se reconoce, pues, ese ámbito de autonomía como componente de un derecho social enunciado explícitamente como tal en el art. 1.

En coherencia, la “Dependencia” es definida como “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria” (art. 2.2). De este modo, nuestro modelo legal parece inclinarse hacia una noción amplia e integradora de la dependencia. La definición legal de la dependencia se formula, pues, con base a tres elementos caracterizadores: a) se trata de un estado de carácter permanente (o presumiblemente permanente desde el punto de vista técnico) en que se encuentra la persona. b) Las razones objetivas determinantes (derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad) vinculadas a la falta o pérdida de autonomía (física, mental, intelectual o sensorial), y, por último, c) La necesidad de atención o ayuda importantes de tercero para llevar a cabo las actividades básicas de la vida diaria. La situación de dependencia *supone un déficit de capacidades o de funcionamiento* (discapacidad, o pérdida o disfunción fisiológica o mental), que son necesarias para el desarrollo de una vida digna.

Por último, las necesidades de apoyo para la autonomía personal son delimitadas indicando que son aquellas “que requieren las personas que tienen discapacidad intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad” (art. 2.4). La intervención de tercero auxiliar se constituye en un elemento constitutivo de la situación protegida. Así, el concepto es homologable a la formulación aportada por los organismos internacionales que se ocupada de esta nueva vertiente de la cuestión social de nuestro tiempo. La dependencia es tratada

(“captada”) como una “necesidad social” y políticamente relevante, es objeto de “socialización” para su cobertura pública. La dependencia como situación de necesidad específica, no indiferenciada, sino diferenciada para su tratamiento integral, se configura jurídicamente como un derecho (como derecho subjetivo público, y con mayor eficiencia en el nivel “mínimo” común de la protección que corresponde garantizar directa e inmediatamente al Estado).

La dependencia personal no es desde luego un fenómeno nuevo, pero sí lo son las circunstancias demográficas y sociales cuya incidencia directa la elevan al rango de “riesgo social” emergente en todos los países desarrollados. La calificación de la dependencia como riesgo social viene dada, por un lado, por su generalización debida al envejecimiento progresivo de la población, consecuencia de las bajas tasas de natalidad y de la mejora de las expectativas de vida de los ancianos a consecuencia de los avances médicos; por otro lado, a resultas de la estructura compleja de la necesidad a satisfacer y, por ende, de la complejidad de las técnicas de tutela (sistema prestacional); en tercer lugar, en base a la ruptura del modelo tradicional de cuidados de larga duración —cuidados familiares o informales— fruto de cambios socioculturales de calado incidentes: la evolución de la estructura familiar tradicional con la irrupción de nuevas formas de familia; el cambio del rol tradicional de la mujer que, a base de su progresiva inserción en el mercado de trabajo, debe abandonar en muchos casos su papel de “cuidadora informal” o, en otros, simultanearlo con sus obligaciones profesionales; y, por último, por la incapacidad del sujeto afectado de subvenir por sus propios medios su situación de necesidad, surgiendo, así, un interés público en su atención.

La conjunción de esa pluralidad de factores, amén de la fragmentación, parcialidad e insuficiencia de las políticas de servicios sociales o, dicho de otro modo, del sistema de apoyo formal o “institucionalizado”, define un escenario en el que la dependencia se presenta como un riesgo social emergente o, mejor, como una nueva situación de necesidad que reclama una respuesta garantista global e integrada por parte de los poderes públicos, mediante su inclusión global y sistemática en el ámbito objetivo de cobertura de nuestro sistema de protección social. Necesidad social emergente, pues, que junto al denunciado retroceso en la intensidad de la cobertura económica del sistema de Seguridad Social, constituyen dos hechos que determinan que en el ámbito de la protección social adquiere un papel creciente los regímenes universalistas y asistencialistas respecto a las personas de edad avanzada.

Respecto a la noción de dependencia, se trata de un concepto abierto, como se indicó, tanto en su vertiente objetiva (tipología e intensidad de las

necesidades a atender y de los cuidados a procurar), cuanto en el plano subjetivo, esto es, en lo que respecta a la identificación de la persona dependiente y, en particular, en lo atinente a la causa de su falta o pérdida de autonomía. Desde esta última perspectiva, puede hablarse de un concepto estricto de dependencia que entronca exclusivamente con patologías propias de la edad avanzada, frente a un concepto lato, cuyo eje es la carencia de autonomía y la necesidad de una tercera persona para la realización de los actos básicos de la vida diaria (ABVD), con independencia de las circunstancias causantes de las limitaciones de la autonomía (edad, discapacidad, enfermedad crónica o accidente) y de las patologías (físicas, psíquicas, intelectuales o sensoriales) que la identifiquen, que es, precisamente, el auspiciado por el Consejo de Europa (Recomendación (98) 9 de 18 de septiembre 1998) y el que goza, además, de amplio consenso nacional e internacional. En el sistema legal se definen las Actividades Básicas de la Vida Diaria (ABVD), como aquellas tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas (art. 2.3 LEPA). Por su parte, las necesidades de apoyo para la autonomía personal remiten a las que requieren las personas que tiene discapacidad intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad (art. 2.4 LEPA).

2.2. EL “ENFOQUE DE LAS CAPACIDADES” COMO COMPLEMENTO DEL ENFOQUE DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS SOCIALES DE CIUDADANÍA SOCIAL

En la remoción de estas desigualdades no quedaría al margen el problema del poder; la apuesta tiene que ser decididamente una estrategia de poderes y de derechos, y, en otra perspectiva, una estrategia *complementaria* de “capacidades” de realización del ser humano, y que deben ser impulsadas, promovidas y potenciadas institucionalmente, a fin de remover todos los obstáculos que impidan la libertad y el libre desarrollo de la personalidad humana¹⁷. De este modo, la *universalidad actúa sobre las necesidades específi-*

¹⁷ NUSSBAUM, Martha C.: “Los sentimientos morales y el enfoque de las *capacidades*”, en *Claves de Razón Práctica*, n.º 169, 2007, pp. 28-35; ID.: *Capacidades como titulaciones fundamentales: Sen y la justicia social*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005; ID.: *Los derechos en conflicto*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá, 2005; ID.: *Women and Human Development. The Capabilities Approach*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000; ID.: *Las mujeres y el desarrollo humano: un enfo-*

cas, concretas, de los seres humanos. Es significativo que la delimitación del concepto de capacidades haya sido utilizado para referir a las posibilidades reales de llevar a cabo una vida humana digna, en plena disposición de libertades sustanciales, y de participar activamente en las actividades sociales y políticas. Desde esa perspectiva, las situaciones de dependencia, de pobreza y de exclusión social supondrían una privación material de las “capacidades” de las personas. El enfoque de las capacidades se basa en una visión universalista de las funciones centrales de la persona, de manera que una de las tareas prioritarias ha de ser defender este tipo de universalismo como una base válida con la cual afrontar los problemas de las personas vulnerables, dependientes y discapacitados en el mundo tanto desarrollado como subdesarrollado, con las lógicas diferencias específicas existente entre ellos. La meta ha de ser el aportar los fundamentos para una visión de los principios constitucionales básicos que deben ser respetados e implementados por los gobiernos de todas las naciones como un mínimo exigido por el respeto a la dignidad humana. La mejor aproximación a esta idea de un mínimo social básico proviene de un enfoque centrado en las *capacidades humanas*, es decir, en aquello que la gente es realmente capaz de hacer y de ser, de acuerdo a una idea intuitiva de la vida que corresponda a la dignidad del ser humano. De ahí que considera necesario identificar una lista de capacidades básicas centrales. Las capacidades pueden ser objeto de un “consenso traslapado” entre personas que, de otro modo, asumen concepciones comprensivas muy distintas acerca del bien. Esas capacidades han de procurarse para todas y cada una de las personas, tratando a cada persona como fin y no como un simple instrumento para los fines de otros. Este enfoque de capacidades facilita adicionalmente las comparaciones de calidad de vida entre las personas de distintos países. Se subraya la potencialidad universalizante de este enfoque, pues las capacidades son relevantes para todos y cada uno de los individuos, en todos los Estados, y cada uno ha de ser tratado como un fin y no

que de las capacidades, Herder, Barcelona, 2002. Nussbaum ofrece un enfoque radicalmente nuevo sobre cómo debe comprenderse la calidad de vida y sobre cuál ha de ser el umbral mínimo que los gobiernos deben asegurar a sus ciudadanos y ciudadanas para que puedan desarrollar sus *capacidades* como seres humanos. Se propone ofrecer un esquema de acción de valor universal, aplicable dondequiera que se de una situación de desigualdad y de injusticia. En la mayor parte de la población del mundo, los pobres, excluidos, dependientes y mujeres, carecen de lo más elemental para el desarrollo de una vida humana. Reciben una alimentación deficiente, tienen una salud más precaria que ellos y son también más vulnerables a la violencia y la lesión de sus derechos. En muchos países, las personas necesitadas, con déficit de capacidad, no pueden tampoco participar en la vida política ni tienen los mismos derechos y libertades que las demás personas. Estos y otros obstáculos y privaciones impiden que tales personas puedan desarrollar sus *capacidades* humanas —cognitivas, emocionales, imaginativas— en la misma medida que el resto de las personas.

como un instrumento¹⁸. Este enfoque —que incluye la perspectiva de género— ha tenido un respaldo e influencia a través del *Informe sobre desarrollo humano*, del Programa de las Naciones Unidas por el Desarrollo (NUD); informes realizados a partir del año 1993.

El liberalismo político-social de Nussbaum va más allá del principio de justicia de John Rawls, al entender que no resulta suficiente la distribución de bienes básicos apostando por un criterio de justicia social centrado en las capacidades básicas que cada persona ha de desplegar para realizarse como persona y tener una vida en la sociedad. Defiende una particular forma de liberalismo, el cual se apoya en ideas de mutuo respeto y valor igualitario¹⁹. Las personas tienen que tener una verdadera oportunidad de desarrollo de su personalidad. Dado que esto no obedece a una “estado natural”, sino a disfuncionalidades o fallas en la construcción social de la realidad, Nussbaum considera que el orden social tiene que garantizar un mínimo de capacidades de las personas para su autorrealización²⁰. El hacer residir la idea de justicia social en las “capacidades” facilita la atribución del carácter universal de su apreciación y las propuestas de intervención pública para su garantía. Dentro de la tendencia a la universalidad en el momento de determinar las políticas públicas es necesario valorar esas capacidades de los individuos y listarlas dinámicamente —así, pues, con las correspondientes actualizaciones— para que la sociedad organizada la tome en consideración. Un Estado democrático —liberal, en su percepción sociopolítica— debería estar basado en el reconocimiento de una lista de capacidades humanas centrales²¹ que están ligadas a la idea de la vida con dignidad humana, aunque rechaza

¹⁸ NUSSBAUM, M.C.: *Las mujeres y el desarrollo humano*, op.cit., espec., pp. 31 y ss.

¹⁹ NUSSBAUM, M.C.: *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y Ley*, Katz editores, Buenos Aires, 2006, espec., cap. VII (“Cómo lograr un liberalismo sin ocultamiento”), pp. 365 y ss., en particular p. 376.

²⁰ Es importante verificar la idea de capacidades, así como de los derechos para garantizar al individuo la autorrealización personal. En este sentido es relevante, la idea de autorrealización y la jerarquía de las necesidades individualizadas desde la propuesta de una psicología humanista, por MASLOW, A., *Motivación y personalidad*, Sagitario, Barcelona, 1975; ID., *La personalidad creadora*, Kairós, Barcelona, 2001, ID., *El hombre autorrealizado: hacia una psicología del ser*, Kairós, Barcelona, 1989, y de la conceptualización de las necesidades de GOUGH, I. y DOYAL, L.: *Teoría de las de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona, 1994, a las cuales se aludirá de inmediato. Sobre la base de la teoría de las necesidades sociales, operando sobre la visión antropológica de la autorrealización de la persona y su calidad de vida, como base de un sociedad del bienestar, véase al respecto la exposición de MONEREO PÉREZ, J.L., *Derechos sociales de la ciudadanía...op. cit.*, CES, Madrid, 1996.

²¹ NUSSBAUM identifica un conjunto interdependiente de capacidades humanas centrales para el funcionamiento humano, relativos a la vida, salud corporal, integridad corporal, sentidos, imaginación y pensamiento, razón práctica, afiliación y sociabilidad, juego, y con-

ciertas propuestas de atribución de un rol paternalista en la política pública. El Estado Social admite la vida y la salud como bienes básicos respecto de cuya importancia pueden acordar todos los ciudadanos. Para Nussbaum el objeto apropiado de la acción política es la “capacidad”, esto es, la posibilidad efectiva de escoger y no la “funcionalidad”, pues una vez que el escenario está construido completamente, en áreas que van desde la vida y la salud hasta la participación política, la opción de funcionar o no funcionar se ha de encomendar a las personas. Precisamente uno de los factores determinantes de las situaciones de dependencia —en su amplia variedad morfológica— reside en la existencia de un déficit en el funcionamiento, entendido como la pérdida o disfuncionalidad grave de una parte del cuerpo, o de una función biológica o mental²². No obstante, el énfasis de estas teorías de los derechos en la igualdad y la independencia, y en las ventajas mutuas como objetivo del conjunto social, propicia el estigma. Es lo cierto que al representar al individuo paradigmático como un adulto independiente y a todos los adultos con análogas capacidades, dichas visiones pueden alentar la estigmatización de las personas discapacitadas o dependientes de modos asimétricos, ya sea durante una etapa de sus vidas o a lo largo de éstas. Los principios políticos más básicos de la sociedad no consideran tales necesidades asimétricas y estas teorías tampoco alientan la idea de que las personas que tienen esas necesidades pueden ocupar un lugar como ciudadanas merecedoras del mismo respeto. Hay que interrogarse sobre cómo hacer extensible la igualdad de derecho a personas con mayor fragilidad o vulnerabilidad en la estructura social; y cuando se trata de hacer que las condiciones de vida dignas y justas sean realmente para todos en una dimensión universalista digna del ser humano; y, en fin, respecto al trato que se ha de otorgar a los demás seres vivos desde un enfoque de justicia (cfr. art. 4 LEPA).

El enfoque de las capacidades representa una teoría no contractualista de la protección social, cimentada en la idea de cooperación social y del obligado respeto a la dignidad de los individuos. En esa perspectiva, se parte de la premisa de que el enfoque de las capacidades es una teoría acerca de los derechos básicos, no una doctrina moral comprensiva. Ni pretende ser una teoría política completa, sino que se limita a reespecificar ciertas condiciones necesarias para que una sociedad sea mínimamente justa, en la forma de un conjunto de *derechos fundamentales para todos los ciudadanos, para todas las personas*. No garantizar tales derechos a los individuos supone en sí una

trol del propio entorno. Cfr. NUSSBAUM, M.C., *Las mujeres y el desarrollo humano*, op. cit., pp. 110 y ss.

²² Véase la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la Organización Mundial de la Salud (OMS), 2001.

violación grave de la justicia básica, ya que se pretenden implícitos en las nociones de dignidad humana y de una vida conforme a la dignidad humana. Un modo de entender la lista de capacidades es como una lista de *garantías constitucionales*, similar a la sección de Derechos Fundamentales de algunas constituciones nacionales, o a la Carta de Derechos. Dichos derechos deberían implantados después través de la acción legislativa y judicial. Desde ese punto de vista, se realza que la lista de capacidades parte de una idea intuitiva, a saber: la idea de dignidad humana, que tiene ya un lugar básico en el sistema constitucional de muchos países del mundo. Esta noción tiene una larga historia de interpretación judicial, de manera que se puede evaluar su potencial práctico verificando lo que ha realizado con ella la jurisprudencia creativa en varios ámbitos de la vida humana²³.

Con todo, el enfoque de las capacidades parte de una concepción política del ser humano y de la idea de una vida conforme con la dignidad humana. Dicho enfoque hace suya una noción de la especie y de las actividades características de la especie²⁴. De ello resulta que las políticas públicas han de organizar todo un sistema de tutela jurídica e institucional coherente. En este enfoque de las capacidades debe afirmarse el principio básico de que cada persona es un fin en sí mismo. Así, el sujeto primario de la justicia política es el individuo, no el grupo, y una política que encaminada a mejorar la situación del grupo tendrá que ser rechazada si no fomenta las capacidades básicas de todos y cada uno de los individuos. Ahora bien, el enfoque de las capacidades critica determinadas corrientes dentro de esa tradición liberal por entender que no prestan suficiente atención a las condiciones materiales e institucionales de la libertad²⁵. El enfoque de las capacidades permite conferir a todas las personas las opciones de vida básicas. Este enfoque afirma que un mundo donde los individuos disponen todas las capacidades de la lista es un mundo que cumple unas condiciones mínimas de justicia y decencia. Se imponen principios e instituciones que garanticen que todos los seres humanos posean las capacidades de la lista, o puedan reclamarlas de forma efectiva si no es así. De este modo, mantiene una estrecha relación con el diseño institucional y constitucional. Lo que hay que determinar es lo que las personas tienen derecho a recibir, antes incluso de que podamos decir sobre quién recaen los deberes correspondientes. Esta

²³ NUSSBAUM, M.C.: *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2007, cap. III (marcando distancias con el contractualismo social en atención a las capacidades y discapacidades humanas), p.162. Sobre el listado de necesidades, *Ibid.*, pp. 174 y ss.

²⁴ NUSSBAUM, M.C.: *Las fronteras de la justicia*, *op. cit.*, p. 185.

²⁵ NUSSBAUM, M.C.: *Las fronteras de la justicia*, *op. cit.*, pp. 198 y ss.

reflexión conducirá a la conclusión de que dichos deberes existen, y que existe un ámbito de obligación colectiva a garantizar que los individuos reciban lo que es debido. El enfoque de las capacidades parte de los derechos²⁶. La justicia exige la satisfacción de ciertos bienes básicos en la vida de los seres humanos, debiéndose distribuir de tal modo que los bienes esenciales o primarios (Rawls) estén a disposición de todas las personas. Los individuos tienen que tener esos medios para el desarrollo de su dignidad, esto es, para llevar una vida acorde con la dignidad humana. Todas las personas tienen un derecho en justicia a un mínimo de cada uno de los bienes centrales de la lista de las capacidades identificadas. Si esto es así, si las personas tienen esta clase de derechos, de ello deriva la existencia de una obligación colectiva de proveer a todos los individuos del mundo con aquello que necesitan. El mundo sólo será mínimamente justo y decente si se garantiza el conjunto de capacidades básicas a todas las personas del mundo, hasta un umbral adecuado. Este enfoque es pragmático al respecto, pues la perspectiva de las capacidades se orienta eminente al “resultado”, toda vez que trata de medir la justicia o la justicia parcial mínima, en términos de la capacidad de un Estado para garantizar a los individuos una lista de capacidades básicas. Este enfoque supera la idea dominante de un desarrollo meramente nominal: el método dominante para evaluar el bienestar o la calidad de vida en un Estado es analizar simplemente el PIB per cápita. Este criterio tenía el inconveniente de que no tenía en cuenta la distribución y premiaba a los Estados por su crecimiento, aunque contuvieran grandes índices de pobreza y altos niveles de desigualdad²⁷.

El enfoque de las capacidades —tanto en la concepción de NUSSBAUM, como incluso en la de Amartya Sen— tiene la virtualidad, acaso, de evitar el riesgo de análisis excesivamente formalistas en relación a la universalidad de los derechos humanos; análisis desprovistos de la toma en consideración de las condiciones sociales realmente existentes y que condicionan la satisfacción adecuada de las necesidades humanas a cuya satisfacción los derechos han de servir. No se trata de enfoques alternativos (capacidades versus derechos), sino de enfoques estrictamente complementarios desde el punto de vista teleológico y funcional (capacidades/derechos). Resulta obvio que el enfoque de las capacidades se encuentra estrechamente asociado al enfoque de los derechos humanos. Es propiamente una especificación del enfoque de los derechos humanos. Ello se refleja significativa en el hecho de que las capacidades que figuran en su lista y la de Amartya Sen comprenden mu-

²⁶ NUSSBAUM, M.C.: *Las fronteras de la justicia*, op. cit., cap.V, pp. 273 y ss.

²⁷ NUSSBAUM, M.C.: *Las fronteras de la justicia*, op. cit., pp. 279 a 281.

chos de los derechos sobre los que defiende el movimiento de los derechos humanos: las libertades políticas, la libertad de asociación, la libertad de trabajo y diversos derechos económicos y sociales. Y las capacidades, al igual que los derechos humanos, aportan un conjunto de objetivos humanamente ricos para el desarrollo —cualitativo y no simplemente nominal y cuantitativo—, en lugar de la riqueza y la pobreza de los economistas. La conexión entre capacidades y derechos es intrínseca a ambos conceptos y modos de observación de la realidad social, pues las capacidades cubren el terreno que ocupan tanto los derechos considerados de la primera generación (las libertades políticas y civiles) como los derechos de segunda generación (los derechos económicos, sociales y culturales). Capacidades y derechos humanos van juntas, en una relación de complementariedad, no de alternativa y menos aún de oposición. Cumplen un papel análogo, porque aportan el fundamento para los principios constitucionales básicos. En algunas áreas, la mejor manera de pensar acerca de los derechos es verlos como “capacidades combinadas”. La mejor forma de pensar el derecho a la participación política, el derecho al libre ejercicio de la religión, el derecho a la libre expresión, como también otros derechos, es hacerlo como capacidades para el funcionamiento. En definitiva, garantizar los derechos a los ciudadanos en estas áreas es situarlos en una posición de capacidad combinada para funcionar en esta área. En términos de eficiencia, una persona tendrá realmente un derecho tan sólo cuando si existen medidas efectivas para hacer que los individuos sean verdaderamente capaces de desarrollar la facultad o facultades que comprende. Es un problema de *capacitación real para vivir*, qué es lo que es capaz de hacer y qué oportunidades tiene para su funcionamiento vital en sociedad²⁸.

Además, las capacidades desempeñan un papel parecido, al aportar una *justificación* para unos derechos fundamentales de gran importancia que pueden servir como base tanto para el pensamiento constitucional en el marco nacional como para el pensamiento sobre la justicia en el ámbito. La relación es de complementariedad y específico o concreción, porque que el lenguaje de las capacidades precisa y complementa en sentidos importantes el lenguaje de los derechos. La teoría de los derechos siempre es problemática y discutida con muchos desacuerdos filosóficos e ideológico-jurídicos y políticos. A diferencia de ello —y complementándolo— el enfoque de las capacidades presenta la ventaja de asumir posiciones claras en relación a estas disputadas cuestiones, y establece también nítidamente cuáles son sus motivaciones y cuál es su objetivo central. E incluso va más allá al indicar que ese enfoque de las capacidades mantiene que los derechos relevantes son

²⁸ NUSSBAUM, M.C.: *Las mujeres y el desarrollo humano*, op. cit., pp.143 y ss.

prepolíticos, no simples creaciones de la legislación y las instituciones. De este modo, un Estado que no haya garantizado estos derechos es en esta misma medida injusto. Es cierto que la mayoría de los enfoques de derechos humanos también mantienen estas ideas, pero no debe olvidarse que una tradición importante dentro de la reflexión sobre los derechos discrepa, y sostiene que los derechos son creaciones políticas. Ante ello, el enfoque de las capacidades constituye una especificación del enfoque de los derechos que aporta respuestas nítidas y soluciones adecuadas. Por lo demás, el lenguaje de los derechos presenta diversas ambigüedades.

El enfoque de las capacidades entiende el reconocimiento de un derecho como una tarea *afirmativa*. En efecto, la mayor parte de los derechos de libertad, de pensamiento, etcétera, requieren de garantías eficientes de las capacidades relevantes que los condicionan profundamente. En tal sentido observa que en la medida en que los derechos sirven para delimitar la justicia social, no se debería reconocer que una sociedad es justa hasta que se hayan garantizado efectivamente las capacidades correspondientes²⁹. Esto es importante en relación con los llamados derechos de la segunda generación (los derechos sociales como derechos subjetivos de ciudadanía a una protección pública específica), pues a diferencia de liberalismo político clásico no se tiende a hacer un corte respecto a los derechos de la primera generación. Sin disponer de las capacidades básicas (incluida la educación) no es posible realizar plenamente las libertades políticas y civiles. Es cierto que esa *interdependencia* sí ha sido observada en el enfoque de los derechos humanos desde una óptica ideológica distinta, pero aún así, no ha sido plenamente incorporada a los documentos y al discurso sobre los derechos, que frecuentemente continua remitiéndose a la diferenciación entre derechos de primera y de segunda generación³⁰. No se puede negar, y resultado evidente en una perspectiva de normativismo realista, la interdependencia de las libertades y los factores económicos y sociales, y lógicamente el orden socio-econó-

²⁹ NUSSBAUM, M.C.: *Las fronteras de la justicia*, op. cit., pp. 283 y 285.

³⁰ En todo caso, conviene tomar en consideración la aportación significativa de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, investida de fuerza jurídicamente vinculante por virtud del art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea, tal como resulta de la modificación realizada por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007. Esta Carta de Derechos parte precisamente de la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos fundamentales. Véase, al respecto, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Declaraciones y Cartas de Derechos Fundamentales. El Modelo Europeo de protección de los derechos fundamentales*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009. En esa dirección, la “Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea 2004-2008” [(2007/2145(INI)], expresa que es necesario hacer hincapié en la existencia de un conjunto de derechos fundamentales indivisibles e interdependientes, a los que todos los seres humanos deben tener un acceso efectivo garantizado (punto 136).

mico correspondiente e imperante en cada momento histórico. La protección de la dignidad humana supone garantizar las bases sociales del autorrespeto y la no humillación. El enfoque de las necesidades podría facilitar la garantía efectiva de los derechos y contribuir a un desarrollo no en términos de mero crecimiento económico, sino cualitativo, de calidad de vida de las personas (“desarrollo humano”)³¹. Esta concepción de las capacidades no estaría alejada del enfoque realista que informó la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, a pesar de que se trataba tan sólo de una “Declaración” con la correspondiente “debilidad” normativa en términos estrictamente técnico-jurídicos. Esta propuesta conferiría a los derechos humanos mayor materialidad y concreción, aparte de mayor fuerza jurídica vinculante. La solución de los problemas humanos pasaría por que las personas sean solidarias y mantengan ese sentimiento de modo duradero³².

La persona necesita de medios materiales, pero ostenta también capacidades y dignidad. Esa *materialidad* y la necesidad constituyen en sí mismas una parte de la forma específica de dignidad que tiene el individuo. En efecto, si se parte de esta *concepción política de la persona*, será natural entender las cosas buenas que la política distribuye como un conjunto interrelacionado de capacidades humanas, es decir, estados tales de las personas que permiten que se encuentren en condiciones aptas para seleccionar determinados tipos específicos de acciones y que esas acciones estén disponibles para ellas. Comprendiendo que las personas son esencialmente materiales -mortales y *necesitadas*-, puede postularse una concepción de la política que entiende como una de sus tareas primarias la de responder a las necesidades

³¹ Se han propuesto diez principios para la universalización del enfoque de las necesidades: 1. Sobredeterminación de la responsabilidad: el ámbito nacional interno no puede nunca rehuirla. 2. La soberanía nacional debe ser respetada dentro de los límites de la promoción de las capacidades humanas. 3. Las naciones prósperas tienen la responsabilidad de dar una porción sustancial de su PIB a otras naciones más pobres. 4. Las grandes empresas multinacionales tienen responsabilidades a la hora de promover las capacidades humanas en las regiones en las que operan. 5. Las principales estructuras del orden económico mundial deben estar diseñadas de tal modo que sean justas con los países y en vías de desarrollo. 6. Deberíamos cultivar una esfera pública global tenue, descentralizada, pero contundente. 7. Todas las instituciones y (la mayoría) los individuos deberían prestar especial atención a los problemas de los desfavorecidos en cada nación y en cada región. 8. La atención a los enfermos, las personas mayores, los niños y los discapacitados deberán constituir un destacado foco de actuación de la comunidad internacional. 9. La familia debería ser tratada como un ámbito de gran valor, pero no “privado”. 10. Todas las instituciones y todos los individuos tienen la responsabilidad de promover la educación como clave para dar oportunidades a las personas actualmente desfavorecidas. Cfr. NUSSBAUM, M.C.: *Las fronteras de la justicia*, op. cit., pp. 311 y ss.

³² NUSSBAUM, M.C.: *Las fronteras de la justicia*, op. cit., p.402.

humanas de manera que los individuos puedan optar por la realización de las acciones. Resulta que, así, que el objeto propio de la política será proveer a todos los individuos de las capacidades básicas centrales, que pueden considerarse como derechos básicos de todas las personas por el hecho de serlo. Esas capacidades básicas pueden figurar en una lista constitucional de derechos o de otros modos. De ahí la utilidad del enfoque de las capacidades, aunque desarrollado en un sentido diverso³³, como una manera de articular la tarea distributiva de una sociedad democrática bien organizada. Dichas capacidades presentan un doble aspecto o dimensión: las capacidades tienen un aspecto *interno*, por lo que la persona misma tiene que estar preparada para participar de la forma de acción o funcionamiento en cuestión (a través de la educación, el cuidado de la salud, el soporte emocional, etc.). Pero también tiene un aspecto *externo*, ya que incluso alguien que esté preparado, internamente, para hablar o pensar libremente, puede verse impedido de hacerlo a causa de ordenamientos sociales e institucionales errados. Así, la afirmación de que la política democrática tiene que promover un conjunto de capacidades humanas centrales supone que debe distribuir las *capacidades combinadas*, el aspecto interior combinado con *condiciones externas adecuadas* para el ejercicio de las funciones requeridas. Eso equivale a defender que la política ha asegurarse de que los individuos tengan recursos, la capacitación y otros soportes materiales e institucionales de la existencia humana exigidos para que desarrollen lo necesario para funcionar —y desplegar sus potencialidades— de esa manera y encontrarse en condiciones de hacerlo. Esto no es paternalismo en la política pública sino un concepto de buena sociedad democráticamente organizada.

Así, el enfoque de las capacidades evidencia las formas complejas de interdependencia entre las personas y sus medios materiales, sociales y políticos. El enfoque es, de este modo, particularmente adecuado para proveer el núcleo central a una sociedad que *busca reconocer la condición humana* (que incluye la animalidad, la mortalidad y la finitud) en vez de ocultarse de ella, llamando en su ayuda a la vergüenza y a la repugnancia. Este enfoque de las capacidades es respetuoso con la visión liberal democrática de la justicia³⁴. Lo que se defiende, en su suma, es la construcción de un tipo de sociedad *basada en las ideas de capacidad y funcionamiento* de

³³ Véase la propia confrontación de pensamiento con Sen, en NUSSBAUM, M. C.: “Capabilities as fundamental entitlements: Sen and social justice”, en *Feminist Economic*, núm.9, 2003, pp. 33 a 59.

³⁴ NUSSBAUM, M.C.: *El ocultamiento de lo humano. op. cit.* cap. VII, en particular pp. 390-391. Los ciudadanos estarán preocupados por la distribución segura y equitativa de los recursos, así como por la estabilidad de las instituciones que se ocupan de la distribución.

todas las personas; una sociedad centrada en la dignidad, el autodesarrollo en condiciones de posibilidad y la libertad de acción del individuo. Se trata de crear personas o ciudadanos activos y partícipes en las decisiones, un eje central del “enfoque de las capacidades es el del cultivo humano a través de una educación integra³⁵.”

La que se propone es una lista mínima *necesaria* de capacidades funcionales humanas centrales que le permiten a la persona realizar una vida libremente orientada (vida, integridad física, salud, capacidad relacional, capacidad de control sobre el entorno de cada uno, de ordenar autónomamente la propia vida, etcétera). Observa que su teoría de la capacidad *produce normas constitucionales* que deben cumplir los Estados para garantizar que están dentro de la legitimidad³⁶. Tras este enfoque de las capacidades subyace una *perspectiva antropológica* consistente en ver al ser humano como persona con capacidad de decisión real, y como fin en sí mismo en el imperativo kantiano³⁷. La dignidad humana aparece como la premisa antropológico-cultural de una sociedad bien organizada. El enfoque de las capacidades humanas, próximo al de las “necesidades”, como concepto que encuentra más universalizante que de los “derechos humanos”. Las capacidades humanas remiten a lo que las personas son realmente capaces de hacer y de ser. Su identificación permite establecer recomendaciones normativas que traspasan las fronteras de las culturas, las naciones y las clases. Para ello propone que ciertas normas universales de las capacidades humanas tendrían que ser centrales, en lo político, para las consideraciones sobre principios básicos que pueden ser útiles como soporte para una serie articulada de garantías constitucionales en todos los Estados (concepción universalista de las capacidades y necesidades de los individuos en todo el mundo). Éstos deberían reconocerlas como mínimo indispensable para satisfacer la exigencia de respeto hacia la dignidad humana. Ninguna persona debería de estar por debajo de umbral mínimo de capacidades básicas para el desarrollo de su personalidad y autonomía. Su resultado sería la preservación de libertades y oportunidades para cada persona, respetándolas como fines en sí, y no como agentes o promo-

³⁵ En realidad, la ciudadanía activa se corresponde con la estrategia de los poderes que va más allá, completándolo, de la estrategia de los derechos, como se sostiene en MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales... op. cit.*

³⁶ Véase NUSSBAUM, M.C.: *Las mujeres y el desarrollo... op. cit.*; ID: *Las fronteras de la justicia, op. cit.* NUSSBAUM, M.C., COHEN, J. (comp.): *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y “ciudadanía mundial”*, Paidós Ibérica, Barcelona, 1999; ID: *El ocultamiento de la humanidad. Una defensa clásica de la reforma en la educación liberal*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2005.

³⁷ KANT, E.: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

tores de los fines de otros individuos o de otras instituciones. Para NUSSBAUM proteger las capacidades implica tutelar aquellas instituciones que contribuyen a ello. En su identificación se muestra favorable al universalismo y muy crítica respecto al relativismo.

La concepción de Nussbaum tiene importantes puntos de encuentro con la teoría mantenida por L. DOYAL y I. GOUGH, los cuales optan por un enfoque jerárquico, pasando desde la afirmación de los objetivos universales básicas hasta llegar a las necesidades intermedias. Según DOYAL y GOUGH el término necesidad hace referencia a una categoría específica de objetivos que se entienden universalizables. Esa universalidad de las necesidades básicas descansa sobre la convicción de que si no son satisfechas podría darse algún graves daño o perjuicio objetivo. Distinguen, así, entre necesidades básicas (salud y autonomía personal de actuación; la autonomía crítica sería la posesión de la libertad de actuación y la libertad política) y satisfactores y necesidades intermedias (en las que juego un papel determinante el conocimiento codificado; alimentos nutritivos y agua potable, alojamiento protector, entorno laboral no perjudicial, control de natalidad y nacimientos seguros, cuidados sanitarios apropiados, infancia segura, relaciones primarias significativas, seguridad física, seguridad económica y educación apropiada; la seis primeras contribuyen a la salud física, mientras que las otras refieren a la autonomía). Distinguen entre los objetivos básicos (prevención de graves daños, participación social y participación crítica), las necesidades básicas (supervivencia, salud física, capacidad cognitiva y emocional, comprensión cultural, oportunidades para participar y autonomía crítica), las características de los satisfactores universales (alimentos y agua, alojamiento protector, entorno no perjudicial, control de natalidad y nacimientos seguros, cuidado sanitario apropiado, infancia segura, relaciones primarias significativas, seguridad física, seguridad económica y educación apropiada) y precondiciones sociales necesarias (derechos civiles y políticos, participación política, y derechos económicos y sociales)³⁸. También la proximidad es todavía mayor

³⁸ Puede consultarse DOYAL, L. y GOUGH, I.: *Teoría de las necesidades*, Icaria, Barcelona, 1994, que entienden que la salud y la autonomía son necesidades básicas que todos los seres humanos deben satisfacer para evitar los graves daños de una participación fundamentalmente mermada en cuanto a su forma de vida. De manera que es posible analizar la satisfacción de las necesidades básicas para el bienestar objetivo sin tener que aceptar el relativismo u operar a un nivel de generalidad tal que la pertinencia de la teoría en el caso de problemas específicos de política social sea enteramente sacrificada. Sobre esas diferencias de enfoque, así como los puntos de proximidad con las teorías de Nussbaum, del propio GOUGH, G.: "El enfoque de las capacidades de M. Nussbaum: un análisis comparado con nuestra teoría de las necesidades humanas", en *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, Centro de Investigación para la Paz (CIP-Ecosocial), núm. 100, 2007/08, pp. 177 a 202.

con las posiciones defendidas por Amartya Sen³⁹. Sen concibe el desarrollo como un proceso de expansión de las libertades reales que ostentas los individuos. De lo que se trata es de garantizar a las personas las condiciones de posibilidad de decisión. Según Sen, la “capacidad” —la capacidad potencial— refleja la libertad de una persona para elegir entre vidas alternativas, esto es, entre ciertas combinaciones de funciones que representan las cosas que se pueden realizar y las distintas formas de ser. De esta manera la capacidad representa la libertad, mientras que los bienes primarios refieren tan solo a los medios para la libertad sin considerar la variación interpersonal entre esos medios y las libertades concretas alcanzadas. Para él la democracia supone la reafirmación de la persona como resultado social⁴⁰. Esto es así porque Sen ve la libertad individual como compromiso de la sociedad, esto es, su filosofía política reside en esa comprensión del individuo como parte de un compromiso social (la persona como ser social)⁴¹. En esta dirección, el principio democrático y la garantía de los derechos aparece elemento constitutivo del mismo proceso de desarrollo. La democracia supone libertad de actuar del individuo y cauces institucionales para su plena realización, pues entiende el desarrollo como un proceso de expansión de las libertades reales que ostentan las personas. El desarrollo no se resuelve simplemente en el crecimiento económico, sino principalmente atendiendo a ese elemento cualitativo, de carácter antropológico. En suma, el desarrollo en términos de la expansión de libertades sustantivas. Otorga, pues, una particular centralidad hacia los fines que hace que el desarrollo merezca la pena para el ser humano⁴². Todos ellos formulan un concepto de necesidad y de capacidad humanas históricamente abierto a su autocomprensión y satisfacción en cada momento. Es

³⁹ SEN, A.: *Inequality Reexamined*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 4 a 7; *Sobre ética y economía*, Alianza Editorial, Madrid, 1989; *Nueva economía del bienestar. Escritos seleccionados*, edición y estudio a cargo de J.Casas Pardo, Valencia, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 1995; y en edición conjunta con Martha Nussbaum, *The Quality of Life*, Clarendon Press, Oxford, 1993, traducida al castellano, Fondo de Cultura Económica, México, 1996.

⁴⁰ Véase SEN, A.: “La democracia como valor universal”, Discurso pronunciado en el Congreso por la Democracia celebrado en Nueva Delhi (febrero de 1999), publicado en *Journal of Democracy*, vol. 10, núm.3, 1999, pp.3 a 17. The Johns Hopkins University Press and National Endowment for Democracy.

⁴¹ No resultado forzado afirmar la ligación de esta concepción con la idea de persona social en Giner de los Ríos. Véase GINER DE LOS RÍOS, F.: *La persona social. Estudios y fragmentos*, edición y estudio preliminar, “El organicismo social de Giner de los Ríos”, por J.L.Monereo Pérez, Ed. Comares, Granada, 2007.

⁴² Véase la exposición de su pensamiento en ÁLVAREZ, J.F.: “Capacidades, libertades y desarrollo”, en MÁIZ, R. (comp.): *Teorías políticas contemporáneas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 381 y ss.

decir, afirmar el estándar óptimo restringido históricamente condicionado y por tanto relativo. Su identificación y evaluación para la formación de la política social pasa por la valoración del compromiso y la práctica deliberativa, esto es, requiere de una idea de racionalidad como consenso.

En ese orden de ideas, es importante el nexo entre el 1.1 y el 4 del LEPA, porque de lo que se trata es que el individuo esté en condiciones efectivas —materiales— de ejercitar sus derechos fundamentales. Pero no se puede desconocer tampoco que, en realidad, los derechos fundamentales sociales (que institucionalizan derechos humanos como derechos fundamentales)⁴³ enlazan y autentifican un conjunto de valores constitucionales más amplio, como el caso de la libertad y de la participación, y no sólo de la igualdad. Se ha dicho, con razón, que “los derechos fundamentales sociales apuntan a proteger la libertad fáctica. La libertad jurídica puede perder todo su valor para el particular, si éste no dispone de los presupuestos fácticos para poder ejercerla. El objeto típico de los derechos sociales es el mínimo existencial, así como un mínimo grado de educación y de cubrimiento médico⁴⁴. Esa vinculación histórica entre los derechos humanos y los derechos sociales pone de relieve que más allá de su invención en términos de derechos positivo estricto. Se debe enfatizar, de nuevo, la *interdependencia, comunicabilidad e inviolabilidad* entre todos los derechos humanos básicos o fundamentales. Ahora bien, que se admita la realidad jurídica de una diferenciación, como regla, entre ambas categorías de derechos atendiendo al contenido y a las técnicas de protección, no puede conducir a afirmar su necesaria separación y abogar por un tratamiento jurídico completamente independiente. Es frecuente, sin embargo, en la categorización jurídico-política de los derechos humanos la aseveración de que los derechos civiles y políticos pueden ser garantizados con independencia absoluta de los mecanismos que aseguran la realización efectiva de los derechos socio-económicos. Pero, en el fondo, ambas categorías de derechos gozan tan sólo de una autonomía relativa, pues desde el punto de vista de su funcionalidad social guardan una estrecha relación entre sí que hace difícilmente pensable su existencia aislada en el actual estadio civilizatorio. Aún así se suele mantener su pretendida independencia absoluta y, a veces, la misma confrontación en términos de principio, en base a su distinta estructuración jurídica y a su diversa funcionali-

⁴³ En lo cierto que las raíces de los derechos fundamentales en la historia de las ideas políticas son aquellas de los derechos humanos. Las huellas de estos fenómenos se encuentran por todas partes allí donde se enfatiza en el valor propio y en la igualdad de los hombres. Cfr. ALEXY, R.: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 31 y ss.

⁴⁴ BOROWSKI, M.: *La estructura de los derechos fundamentales*, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p.145.

dad social. Ciertamente no se podrá negar la existencia de una especificidad jurídica de los derechos sociales respecto a los derechos civiles y políticos, pero no una independencia absoluta y una genérica contraposición entre ambos tipos de derechos.

La interdependencia, comunicabilidad e indivisibilidad entre todos los derechos fundamentales de la persona (civiles, políticos y sociales) se consagra en la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, de 18 de diciembre de 2000(2000/C 364/01), a pesar de que después realiza una diferenciación por principios o valores (dignidad, libertades, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia), que varios aspectos puede ser problemática. Su “Preámbulo” es suficientemente expresivo de esa consideración conjunta e inseparable al afirmar: “Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, *sitúa a la persona en el centro de su actuación*. La Unión contribuye a la preservación y al fomento de estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa...”. Se realiza así la unidad de la dignidad humana y su indivisibilidad expresada la interconexión diferenciada —por meras razones de organización y “gestión” jurídica del sistema de derechos— entre los derechos individuales y los derechos sociales. Ello no obstante, el déficit general de esta Carta, consistente en no tener eficacia normativa directa (ni está incorporada al sistema de los Tratados, ni se ha formalizado como un instrumento de valor normativo) y el criterio subyacente de admitir una tutela diferenciada entre los diversos derechos fundamentales (tutelas debilitadas para los derechos sociales)⁴⁵.

3. TITULARIDAD DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN POR DEPENDENCIA

El Libro Blanco sobre la Dependencia (2005), en esta rama de protección y como también sucede con las demás que integran el sistema público, el campo de aplicación como técnica delimitadora del ámbito subjetivo plantea en lo principal una doble alternativa de política jurídica: o bien se

⁴⁵ Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Declaraciones y Cartas de Derechos Fundamentales, op. cit.* También SCHUTTER, O. DE.: “La garanzia dei diritti e principi sociali nella “Carta dei diritti fondamentali””, en ZAGREBELSKY, G.: *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Laterza, Bari, 2003. También CORCUERA, J. (ed.): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002.

atiende a un criterio profesional, de manera que se garantiza la protección a las personas que realizan una actividad profesional (es la tradición dentro del paradigma bismarckiano); o bien, se garantiza la cobertura protectora a toda la población (es la tradición cultural del modelo beveridgeano, asentada en el criterio de ciudadanía social), con arreglo a un régimen de tipo universalista (se conceden prestaciones a todos los ciudadanos en situación de necesidad, con independencia de su nivel de recursos económicos —no sujetas a carencia de rentas— o de su situación profesional) o conforme a régimen de tipo asistencialista estricto (que satisface prestaciones exclusivamente a aquellas personas que acrediten el estado de necesidad relevante, lo que supone la exigencia de comprobar los recursos y medios de subsistencia de que dispone el sujeto o su familia⁴⁶). El modelo contributivo-profesional es insuficiente, porque limita la cobertura por razón de la actividad profesional, teniendo un efecto expulsivo de un gran número de personas dependientes. Es la protección universalista la que más conviene al tipo de situación de necesidad generalizada potencialmente en toda la población que genera la Dependencia. Es insuficiente, desde luego, para articular una protección integral de los sujetos dependientes. Y en esa línea, como se indicó, han caminado muchos países con tradiciones culturales diversas.

La opción adoptada de forma innovadora por nuestro país ha sido esa, porque la Ley 39/2006, se vence decididamente hacia un modelo universal formulado como uno de los principios inspiradores y constitutivos del sistema legal. Dicha Ley configura un régimen de prestaciones universales, que garantiza prestaciones a todos los ciudadanos en situación de necesidad, con independencia del nivel de recursos o de cualquier criterio profesionalista. No insta un régimen de tipo asistencia clásico, pues el reconocimiento y efectividad del derecho a las prestaciones no está sujeto a la comprobación de medios de subsistencia por parte del sujeto protegido o beneficiario. Es principio inspirador de la Ley “la *universalidad* en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación, en los términos establecidos en la Ley” (art. 3.b) de la Ley 39/2006). Pero hay aquí algo más que un principio inspirador, ya que, como se dijo en su momento, el sistema legal lo que garantiza es un “*derecho subjetivo de ciudadanía* a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos por las leyes” (art. 1.1). Aunque el tipo normativa de “universalidad” es “atenuado” por ciertos elementos correctores, pues puede darse el caso de que no se ampare a toda la población residencia (v.gr., efecto expulsivo de la exigencia

⁴⁶ MALDONADO MOLINA, J.A.: *El seguro de dependencia. Presente y Proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 82-83.

de capacidad económica, población extranjera en situación de irregularidad administrativa). La necesidad social inherente a las situaciones de dependencia se configura como un derecho universal, pero no incondicionado. La *universalidad* del ámbito subjetivo de la protección, en cuanto serían beneficiarias todas las personas en situación de dependencia —acreditada mediante un complejo proceso de valoración de la misma por entidades especializadas y competencia de las CC.AA.—, al margen de su situación económica y cualquiera que sea el lugar en que vivan. Pero eso no quiere decir ni que la protección sea de la misma intensidad en todos los casos, pues se diferenciará por la capacidad económica de las personas y por el alcance tutelar que en cada Comunidad Autónoma se dé al derecho, pues es posible que unas desarrollen tres niveles de protección y otras sólo dos. Es desde un punto de vista jurídico-material una asistencia social renovada que podría ser interna a la lógica propia del Sistema institucional de la Seguridad Social (Seguridad Social Asistencial), pero que el sistema legal ha optado expresamente por situarla extramuros de dicho Sistema institucional. La LEPA ha pretendido, pues, crear un nuevo subsistema protector dentro del sistema general de protección social pública; un sistema que satisface un haz de prestaciones específicas de dependencia.

La opción por el modelo universalista se corresponde y es coherente con la lógica universalista que inspira nuestro texto constitucional (art.41 CE), el cual se inclina por la universalización subjetiva de la cobertura de la Seguridad Social y la configuración de ésta como un derecho subjetivo de ciudadanía⁴⁷. En gran medida el diseño de la titularidad del derecho depende el modelo universalista adoptado. En cuanto a la delimitación específica de los sujetos titulares de los derechos, el art. 5 establece que son titulares de los derechos establecidos en la Ley de Dependencia los “españoles” que cumplan los tres requisitos siguientes:

- a) Encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos.
- b) Para los menores de tres años se estará a lo dispuesto en la disposición adicional decimotercera. Se trata de una nueva redacción respecto a las distintas versiones precedentes de los Proyectos de Ley en los que se exigía que los españoles deberían necesariamente de “tener 3 o más años de edad”. Ahora la disposición adicional 13.^a, relativa a la “Protección de los menores de tres años”, dispone: “1.

⁴⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía*, op. cit., cap. III; ID.: “El derecho a la Seguridad Social”, en VV.AA.: MONEREO, J.L., MOLINA, C. y MORENO, M.^a N. (dirs.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Ed. Comares, Granada, 2002.

Sin perjuicio de los servicios establecidos en los ámbitos educativo y sanitario, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia atenderá las necesidades de ayuda a domicilio y, en su caso, prestaciones económicas vinculadas y para cuidadoras y para cuidados en el entorno familiar a favor de los menores de 3 años acreditados en situación de dependencia. El instrumento de valoración previsto en el art. 27 de esta Ley incorporará a estos efectos una escala de valoración específica. 2. La atención a los menores de 3 años, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior, se integrará en los diversos niveles de protección establecidos en el art. 7 de esta Ley y sus formas de financiación. 3. En el seno del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se promoverá la adopción de un plan integral de atención para estos menores de 3 años en situación de dependencia, en el que se contemplen las medidas a adoptar por las Administraciones Públicas, sin perjuicio de sus competencias, para facilitar atención temprana y rehabilitación de sus capacidades físicas, mentales e intelectuales”.

- c) Residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Para los menores de cinco años el periodo de residencia se exigirá a quien ejerza su guarda y custodia.

Además, las personas que, reuniendo los requisitos anteriores, carezcan de la nacionalidad española se registrarán por lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en los tratados internacionales y en los convenios que se establezcan con el país de origen”. Por otra parte, el Gobierno podrá establecer medidas de protección a favor de los españoles no residentes en España. Finalmente, se prevé que el Gobierno establecerá, previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, las condiciones de acceso al Sistema de Atención a la Dependencia de los emigrantes españoles retornados.

En cuanto a la condición de nacionalidad, se deberá recordar que el sistema de los Tratados de la Unión Europea garantiza el principio de igualdad de trato entre los españoles y los nacionales de los países miembros, por consiguiente éstos devienen titulares de los derechos a prestaciones en situación de dependencia (art.45.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tal como resulta del Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007). Es por ello criticable esa exigencia de la condición de nacionalidad española (“españoles”), porque los extranjeros pueden ser titulares de las

prestaciones por dependencia. Podría haberse indicado que son titulares los españoles y los extranjeros conforme a la legislación específica, que atiende al factor correctivo de la residencia en territorio nacional. En lo relativo a los extranjeros extracomunitarios (art. 5.2), éstos tienen derechos a la protección social en los términos previstos en la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En tal sentido los extranjeros ostentan el derecho a la Seguridad Social (art. 10), el derecho a la asistencia sanitaria (art. 12) y el derecho a la asistencia y a los servicios sociales (art. 14). Con este bloque legal parece realmente difícil que cualquier inmigrante —con independencia de su situación administrativa— quede privado de sus derechos a prestaciones por dependencia.

4. ÁMBITO OBJETIVO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN

Dato a subrayar es que las características de la contingencia protegida determina la fórmula de protección. En este sentido conviene poner de manifiesto que la fisonomía de las situaciones de dependencia, las necesidades de las personas dependientes impone de suyo que la protección por dependencia se integre de un conjunto de técnicas diversas para responder a la complejo sistema de necesidades que implica la situación de dependencia. En verdad, las políticas públicas deben de afrontar el fenómeno de la dependencia en su fisonomía global, sin fragmentaciones derivadas de límites de edad o vinculadas a las causas determinantes de la situación de necesidad, orientándose hacia modelos universalistas de protección de los derechos sociales de las personas en que se encuentran en situación objetiva de dependencia y de sus familias. En general, esas prestaciones, como aquí se analizará detenidamente, son de dos tipos integrados funcionalmente para responder a ese objetivo de idoneidad en la cobertura protectora: las prestaciones de servicios (señaladamente la sanitaria) y la económica. Aunque en última instancia toda prestación pública se reconduce siempre a un problema económico (de recursos disponibles y habilitados al efecto).

El punto de partida del sistema de acción protectora pública por dependencia es su carácter público. Se garantiza, como uno de los principios inspirados del Sistema, “el carácter público de las prestaciones del SND” (art. 3.a) Ley de Dependencia). El carácter público de las prestaciones no impide la apertura legal de un cierto ámbito para “la participación de la iniciativa privada en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia” (art. 3.m) Ley de Dependencia). De este modo, la provisión efectiva de las prestaciones puede ser realizada a través de sujetos o entidades privadas (art. 3.m LEPA). Lo

público y lo privado interactúan en el sistema legal. No es sólo que puedan tener entrada instrumentos privados complementarios para la cobertura de la dependencia (Disposición adicional 7.^a), sino también ciertos servicios a los dependientes pueden ser facilitados por instancia privadas (es el caso del reconocimiento de la prestación económica con carácter sustitutivo del acceso servicio y que el sujeto dependiente o legitimado ha de obtenerlo a través del mercado privado de servicios de atención a la dependencia. En todo caso, los sistemas de capitalización de seguros privados deberían mantener su carácter complementario del marco prestacional público, aunque progresivamente dejarán de ocupar un lugar marginal, teniendo un protagonismo creciente en la provisión de servicios. Es el signo de los tiempos.

Ese nuevo Sistema Nacional de Dependencia (SND; Título I de la Ley de Dependencia), se configura legalmente como “una red de utilización pública que integra de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados” (art. 6.2). Integra el conjunto de prestaciones y servicios que garantizan, en las mismas condiciones para todos los ciudadanos, la protección de las personas en situación de dependencia. Es el cauce institucional y funcional “para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, en materia de promoción de la autonomía personal y la atención y protección a las personas en situación de dependencia”. Con esa finalidad, pretende optimizar “los recursos públicos y privados disponibles, y contribuye a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos” (art. 6.1). Se trata de organizar el servicio público teleológicamente orientado a satisfacer la atención a los sujetos dependientes (teniendo en cuenta que las prestaciones de servicios son las más importantes dentro del actual SND). Ese servicio público puede ser gestionado directa o indirectamente.

El SND articula tres niveles de protección (art. 7). Los tres niveles se sitúan en una relación de complementariedad, no de sustituibilidad entre sí: el primer nivel es básico, y los dos restantes complementarios. Este diseño tripartito de la protección pública por dependencia permite establecer un mínimo nacional homogéneo para todo el Estado español, y al mismo tiempo llevar a cabo un modelo que abre espacios a las competencias normativas de las CC.AA. en esta materia, en el segundo nivel compartido y en el tercero adicional exclusivo de las Comunidades Autónomas. La articulación de estos tres niveles impone de suyo la cooperación y coordinación entre las distintas Administraciones Públicas actuante (art. 3,ñ LD). Según el art. 7, la protección de la situación de dependencia por parte del Sistema Nacional se prestará en los términos establecidos en la LD y de acuerdo con los siguientes tres niveles:

- 1.º El nivel de protección mínimo establecido por la Administración General del Estado en aplicación del artículo 9, según el cual el Gobierno (oído el Consejo Territorial del SND) determinará el nivel mínimo de protección garantizado para cada uno de los beneficiarios del Sistema, según el grado y nivel de su dependencia, como condición básica de garantía del derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia. En coherencia, su financiación pública, a través de la vía impositiva, corresponde a la Administración General del Estado (art. 9 y 32 LD).
- 2.º El nivel de protección que se acuerde entre la Administración General del Estado y la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas a través de los convenios previstos en el art. 10.
- 3.º El nivel adicional de protección que pueda establecer *unilateralmente* cada Comunidad Autónoma.

El sistema legal mantiene su preferencia aplicativa respecto al primer nivel. Por otra parte, el Sistema legal establece cuáles son las prestaciones por dependencia y Catálogo de servicios de atención del Sistema Nacional de Dependencia (cap. II del Título I). El objetivo de las prestaciones de dependencia es: “La atención a las personas en situación de dependencia deberá orientarse a la consecución de los siguientes objetivos. A) Facilitar una existencia autónoma en su medio habitual, todo el tiempo que se desee y sea posible. B) Proporcionar un trato digno en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y social” (art. 13). Dichas prestaciones por dependencia son de dos tipos genéricos: podrán tener la naturaleza de servicios (prestaciones en especie) y de prestaciones económicas (prestaciones en dinero) e irán destinadas, por una parte, a la promoción de la autonomía personal y, por otra, a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria (art. 14.1).

La LEPA diseña un modelo de prestaciones mixto basado en servicios y prestaciones monetarias. Estos tipos de prestaciones no están situadas, sin embargo, en posición simétrica, sino asimétrica, porque la regulación establece una preferencia por la técnica de las prestaciones de servicios sociales. Ello se instrumenta técnicamente a través del recurso a una jerarquización de las prestaciones dispensadas por el SND: “Los servicios del Catálogo del art. 15 tendrán carácter prioritario y se prestarán a través de la oferta pública del Sistema mediante centros y servicios públicos o privados concertados”. Seguidamente se establece el *principio de subsidiariedad*: “De no ser posible la atención mediante estos servicios, en los Convenios a que se refiere el art. 10

se incorporará la prestación económica vinculada establecida en el art. 17. Esta prestación irá destinada a la cobertura de los gastos del servicio previsto en el Programa Individual de Atención al que se refiere el art. 29, debiendo ser prestado por una entidad o centro acreditado para la atención a la dependencia” (art. 14). El art. 15 establece el “Catálogo de servicios”. En la Sección 2.^a del cap. II se regula las prestaciones económicas, mientras que en la Sección 3.^a del cap. II se regulan los servicios de promoción de la autonomía personal y de atención y cuidado. Los artículos 17 a 19 contemplan el catálogo de prestaciones económicas, concebidas de forma “subsidiaria” por ser de aplicación en defecto de la acción a través del servicio social correspondiente. Ese principio de preferencia legal por la técnica de la prestación de servicios tiene una consecuencia fundamental. Es la relativa al carácter profesional del Sistema Nacional de Atención a la Dependencia, que implícitamente se infiere del art. 3 de la LEPA, especialmente cuando hace referencia a la calidad, personalización y accesibilidad de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia. La profesionalización del mismo es una exigencia fundamental para la credibilidad de la protección, en cuanto que uno de los objetivos primordiales de la LEPA es desplazar el modo prioritario actual en España de atender esta situación de necesidad —con el llamado “apoyo informal” o “servicio social familia” (más bien “servicio social mujer” —madre, hermana...—). De ahí, las previsiones a favor de garantizar la formación —artículo 36 LEPA—. Este rasgo deriva de esa preferencia por los servicios sociales y tiene, entre otros motivos, el de promover la creación de empleo, a ser posible cualificado y de calidad, con vistas a recuperar parte de la inversión con los “retornos de la creación de empleo” —si se crea mucho empleo se incrementarán las cotizaciones y el pago de impuestos, y si se incrementa la recaudación social se compensará el esfuerzo inversor que hace el Estado—. Esto, como se ve, es un enfoque ciertamente optimista que la experiencia práctica tendría que confirmar. No obstante, desde un punto de vista jurídico-práctico, teniendo en cuenta el bajo nivel de cobertura existente de servicios sociales en términos comparados, a pesar del importante crecimiento en la última década, especialmente de atención y rehabilitación (centros de día y de noche) y domiciliación (ayuda a domicilio), además de otros de tipo intermedio (estancias temporales y de respiro) y alternativos (viviendas tuteladas, domicilios de acogida), es previsible que a medio plazo las prestaciones económicas tengan un mayor peso significativo respecto a los servicios sociales, lo cual puede comportar una cierta rémora en la extensión de una red pública suficiente y de calidad. Hay que tener en cuenta que la mayor presencia operativa de las prestaciones económicas en los primeros años de aplicación del nuevo modelo legal de atención a la dependencia puede suponer, por razones de carácter financiero, la aprobación de unas cuan-

tías de baja intensidad protectora que cubran una parte del coste de la carga de cuidados informales⁴⁸.

El sistema legal (art. 13) establece los objetivos de las prestaciones de dependencia. La atención a las personas en situación de dependencia deberá orientarse a la consecución de los siguientes objetivos: a) facilitar una existencia autónoma en su medio habitual, todo el tiempo que desee y sea posible; b) proporcionar un trato digno en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y social. El art. 14.1 regula las prestaciones de dependencia: Las prestaciones por dependencia podrán tener la naturaleza de servicios y de prestaciones económicas (las de carácter personal estarán vinculadas en todo caso a la adquisición del servicio; art. 17.2) e irán destinadas, por una parte, a la promoción de la autonomía personal y, por otra, a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades de la vida diaria.

El núcleo de un sistema protector es evidentemente el sistema de prestaciones y su adecuación a las exigencias de tutela de la situación protegida. En tal sentido, interesa hacer notar, nuevamente, que “el carácter polimórfico de la dependencia exige que el sistema de protección comprenda medidas o técnicas de actuación en todas las áreas vinculadas a las necesidades que la integran, lo que comporta, aparte de la transversalidad competencial en la gestión, una cobertura prestacional compleja que incluya prestaciones económicas específicas y de servicios sociales. Hasta ahora ese *haz articulado de prestaciones* se venían facilitando, sin embargo, de modo descoordinado y, respecto de algunas de ellas, inespecíficamente a las personas dependientes: es el caso de la asistencia sanitaria (generalmente de forma inespecífica), como prestación universal de Seguridad Social; ciertas prestaciones económicas (también inespecíficas) del nivel contributivo y no contributivo de la Seguridad Social y, por fin, las, en este ámbito, preponderantes prestaciones en servicios que a cargo fundamentalmente de los Servicios Sociales de las CC.AA. y entidades del Tercer Sector, acusan preocupantes niveles de insuficiencia y desigualdad territorial. El modelo de la LEPA viene a resolver estas carencias con la creación del SND que integrado por todas las medidas requeridas para la atención de las personas en situación de dependencia, responderá a una acción coordinada y cooperativa entre todas las Administraciones implicadas: Estado, CC.AA. y Corporaciones Locales (art. 1.2 LEPA).

Respecto a la índole de las prestaciones para la cobertura de la contingencia de dependencia, se sistematizan en dos grupos: los servicios y las económicas, estableciendo una suerte de *relación de jerarquía o de prioridad objetiva*

⁴⁸ RODRÍGUEZ CABRERO, G.: “Población en situación de dependencia y cuidados informales”, en *Temas Laborales*, núm. 89, 2007, p. 57.

entre ellas resuelta, decididamente, a favor de las prestaciones en servicios (art. 14.2) de modo que las económicas, o bien tienen un carácter subsidiario al supeditarse a la imposibilidad de atención al dependiente mediante servicios públicos o concertados de la Cartera ex art. 15 —caso de la prestación económica vinculada al servicio del art. 17 LEPA—, o bien un carácter excepcional en función de las necesidades específicas y/o cualificadas del beneficiario determinadas en el Programa Individual de Atención al que se refiere el art. 19 LEPA —caso de las prestaciones económicas para cuidados familiares y de asistencia personalizada ex arts. 18 y 19 LEPA, respectivamente—. El reconocimiento del derecho a uno u otro tipo de prestación se determina conforme a un procedimiento participativo que contempla la consulta del beneficiario y/o familia encaminado a la formulación del citado Programa Individual de Atención, pero en el que la decisión final acerca del tipo de prestación a lucrar parece corresponder a la Administración autonómica competente más que a la libre elección del beneficiario.

Dicha opción de política del Derecho suscita varias reflexiones jurídico-críticas. La norma, en esta vertiente, entronca con los sistemas nórdicos de protección a la dependencia que son fundamentalmente sistemas de prestación de servicios al tratarse de países con escasa tradición familistas en los cuidados de larga duración, al igual que sucede con los sistemas continentales de Seguridad Social en los que también se da preferencia a los servicios frente a las ayudas económicas directas sea mediante la técnica de mejora de la cuantía de los primeros respecto de las segundas (Alemania y Austria), o sea mediante la de limitación de la capacidad de elección del beneficiario en función del grado y nivel de la dependencia a favor, a mayor grado y nivel, de los servicios profesionalizados que en tal caso son obligatorios (Luxemburgo).

Es así que el sistema público asume la obligación de prestación directa de las ayudas requeridas por las personas dependientes con lo que el peso de la protección habrá de reposar sobre un conjunto de equipamientos y servicios profesionalizados, de carácter público o concertado, que cubran sus necesidades. Se trata de una técnica con *indudables rasgos positivos*. Primero, el impacto de género, ya que contribuye a la igualdad de oportunidades y refuerza las políticas de conciliación laboral y familiar al desincentivar los cuidados familiares que, pese a contar con una honda raigambre en España, suponen un obstáculo para la inserción, promoción y reincorporación de la mujer (cuidadora informal en términos cuantitativos abrumadores) en el mercado de trabajo. Segundo, implica el compromiso de oferta de una red de equipamientos y servicios de óptimo nivel en cantidad y calidad, lo que en nuestro caso, implicará la mejor ay ampliación progresiva de la existente cuya deficientes tasas de cobertura y desigualdades territoriales son de sobra

conocidas. Tercero, sus beneficiosos efectos en el empleo al generar un importante flujo de creación de nuevos puestos de trabajo de cuidadores profesionalizados tanto en el sector público como privado de servicios a la dependencia, además de determinar la liberación de la bolsa de cuidadores informales hacia el mercado laboral normalizado. En definitiva, pues, en consonancia con los modelos de servicios, el principio axial del modelo adoptado es el de sustitución frente al principio de subsidiariedad o de apoyo a la familia cuidadora

No obstante, a pesar de las ventajas que reporta esta articulación de la cobertura prestacional, no está exenta de inconvenientes. El primero de ellos reside en el elevado coste de los sistemas basados en servicios, aún con el copago previsto en todo caso del beneficiario, en nuestro caso en el art. 33 LEPA; coste mayor, en el modelo de protección universal financiado básicamente vía impuestos —como se contempla para el SND— y algo más contenido en el modelo continental de Seguridad Social, gracias al peso específico aquí, dada su naturaleza de seguro, de las cotizaciones. Precisamente, el problema de los costes del sistema —en absoluto baladí al estar en juego su viabilidad financiera— ha forzado un proceso de reformas en los países con sistemas universales de servicios (particularmente Holanda y Alemania), orientado a la contención del gasto público mediante técnicas de ampliación de la libertad de elección de la persona dependiente y el consecuente redimensionamiento de las prestaciones monetarias. En segundo lugar, los sistemas de servicios se basan en el principio de sustitución del apoyo informal, contrapuesto a la cultura acusadamente familista en los cuidados de larga duración propia de nuestro país, mucho más acorde con el principio de subsidiariedad (apoyo a la familia cuidadora) a cuya efectividad están funcionarizadas en mayor medida las prestaciones económicas. Por lo demás y en tercer lugar, la prioridad de los servicios a costa de limitar la capacidad de elección del dependiente —a lo que parecen apuntar la excepcionalidad que se le atribuye en el texto legal, ex art. 19 LEPA, al apoyo informal y el procedimiento de determinación del tipo de intervención específica para cada dependiente ex art. 29 LEPA—, es un rasgo que se compadece mal con la promoción de la autonomía personal, objeto del derecho subjetivo que reconoce y garantiza la Ley (art. 1) y uno de los objetivos esenciales de las prestaciones de dependencia, cualquiera que sea el modelo de protección y, desde luego, del sistema español. El carácter axial de la promoción de la autonomía personal en el sistema y su definición conceptual ex art. 2.1 LEPA— más aún cuando se ha de vincular a la noción de “vida independiente” introducida por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre—, habrían de implicar garantía, siempre que sus circunstancias personales y familiares lo permitan, de la libertad de elección y poder de decisión de la persona depen-

diente en el diseño de los elementos y la gestión de la atención más adecuada a sus necesidades; un esquema, pues, más compatible y acorde con la funcionalidad de las prestaciones monetarias directas. Interesa anotar que algunos países con larga tradición, como los países nórdicos y Holanda, se detecta una tendencia a dar más peso a las prestaciones monetarias, así como a incrementar la participación de los sujetos beneficiarios en la financiación, para reducir los costes estatales.

Cabría inquirir sobre cuál es el valor y la funcionalidad de las prestaciones económicas en el Sistema de protección de las situaciones de dependencia. La valoración en relación a la opción legal por un sistema prestacional basado en una especie de relación jerárquica con prioridad de los servicios sobre las ayudas económicas no puede sino albergar una cierta dosis de *ambivalencia*. En efecto, por un lado, la definición de los objetivos del sistema de protección que pivotan sobre el principio de promoción de la autonomía personal estrechamente vinculado a valores de dimensión constitucional como la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE); la honda raigambre del apoyo informal en España y la preferencia mayoritaria de las personas dependientes por recibir la asistencia necesaria en hábitat y entorno más cercano, realidades ambas con reflejo en los principios inspiradores de la nueva Ley (art. 3.f); los déficits de los que adolecen en la actualidad los servicios sociales existentes (en tasa de cobertura, calidad y desigualdad territorial) que hacen previsible la imposibilidad a corto plazo de oferta masiva de los servicios del catálogo, aún recurriendo a la privatización relativa vía concierto con el sector privado; y, en fin, el condicionante representado por el excesivo coste de los sistemas con mayor peso de servicios, son argumentos favorables a las prestaciones económicas y cuestionan no tanto la apuesta legal por los servicios, cuanto el régimen de excepcionalidad previsto, en particular, para la prestación vinculada al cuidado familiar, así como el insuficiente margen de decisión que, al menos en principio, parece atribuirse a la persona declarada en situación de dependencia en el marco del procedimiento conducente a la formulación del modelo de intervención y determinación de las prestaciones (arts.28-29 LEPA). “Sin desmerecer la valoración positiva de la LD”, es necesario destacar ciertos aspectos críticos del modelo legal: “se ha cuestionado, en primer lugar, el acierto de la opción de política legislativa tan decidida (ya hasta cierto punto inflexible) por un modelo de protección a base fundamentalmente de servicios en detrimento de las prestaciones económicas, más afines con el principio informador y eje del sistema protector: la promoción de la autonomía personal, que, como se sabe, implica reconocer y garantizar a la persona dependiente un poder de decisión sobre su propia existencia, esto es, la libertad de elección “acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias” inherentes a

los derechos constitucionales a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad ex art. 10 CE. Sin embargo, aunque discutible, la lógica del modelo legal puede ser aceptable: se trata de socializar el servicio público de atención a las personas dependientes, y el legislador ha estimado esa opción como más idónea que la libertad de elegir que podría suponer —como argumento subyacente— ciertas distorsiones o “desviaciones” de los objetivos perseguidos por la LEPA. En segundo lugar, merece ser destacado, por trascender del esquema prestacional y afectar al más general y delicado de la articulación del nuevo SND, el problema de orden técnico jurídico relativo al confuso y en ocasiones contradictorio régimen de determinación de los requisitos de acceso y cuantía de las prestaciones económicas donde interactúan el Consejo Territorial, el Gobierno y las CC.AA., para el que desde aquí se ha postulado una solución que conjuga las competencias del Consejo y la operatividad propia de los tres niveles de protección que vertebran el SND. Por último, se ha advertido de la laguna existente en orden a la interacción entre prestaciones del sistema apostando por una declaración reglamentaria de su compatibilidad o, al menos, de una eventual complementariedad de las prestaciones para apoyo informal y de asistencia personalizada, así como de los riesgos de inseguridad jurídica que genera el régimen de pseudoincompatibilidad de las prestaciones económicas de dependencia con otras prestaciones públicas externas al Sistema, que hace aconsejable una labor de concreción exhaustiva o de lista cerrada, vía reglamentaria, de las prestaciones deducibles. Se trata, como en tantos otros casos, de hacer recaer sobre el desarrollo reglamentario de la Ley un peso excesivo e inapropiado dada la relevancia cuantitativa y cualitativa de las materias que no quedan debida y suficientemente definidas en nuestra nueva LEPA.

Cabe señalar que la cuantía de las prestaciones económicas se acordará por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia —creado por la LEPA como pieza clave de todo el entramado y en el que están representadas todas las CC.AA., sumando todas ellas más representantes que la AGE—. Una vez producido el acuerdo deberá ser trasladado su contenido a un RD aprobado por el Gobierno español —hoy el RD 727/2007; para Ceuta y Melilla Orden TAS 2455/2007, de 7 de agosto—. Con todo, se comprueba que la preferencia legal por la técnica de la prestación de servicios es clara y no admite equívoco. Ahora bien, su enorme coste, la falta de infraestructuras y la complejidad de su puesta en marcha son todas ellas razones, entre otras, que evidenciarán en la práctica un desarrollo quizás muy diferente, primando las económicas sobre la de servicio, al menos en la primera década de aplicación de la LEPA.

La LEPA opta por un concreto diseño de la protección de la dependencia: valga decir de una forma general que el texto legislativo supone un in-

cuestionable avance en la profundización del sistema español de protección social al reconocer un nuevo derecho subjetivo perfecto a las personas en situación de dependencia: el derecho a la promoción de la autonomía personal y a la atención de sus necesidades (art. 1 LEPA), incardinable en el catálogo de derechos sociales de ciudadanía y garantizado en el marco del nuevo Sistema Nacional de Dependencia (SND) cuya dinámica, al margen pero paralela al Sistema de Seguridad Social, viene a completar la acción protectora de este último (El Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Anteproyecto subraya la opción político-jurídica de desvincular la tutela de la dependencia del sistema de Seguridad Social, lo que no implica descartar que en un futuro y a la vista de la vocación expansiva de éste, algunas de las prestaciones que ahora se configuran fuera del sistema de Seguridad Social pasen a formar parte de la acción protectora del mismo; vid. Dictamen 336/200, sobre el Anteproyecto de Ley de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, p. 5).

5. RECAPITULACIÓN FINAL

Estamos ante una ley de extraordinaria importancia que atiende a un problema social que implica un colectivo de población cada vez más numeroso. La situación de dependencia necesitaba 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. Eso es lo que pretende la nueva ley. No obstante su innegable importancia, conviene señalar que la virtualidad del SND es que constituye una garantía uniforme a nivel nacional de los servicios sociales mínimos que en gran medida ya venían siendo prestados por las distintas CC.AA. en su territorio. Tiene, pues, una eficacia racionalizadora y universalización en la cobertura.

Además, la Ley de Dependencia no se limita a declarar, ni a otorgar prestaciones, sino que tales prestaciones (de servicios y económicas) *se garantizan como un nuevo derecho social de ciudadanía* (el mismo art. 1 LEPA señala que “la presente Ley tiene por objeto regular las condiciones básicas que garantizan 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”; igualmente, el art. 5 que refiere a los “titulares de derechos” y el art. 9.1 LEPA; el art. 4.1 LEPA establece que “las personas en situación de dependencia tendrán derecho, con independencia de lugar del territorio del Estado español donde residan, a acceder, en condiciones de igualdad, a las prestaciones y servicios previstos en esta Ley, en los términos establecidos en la misma”). De manera que no está sujeto a prueba de recursos —con carác-

ter fundamental—, ni a la disponibilidad de recursos públicos, ni, en fin, a ninguna decisión discrecional por parte de la Administración. Cuestión distinta es que en la práctica la LEPA deja muchos flecos abiertos que pueden hacer discutibles la garantía efectiva de un derecho subjetivo perfecto a la protección ante situaciones de dependencia. Por cierto, los sujetos titulares de las prestaciones por dependencia, son los propios sujetos dependientes, con independencia de la causa determinante y de la intensidad en la pérdida de autonomía (física, psíquica o puramente funcional).

La LEPA opera en la práctica como una “Ley-Marco”, base de un amplio desarrollo legislativo y reglamentario. Se necesitan abundantes desarrollos normativos para completar los tres grandes niveles de protección del SND (art. 7). Importantes cuestiones han sido remitidas a los reglamentos, que poco a poco van asumiendo la tarea de desarrollo de las previsiones legislativas.

Las prestaciones públicas (servicios y prestaciones económicas) han sido situadas fuera del sistema institucional de Seguridad Social. Se pretende establecer un Sistema independiente desde el punto de vista institucional y funcional. Pero desde el punto de vista jurídico-material estamos ante una Seguridad Social Asistencial, reflejo de la evolución de la Seguridad Social hacia una progresiva Asistencialización de sus prestaciones. En todo caso, se está ante un modelo específico de asistencia social y cobertura universal de Seguridad Social (no se ha reclamado el art. 149.1.17.^a CE por la pretensión de segregar el SND del Sistema de Seguridad Social). Es Seguridad Social con independencia del hecho de que no forme parte del Sistema Administrativo-institucional de la Seguridad Social. Así pues, y en el actual momento legislativo, se asiste a un nuevo proceso de ramificación y segmentación de la Seguridad Social (en este caso de la Seguridad Social Asistencial). La idea, 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.

En el Estado Social Autonomico 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 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.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, M.: “Seguro de dependencia: ¿qué interés tiene para el sector privado asegurador?”, en VV.AA. (González Ortega, S. y Quintero Lima, M.^a G. coords.): *Protección social de las personas dependientes*, Madrid, La Ley, 2004.
- ARAGÓN MEDINA, J., CRUCES AGUILERA, J. y ROCHA SÁNCHEZ, F.: *Sector de la atención a la dependencia y negociación colectiva*, Madrid, MTAS, 2007.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (AESSS): *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, Murcia, Ediciones Laborum, 2006.
- BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, M.^a G.: “La situación de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de Protección Social”, en *RMTAS*, núm.60 (2006).
- BALAGUER CALLEJÓN, F. (Dir.): *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2007.
- BARCELÓN COBEDO, S., y QUINTERO LIMA, M.^a G.: “Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de protección Social”, en *RMTAS*, núm.60 (2006).
- BAVIERA PUIG, I.: *La protección de la dependencia: Un estudio global. Claves para su aplicación y desarrollo legislativo*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2007.
- BEVERIDGE, W.: *Seguro social y servicios afines*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.
- BLASCO LAHOZ, J. F.: “La protección de la dependencia: un seguro social en construcción”, *Aranzadi Social*, núm. 11, 2003.
- BORRAJO DACRUZ, E.: “La reforma de la Seguridad Social: de los modelos teóricos a las revisiones razonables. El Informe Beveridge en 1985”, *Documentación Laboral*, núm. 15 (1985).

- CABEZA PEREIRO, J.: “Cuestiones sobre el seguro de dependencia”, en Asociación Española DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL (AESSS): *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del Sistema*, Murcia, Ediciones Laborum, 2006, pp. 481 y sigs.
- CALVO ORTEGA, R., y GARCÍA CALVENTE, Y. (Dir.): *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, Navarra, Aranzadi, 2007.
- CES.: *Dictamen sobre el anteproyecto de la ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Dictamen 3, Madrid, CES, 2006.
- CES.: *Dictamen de 3/2006, de 20 de febrero de 2006, sobre el Anteproyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia*, Madrid, CES, 2006.
- CONSEJO DE ESTADO: *Dictamen de 23 de marzo de 2006 sobre el Anteproyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia*, Madrid, Consejo de Estado, 2006.
- CRUZ ROCHE, I. y RODRÍGUEZ CABRERO, G.: “La protección de la dependencia. Estudio Delphi y modelo protector”, en VV.AA.: *La protección social de la dependencia*, Madrid, MTAS, 2000.
- ESPING-ANDERSEN, G.: “Invertir en los niños y combatir la herencia social”, en LÓPEZ GANDÍA, J. y OCHANDO CLARAMUNT, C. (eds.): *El Estado del bienestar: Modelos y líneas de reforma*, Valencia, Ed. Germania, 2005.
- EUZÉBY, CH.: “Es ineluctable en los países de la OCDE el desarrollo de las pensiones de vejez no contributiva?”, en *RIT*, núm. 1, 1989.
- GARCÍA NINET, I. (Dir.): *La dependencia de las personas mayores y su protección desde la perspectiva sociolaboral y de Seguridad Social en Cataluña*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2004.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La protección social de la dependencia”, en *RL*, 17-18 (2004).
- IMSERSO: *Libro Blanco: Atención a las personas en situación de dependencia en España*, Madrid, MTAS-Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad-IMSERSO, 2005.
- IMSERSO.: *Cuidados a las personas mayores en los hogares españoles*, Madrid, Imsero, 2005.
- IMSERSO: *Acuerdos en materia de valoración de la situación de dependencia del Consejo Territorial del SAAD*, Madrid, Imsero, 2007.
- KÖBL, U.: “El seguro de dependencia alemán: principales rasgos y problemas actuales”, en VV. AA.: González Ortega, S. y Quintero Lima, M.ª G. (coords.): *Protección social de las personas dependientes*, Madrid, La Ley, 2004.
- MACINTYRE, A.: *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, Barcelona, Eds. Paidós Ibérica, 2001.
- MALDONADO MOLINA, J.A.: *El seguro de dependencia. Presente y Proyecciones de futuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- MARSHALL, T.H. y BOTTOMORE, T.: *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M.A.: *Protección Social, Seguridad Social y Asistencia Social. España y la Unión Europea*, Madrid, CES, 2005.
- MARTÍNEZ YAÑEZ, N.: *La atención social a los mayores dependientes en la Comunidad Autónoma Gallega*, A Coruña, Publicaciones del Valedor do Pobo, 2002.
- MERCADER UGUINA, J.R.: “Concepto y concepciones de la dependencia”, en *RL*, núm. 17-18 (2004); “Concepto y concepciones de la dependencia”, en VV. AA. González Ortega, S. y Quintero Lima, M.ª G. (coords.): *Protección social de las personas dependientes*,

- Madrid, La Ley, 2004; “Titularidad, valoración y reconocimiento de las situaciones de dependencia”, en *Temas Laborales*, núm.89 (2007).
- MERCADER UGUINA, J. R. y MUÑOZ RUIZ, A. B.: “La protección específica de las situaciones de dependencia en la vejez”, en VV.AA.: Monereo Pérez, J. L. y García Ninet, J. I. (dirs.) y Moreno Vida, M.^a N. y Vicente Palacio, A. (coords.): *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Granada, Ed. Comares, 2004.
- MOLINA NAVARRETE, C. (Coord.): *La dimensión socio-laboral de los nuevos Estatutos de Autonomía*, Sevilla, Mergablum. Ediciones y Comunicación, 2007.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996.
- “El derecho a la Seguridad Social”, en VV.AA.: Monereo, J.L., Molina, C. y Moreno, M.^a N. (Dirs.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Ed.Comares, 2002.
- La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de “desmercantilización”, en *Revista de Trabajo*, núm. 19 (1995).
- *Público y privado en el sistema de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996.
- “La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social”, en *Relaciones laborales*, núm. 24 (2001).
- *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed.Comares, 2007.
- *Declaraciones y Cartas de Derechos Fundamentales. El Modelo Europeo de protección de los derechos fundamentales*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “El espacio privado en la protección de la dependencia (Planes de pensiones y otros instrumentos de previsión privada)”, en AA.VV.: *Comentario a la legislación reguladora de las contingencias comunes de la Seguridad Social*, Granada, Ed. Comares, 2007.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y Díez AZNARTE, T.: *El Estado Social Autonomico. Estudio especial del Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Albacete, Ed.Bomarzo, 2008.
- MONTOYA MELGAR, A.: “El sistema para la autonomía y la atención a la dependencia”, en MONTOYA MELGAR, A. (Dir.): *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Madrid, Thomson-Civitas, 2007.
- MONTOYA MELGAR, A. (Dir.): *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Madrid, Tromson-Civitas, 2007.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “Estado autonómico y Constitución Social: las políticas autonómicas del bienestar social”, en VV.AA., Monereo, J.L., Molina, C. y Moreno, M.^a N. (Dirs.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Ed.Comares, 2002.
- PARIJS, PH, van: *¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política*, Barcelona, Ariel, 1993.
- REYNAUD, E. y APROBERTS, L.: “Preface”, en VV.AA. (Reynaud, E.; Roberts, L.; Davies, B. y Hughes, G. eds.): *International perspectives on supplementary pensions: actors and issues*, Wesport (Connecticut), Quorum Books, 1996.
- RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A.L.: “Promoción de la autonomía personal y protección de la dependencia: bases y fundamentos constitucionales”, en AA.VV., Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N. (Coord.): *La Seguridad Social y sus*

- reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Granada, Ed. Comares, 2007.
- RIVERA SAGANTA, J.: “Seguro de dependencia: pólizas y cobertura”, en VV. AA. (Moragas Moragas, R. ed.): *El reto de la dependencia al envejecer*, Barcelona, Herder, 1999; “El seguro de dependencia. El envejecimiento de la población y su repercusión en el Estado de Bienestar”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 5, 2001.
- RODRÍGUEZ CABRERO, G.: “El problema de la dependencia: conceptualización y debates”, en VV.AA.: *La protección social de la dependencia*, Madrid, MTAS, 2000; ID.: *La protección Social de la Dependencia*, Madrid, Fundación Alternativas, 2004; “Referencias europeas de la protección social de la dependencia”, en CASADO, D.(dir.): *Respuestas a la Dependencia*, Madrid, E.CCS, 2004; “Población en situación de dependencia y cuidados informales”, en *Temas Laborales*, núm. 89 (2007); *El Estado del Bienestar en España: debates, desarrollo y retos*, Madrid, Fundamentos, 2004; “Modelos de Protección Social a la Dependencia con especial referencia al Espacio Europeo”, en VV. AA. (Navarro, V. dir.): *La situación social en España*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2005.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: “La protección social de la dependencia”, en *Relaciones Laborales*, t.II/2006.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “El contenido constitucional de la dependencia”, en *Revista de Derecho Social*, núm.36 (2006), pp.91 a 109.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P.: *El sistema de servicios sociales español y las necesidades de la atención a la dependencia*, Madrid, Fundación Alternativas, Documentos de Trabajo, 87, 2006.
- ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La protección de la dependencia. Comentario a la Ley 39/2006, sobre promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- ROSANVALLON, P.: *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, París, Editions Gallimard, 1992.
- RUIZ-RICO, G.: *Los límites constitucionales del Estado Autonómico*, Madrid, CEPC, 2001.
- SCHMITZ, D.: “Asumir la responsabilidad”, en SCHMITZ, D. y GOODIN, R.: *El bienestar social y la responsabilidad individual*, Madrid, Cambridge University Press, 2000.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F. (Coord.): *Ley de dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Cizur Menor (Navarra), Tromson-Aranzadi, 2007.
- SOSA WAGNER, F. y SOSA MAYOR, I.: *El Estado fragmentado. Modelos auto-húngaro y brote de naciones en España*, 4.ª ed., Madrid, 2007.
- SUÁREZ CORUJO, B.: *La protección social en el Estado de las Autonomías*, Madrid, Iustel, 2006.
- VIDA SORIA, J.: “Axiomas y aporías en torno a los conceptos de seguridad y asistencia social (en torno a la STC 239/2002, de 11 de diciembre, sobre constitucionalidad del Decreto de la Junta de Andalucía 284/1998)”, en AA.VV.: *Derecho Vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González*, Madrid, MTAS/La Ley, 2003.
- “Comentario al artículo 41 de la Constitución”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Dir., por Oscar Alzaga Villamil, t.IV, Madrid, Edersa, 1996.
- VILLA GIL, L.E.: “El modelo constitucional de la protección social”, en *Aranzadi Social*, núm. 3 (2004).

- VV.AA., Monereo, J.L., Molina, C. y Moreno, M.^a N.(Dirs.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Ed.Comares, 2002.
- VV.AA., Sempere Navarro, A.V. (Dir.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Madrid, MTAS, 2003.
- VV.AA.: Monereo Pérez, J. L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.^a N. (dirs.): *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Ed.Comares, 2003.
- VV. AA.: TORRES LÓPEZ, J. (coord.): *Pensiones públicas: ¿y mañana qué?*, Barcelona, Ariel, 1996.
- VV.AA.: *Atención a las personas en situación de dependencia en España. Libro Blanco*, Madrid, MTAS, 2005.
- VV.AA.: *Cuidados a las personas mayores en los hogares españoles*, Madrid, IMSERSO, 2005.
- VV.AA.: *Cuidado a la dependencia e Inmigración*, Madrid, IMSERSO, 2005.
- VV.AA.: *I Informe Nacional de estrategias para la protección social y la inclusión social del Reino de España (2006-2008)*, Madrid, MTAS, 2006.
- VV.AA.: *Acuerdos en materia de valoración de la situación de dependencia del Consejo Territorial del SAAD*, Madrid, IMSERSO, 2007.
- VV.AA.: *Monográfico sobre Protección de la Dependencia*, rev. *Temas Laborales*, núm. 89 (2007).
- VV.AA.: MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.^a N., MALDONADO MOLINA, J.A. y GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.^a: *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudios sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Granada, Ed.Comares, 2007.

