

El derecho al cuidado: un estudio comparado del modelo español y europeo

Sandra Milena Daza Coronado

Salvador Morales Ferrer

PRIVADO

15

Sandra Milena Daza Coronado

Abogada con Magíster en Derecho, Especialización en Derecho de Familia y Doctoranda en Derecho, por la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Docencia y Pedagogía Universitaria por la Universidad la Gran Colombia. Docente e investigadora desde el año 2003 en las cátedras de Derecho de Familia, Infancia, Adolescencia y Sucesiones. Publicaciones: Editorial Universidad Católica de Colombia: Colección Escuela de maestros: *Derecho de Familia Colombiano* (libro). *Mujer, Familia y Sociedad, Hacia un Nuevo Derecho en Colombia* (libro), Colección IUS: *El concepto de patrimonio y su aplicación en España* (libro), Revista Novum Jus: “El consentimiento informado y el deber el paciente en España”, Editorial Universidad la Gran Colombia: *El papel de la mujer en la familia un desafío constitucional* Editorial Ediciones Jurídicas Andrés Morales: *Lecciones de Derecho de Familia*.

JUS – Privado es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las instituciones de derecho privado, en especial las referidas a propiedad intelectual, derecho agrario, derecho de las obligaciones, negocio jurídico, y sus desarrollos en el plano de la internacionalización.

La colección contribuye a difundir las nuevas lecturas de los institutos jurídicos tradicionales, resultado de los avances en la investigación jurídica y sociojurídica, propiciando el pensamiento crítico y la actualización permanente del conocimiento en la comunidad académica.

OTROS TÍTULOS DE ESTA COLECCIÓN JUS - PRIVADO:

- Consumo, propiedad intelectual y competencia: tensiones con el Derecho comercial
- Estudios colombo-alemanes sobre la autonomía negocial
- Estudios contemporáneos de derecho privado. Responsabilidad civil, propiedad, contratos y obligaciones
- Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y derecho del consumo. Reflexiones desde el moderno derecho privado
- Derecho privado en contexto: praxis, historia y constitucionalización
- El aseguramiento de la responsabilidad civil médica

Salvador Morales Ferrer

Doctor en Derecho por la Universitat de Valencia España. Miembro activo del grupo de investigación del Ilustre Colegio de Abogados de Alcira Valencia España. Publicaciones: Editorial Universidad Católica de Colombia: Colección IUS: *El concepto de patrimonio y su aplicación en España* (libro), Revista Novum Jus: “El consentimiento informado y el deber el paciente en España”; “La indignidad de suceder en España”

Sandra Milena Daza Coronado • Salvador Morales Ferrer

El derecho al cuidado: un estudio comparado del modelo español y europeo

BS
PRIVADO 15



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Daza Coronado, Sandra Milena

El derecho al cuidado: un estudio comparado del modelo español y europeo / Sandra Milena Daza Coronado, Salvador Morales Ferrer. -- Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2019

172 páginas : 17 x 24 cm. (Colección JUS Privado ; no. 15)

ISBN: 978-958-5456-47-1 (impreso)

ISBN: 978-958-5456-48-8 (digital)

I. Título II. Serie. III. Morales Ferrer, Salvador

1. Derecho privado 2. Derechos humanos 2. Personas con discapacidades – Cuidado (Derecho)

Dewey 346.013 SCDD ed. 21

Proceso de arbitraje

1.^{er} concepto de evaluación:

12 de febrero de 2018

2.^{do} concepto de evaluación:

4 de septiembre de 2018

© Universidad Católica de Colombia

© Sandra Milena Daza Coronado

© Salvador Morales Ferrer

Primera edición, Bogotá, D. C.

Febrero de 2019

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo

John Fredy Guzmán Vargas

Diseño de colección

Juanita Isaza

Diagramación

Andrés Mauricio Enciso Betancourt

Publicación digital

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Bogotá, D. C., Colombia

Impresión

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

Cómo citar esta obra

En APA:

Daza Coronado, S. M. y Morales Ferrer, S. (2019). *El derecho al cuidado: un estudio comparado del modelo español y europeo*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.

En Chicago:

Daza Coronado, Sandra Milena y Salvador Morales Ferrer. *El derecho al cuidado: un estudio comparado del modelo español y europeo*. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2019.

Facultad de Derecho

Calle 47 N° 13-32

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72, piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Facultad de Derecho

Grupo de investigación

Grupo de estudios de Derecho Privado y Propiedad Intelectual (GEPPI)

Línea de investigación

Constitucionalización del derecho privado

Proyecto de investigación

Los retos del derecho privado contemporáneo en el contexto del debate constitucional y los nuevos desarrollos de la economía”, fase II

Resumen

El derecho al cuidado como término actual innova el trascendente régimen de la dependencia que se ha configurado como un modelo en el Derecho Español y reflejado en la legislación de países Europeos. Este libro presenta un estudio exhaustivo y comparado en el que se analiza el concepto jurídico de la dependencia, se valoriza a los sujetos en situaciones de discapacidad y a los cuidadores sean de hecho, de derecho y profesionales. Es una aproximación de la lucha por el bienestar y derechos de la población dependiente y de sus familias que sufren las consecuencias de dicha situación en torno a la problemática económica, política y legal.

Palabras clave

Régimen de la dependencia, derecho al cuidado, Derecho Español, Derecho Europeo, discapacidad

Abstract

The current term of right to care updates the transcendent dependency system that has been established as a model in Spanish law and reflected in the legislation of European countries. This book presents an exhaustive and comparative study that aims to analyze the legal concept of dependence, and to evaluate subjects in situations of disability, as well as their caregivers (be they of fact, of law, or professional). It offers an approach to the fight for the welfare and rights of the dependent population and their families, who suffer the consequences of this situation with regard to economic, political, and legal problems.

Keywords

Dependency system, right to care, Spanish law, European law, disability

CONTENIDO

Prólogo	11
Introducción	13
Capítulo I. El concepto jurídico de dependiente	17
El concepto de dependiente en el contexto internacional.....	20
El concepto de dependencia en la Unión Europea y su repercusión en España.....	22
Delimitación de la figura jurídica de la dependencia en España	24
Los distintos modelos a través de la historia	26
El modelo eugenésico	26
El modelo de marginación	27
El modelo médico o rehabilitador.....	28
El modelo social.....	28
Capítulo II. Los sujetos activos en la dependencia en los países comunitarios	31
El modelo nórdico de cuidador	32
El modelo sueco	32
El modelo danés	34
El modelo finlandés	36
El modelo noruego	37
El modelo del Reino Unido	38
El modelo continental de cuidador.....	39
El modelo alemán.....	39
El modelo francés.....	40
El modelo austriaco	42
El modelo de Luxemburgo.....	42

Capítulo III. Los sujetos activos en el sistema español	45
El cuidador de derecho	45
El tutor	46
La tutela en las personas jurídicas.....	47
La tutela a cargo de la entidad pública.....	47
El guardador de hecho	49
El encargado cuidador	51
Los cuidadores profesionales	51
La estabilidad laboral de los cuidadores profesionales.....	52
La formación de los cuidadores profesionales.....	53
La figura jurídica del cuidador no profesional.....	54
Los distintos tipos de cuidador no profesional.....	55
El régimen jurídico social de los cuidadores no profesionales.....	56
El asistente personal	61
La contratación del asistente personal en la dependencia.....	62
El voluntariado	65
Capítulo IV. La situación material en el entorno del dependiente y sus circunstancias	67
El entorno familiar.....	67
La apertura bidireccional de la familia hacia las personas dependientes.....	69
Los menores	69
Las consideraciones relativas al apoyo a las familias	70
El entorno social.....	70
El ámbito del dependiente en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006.....	72
La asistencia social a personas discapacitadas y la jerarquía de los bienes públicos.....	74
La iniciación de actividades económicas, laborales, empresariales y profesionales de las personas discapacitadas.....	75
El sistema de financiación en la discapacidad	79
El acceso a los servicios sanitarios por los discapacitados	80
El acceso de los discapacitados a los servicios y en los centros de educación	82
El acceso al disfrute de la vivienda protegida al discapacitado	82
Capítulo V. Regulación legal de la dependencia en las constituciones europeas	85
La regulación legislativa de la dependencia en los países europeos	86
Los países nórdicos	87
Los países anglosajones	90
Los países continentales	92

Capítulo VI. El nacimiento de la protección normativa de la dependencia en España	101
La regulación legal de la dependencia en España	103
La evolución legislativa en España	109
El período 1900-1928	109
Período 1930-1939	110
Período 1940-1950.....	110
Período 1960-1970.....	112
El evolutivo preconstitucional 1970-1977	113
Período constitucional 1978-2000	114
La determinación actual del grado de dependencia en España	115
El régimen legislativo vigente entre España y las Comunidades Autónomas.....	120
Capítulo VII. La Ley 39 de 2006 y su contenido sustantivo	123
Los derechos y las obligaciones de las personas dependientes	125
El derecho de información y la confidencialidad de datos en las personas dependientes	128
La información clínica o asistencial y el consentimiento informado.....	129
El derecho a la autonomía personal y la tutela judicial.....	130
Las obligaciones de los dependientes	131
Los requisitos generales de la Ley 39 de 2006	133
La residencia en España de la persona dependiente	135
Los españoles dependientes residentes en el extranjero	136
Capítulo VIII. Igualdades y desigualdades en las Comunidades Autónomas de España frente a la aplicación de la Ley 39 de 2006	137
El desarrollo competencial en las Comunidades Autónomas en la materia de la autonomía y atención de la dependencia.....	140
La dependencia y su regulación autonómica en la Comunidad Valenciana.....	141
La regulación autonómica de la dependencia en la Comunidad Valenciana	142
La atribución competencial de funciones y servicios	143
La organización autonómica en la Comunidad Valenciana	144
El Consejo Valenciano de Bienestar Social	147
El Consejo Interterritorial de Servicios Sociales, Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia de la Comunidad Valenciana.....	147
La legislación de la dependencia en la Comunidad Valenciana.....	148
Competencia, función y composición de los órganos en la Comunidad Valenciana	148
El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones del sistema en la Comunidad Valenciana	150

La ley de dependencia en las entidades locales valencianas.....	151
La regulación de la dependencia en las demás Comunidades Autónomas.....	152
Los elementos diferenciadores en las regulaciones autónomas.....	152
Los elementos comunes en las Comunidades Autónomas.....	156
La competencia de las Comunidades Autónomas en la dependencia.....	156
La asistencia social necesaria en las Comunidades Autónomas.....	157
La administración autonómica.....	157
El órgano calificador en la comunidad autónoma.....	157
Conclusiones.....	159
Bibliografía.....	161

PRÓLOGO

La presente obra aborda un tema de gran relevancia jurídica, pero, sobre todo, de gran actualidad e interés social. Se fundamenta sistemáticamente en tres pilares de análisis, desde donde se hace un estudio exhaustivo al respecto: el concepto de dependencia, los sujetos intervinientes y los derechos que les asisten.

Para enmarcar este problema en su contexto, se comienza primero ilustrando, por su alcance didáctico, el concepto jurídico de dependiente. Resulta apreciable el esfuerzo por describir el entorno y las circunstancias en las que se encuentran las personas dependientes, al igual que valorizar los demás sujetos intervinientes en las situaciones de dependencia. Es el caso del cuidador de hecho, de derecho y los cuidadores profesionales.

La evolución para mejorar este ámbito resulta meritoria, por lo cual, en ocasiones, se ve reflejada en la labor de otros países. En este sentido, en el libro se esquematiza la regulación legislativa de la dependencia en los países europeos. Desde luego, conviene potenciar estos sistemas de protección según la forma y como lo proponen los textos internacionales (p. e., la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

Cabe agradecer la ilustración y recordatorio que ello implica en orden a la visualización de las transformaciones en este ámbito y las posibilidades de mejora de la protección de las personas dependientes. Al explorar estas posibilidades, otras figuras aplicables con planteamientos semejantes desde el punto de vista de la argumentación jurídica pueden transportarse al ordenamiento español, y hacerlo con mayor o menor éxito dependiendo de las circunstancias de cada caso.

Por otra parte, se profundiza en los comentarios legislativos que tiene la Ley 39 del 2006 en cuanto a promoción personal y atención a las personas en situación de dependencia, tanto en los requisitos de aplicación de la ley, en el estudio de los distintos aspectos que les concierne, como en el derecho de información y la confidencialidad de datos en las personas dependientes, la información clínica o asistencial, el consentimiento informado y el derecho a la autonomía personal y tutela judicial.

Desde luego, un importante reclamo de la obra radica en el estudio de desigualdades entre comunidades autónomas en la aplicación de la legislación nacional, probablemente una de las más acusadas deficiencias del sistema de protección de los derechos de las personas con dependencia. En este sentido, resultará muy práctico el estudio de los elementos diferenciadores en cada una de las demás comunidades autónomas, tomando como referencia la comunidad valenciana, lugar de procedencia de uno de los autores.

Por todo lo expuesto, es de aplaudir la publicación de esta investigación, más aún cuando debe destacarse no solo el estudio de la evolución de la dependencia en España, sino la perspectiva de análisis comparado de la obra respecto a la protección de la dependencia en otros países europeos, para posteriormente afrontar las posibles desigualdades de la aplicación legislativa en las distintas comunidades autónomas.

Raquel Guillén Catalán
Profesora titular de Derecho Civil
Universidad de Valencia

INTRODUCCIÓN

Desde los orígenes y hasta la actualidad han existido personas con dependencia. En la época romana y griega en cierto modo estaban influenciados por motivos políticos; en la Edad Media se marginaba a las personas con discapacidad; en el siglo XIX se actuó mediante el modelo rehabilitador; en el siglo XX han coexistido variados conceptos como *subnormal*, *disminuido* o *discapacitado*; en el siglo XXI el concepto de dependiente se refiere a la persona que necesita de la atención de un tercero para atender sus necesidades básicas en la vida diaria.

Por otro lado, la dependencia remite a las familias, dado que son responsables de los menores en el sistema educativo y familiar; así también, a las personas discapacitadas por motivos de enfermedad, accidente o vejez. Por eso, cabe resaltar la introducción del concepto de dependiente en el derecho privado, concretamente en el derecho laboral; un proceso positivo por cuanto este fue reconociéndose en otros ámbitos del derecho, como el constitucional, el civil y el administrativo, hasta resultar en un concepto muy utilizado en la doctrina en España.

Se reconoce entonces la importancia de conocer la dependencia desde la Antigüedad hasta nuestros días, y sus conceptos variados y factores, para entender la actual legislación de dependencia, al igual que su derivación en los diversos ámbitos del derecho internacional y el derecho español que protegen los derechos de las personas dependientes. Asimismo, es necesario aclarar el aporte del análisis al modelo de dependencia en España, ya que fue un concepto nuevo para el derecho como medida de protección para la persona dependiente tras la llegada

de la Ley de Dependencia en el 2006¹, la cual supuso un avance en la legislación para la Unión Europea y otros países extracomunitarios como Colombia. Este último país señala en su Constitución Política², artículo 13: “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”; aunque analógicamente se entiende como *personas discapacitadas*. En el mismo sentido, cabe mencionar el concepto jurídico sobre el proyecto de Acuerdo 316 de 2015³, “por medio del cual se establece una política pública para cuidadores y familiares voluntarios de personas con dependencia de cuidado y conformación de redes barriales del cuidado familiar y voluntario en la ciudad de Medellín”. Conviene señalar que no existe una norma en Colombia que regule la dependencia.

Este libro describe los distintos modelos de protección de la persona dependiente, tanto en el ámbito del modelo español como del modelo europeo, unificando legislativamente el concepto de dependencia e intentando aportar a los países extracomunitarios como Colombia un modelo de dependencia. Hoy es importante conocer la dependencia y su concepto desde sus inicios hasta la actualidad, al igual que la protección que legislativamente se le concede a la persona dependiente.

Esta publicación está conformada por ocho capítulos. En el capítulo 1 se estudia el concepto de discapacitado desde el punto de vista del sistema español e internacional, además de las distintas formas de dependencia a través de la historia. En el capítulo 2 se estudian los cuidadores europeos. En el capítulo 3 se abordan las distintas formas de cuidador en España. En el capítulo 4 se analiza la situación material de las personas dependientes. En el capítulo 5 se estudian las constituciones europeas y la aplicación de la dependencia. En el capítulo 6 se trata el análisis jurídico en la historia de España, en atención a la dependencia hasta su actualidad. En el capítulo 7 se abordan los deberes y obligaciones de las

1 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, “De promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia Jefatura del Estado”, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 299.

2 Congreso de la República de Colombia, *Constitución Política*, 1991. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

3 Concejo de Medellín, Concepto Jurídico sobre el Proyecto de Acuerdo 316 de 2015. <http://www.personeriamedellin.gov.co/index.php/informacion-al-ciudadano/documentos/conceptos-juridicos/category/9-conceptos-juridicos-2015?start=20>

personas dependientes. En el capítulo 8 se trata el estudio de la dependencia en las Comunidades Autónomas, especialmente la Comunidad Valenciana, y los elementos diferenciadores en otras comunidades autónomas españolas, entre ellas la Comunidad Autónoma del País Vasco, la Comunidad Autónoma de Cataluña, el Principado de Asturias, la Comunidad Autónoma de Extremadura, la Comunidad Autónoma de La Rioja, la Comunidad Autónoma de Murcia, la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Comunidad Autónoma de Galicia, la Comunidad Autónoma de Illes Balears, la Comunidad Autónoma de Madrid, la Comunidad Autónoma de Navarra, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y las ciudades de Ceuta y Melilla.

EL CONCEPTO JURÍDICO DE DEPENDIENTE

La discapacidad tiene a la atención como elemento primordial respecto a las necesidades básicas de la vida diaria de una persona. Rodríguez la define de este modo:

Aquel estado en que se encuentran las personas que, por razones ligadas a la falta o 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, actividades relativas al cuidado personal, movilidad en el hogar; tareas domésticas; recoger objetos y personas así como ejecutar órdenes sencillas, si bien no existe un completo acuerdo en la extensión del contenido de las mismas⁴.

Según lo anterior, se entiende que la persona dependiente tiene un déficit para sus actos de movilidad y una necesidad instrumental; ambos son aspectos necesarios para su vida y para realizar los actos cotidianos. Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Navarra, del 11 de enero de 2013, en sus dos fundamentos jurídicos, la concibe de este modo:

[Es] 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

.....
4 Gregorio Rodríguez Carrero, "Bases demográficas de la dependencia. Población en situación de dependencia y cuidados informales". En AA. VV., *Comentario sistemático a la Ley de Dependencia, Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal en situación de dependencia y normas autonómicas* (Navarra: Aranzadi, 2008), 27.

vida diaria, o en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía persona⁵.

Al hilo la doctrina, cabe citar el aporte de O'Shea:

Dependencia es un estado en que las personas, debido a la falta o la pérdida de autonomía física, psicológica o mental, necesitan de algún tipo de ayuda y asistencia para desarrollar sus actividades diarias. La dependencia podría también estar originada o verse agravada por la ausencia de integración social, relaciones solidarias, entornos accesibles y recursos económicos adecuados para la vida de las personas mayores⁶.

Para delimitar, se puede decir que este es un concepto multidimensional en el que concurren ciertos factores por tener en cuenta: físicos, mentales, emocionales, jurídicos, económicos y sociales. La dependencia no se refiere solo a criterios funcionales o clínicos, sino que también incluye criterios físicos, mentales y económicos. En este último sentido, manifiesta Sempere: "Baste pensar que quienes más dependencia real tienen son las personas que suman a sus limitaciones psicofísicas un entorno económicamente débil"⁷. También se ponen de manifiesto las limitaciones socioculturales de la gente mayor con dependencia, enfermos o personas con discapacidad. Por ello, es primordial que exista una innovación y la emergencia de nuevos sistemas en este campo de atención a la dependencia, con la posibilidad de concurrir hacia la dirección de soluciones privadas.

La problemática de toda esta evolución se resume en cómo mantener el nivel de protección y cómo satisfacerlo, porque existen vacíos concernientes a la demora de su aplicación por parte de las administraciones. Desde este punto de vista, lo más importante es la protección social⁸. En esta línea, Noreas argumenta la importancia de ofrecer "servicios continuados de carácter personal y sanitario desde un enfoque biopsicosocial". Se entiende entonces que los elementos que

5 Tribunal de Navarra, Sentencia del 11 de enero de 2013, ponente: María Jesús Azcona Labiano.

6 Eamon O'Shea, *La mejora de la calidad de vida de las personas dependientes* (Galway: Universidad Nacional de Irlanda, 2003), 10. <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/oshea-mejora-01.pdf>

7 Antonio Vicente Sempere Navarro, "Antecedentes y estructura de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, 'de Dependencia'", *Revista Doctrinal Aranzadi Social* 17 (2006): 255.

8 La Constitución Española de 1978 señala en su artículo 41: "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 concepto jurídico de dependiente.

se deben proteger en las personas dependientes son los cuidados prolongados, el sistema sanitario, las pensiones y las subvenciones⁹.

El origen del concepto de discapacidad en el mundo del derecho puede rastrearse en las políticas legislativas con destino a garantizar los servicios sociales para los veteranos de guerra con discapacidad. En aquellos momentos se creía en la obligación de la sociedad de compensar a estas personas por medio de pensiones de invalidez, beneficios de rehabilitación y cuotas de tipo laboral.

En los años sesenta estas medidas fueron extendiéndose a todas las personas con discapacidad, siendo el paso para la rehabilitación a las personas con dependencia de carácter natural. En todo ello se constató la normalización y pronto se pasó a otras medidas como la educación especial, los beneficios de rehabilitación médica y vocacional y los servicios de asistencia institucionalizada. Así, las personas con discapacidad recibían beneficios de los servicios sociales, perfilándose como un problema de carácter individual de la persona en la sociedad, con las consecuencias que trae para el discapacitado enfrentarse a la sociedad.

La rehabilitación se entiende como un proceso para afrontar el problema de discapacidad de la persona ocasionado por una enfermedad, accidente o condición de su salud; en consecuencia, se requieren cuidados médicos prestados por profesionales, con tratamiento individual. Al mismo tiempo, el tratamiento de la discapacidad se encuentra encaminado hacia la consecución de la cura, la mejor adaptación de la persona o el cambio de conducta. En algunos países este concepto llega con el paso a la dependencia, entendida como la necesidad de ayuda de otra persona para las necesidades básicas diarias.

Desde el punto de vista jurídico, la dependencia y la discapacidad están incluidas dentro de la legislación de la asistencia y la seguridad social en España, y en ciertas partes en el ámbito del derecho civil. Conviene mencionar que la legislación española tendría que incluir solamente el concepto de dependencia, pues el concepto de discapacidad está conceptualizado en varios ordenamientos jurídicos extranjeros e incluso extracomunitarios, incluyendo Colombia.

.....
9 Luis Enrique Nores Torres, "Servicios (III): el servicio de atención residencial". En AA. VV., *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007), 392.

El concepto de dependiente en el contexto internacional

En la Clasificación Internacional de Enfermedades no está definida *dependencia*, sino *discapacidad*. En concreto, Cáceres menciona a este respecto:

La discapacidad, y concretamente su definición, ha suscitado y suscita numerosos debates, que ponen sobre la mesa cuestiones como la igualdad, la justicia social, la marginación, la opresión, la participación. [...] En este contexto resulta de especial relevancia el papel protagonista de las propias personas con discapacidad y el esfuerzo de los organismos internacionales por superar lastres históricos relacionados con la definición de la discapacidad incorporando la propia percepción de las personas afectadas¹⁰.

La Organización Mundial de la Salud publicó en 1980 la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías, resultado de las investigaciones y los trabajos iniciados en 1972 a partir de la Clasificación Internacional de Enfermedades. Esta última era insuficiente para clasificar las consecuencias de la enfermedad sobre el desarrollo general de la persona. En el 2001 apareció la Clasificación Internacional del Funcionamiento, las Discapacidades y la Salud, que constituyó un gran avance en el concepto de discapacidad, pues se incluye el entorno físico y social como elemento primordial para desencadenar la discapacidad. Así lo manifiestan De Lorenzo y Palacios: “Su objeto es brindar un lenguaje unificado y estandarizado y un marco social para la descripción de la salud y los estados relacionados con la salud”¹¹. Asimismo, Cáceres afirma en este sentido:

La Organización Mundial de la Salud, en 1980, delimitó el significado y sus tipos de deficiencias, discapacidades y minusvalía, a partir de la necesidad de considerar no solo la enfermedad sino las consecuencias de esta en todos los aspectos de la vida de la persona¹².

Según lo anterior, puede entenderse que la Clasificación Internacional de Enfermedades, en lo relativo al concepto de discapacidad, une la deficiencia de

10 Celsa Cáceres Rodríguez, “Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS”, *Revista Electrónica sobre Audiología* 2 (2004): 1. <http://www.auditio.com/docs/File/vol2/3/020304.pdf>.

11 Rafael de Lorenzo y Agustina Palacios, “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”. En AA. VV., *Los Derechos de las personas con discapacidad*. Vol. I (Madrid: Lerko Print, 2007): 9.

12 Celsa Cáceres Rodríguez, “Sobre el concepto de discapacidad”, *op. cit.*, p. 1.

•El concepto jurídico de dependiente.

la persona, las limitaciones en su actividad y las restricciones de su participación en la sociedad con los factores ambientales de su entorno, y así logra integrar diferentes dimensiones, por medio de un enfoque biopsicosocial. Cáceres dice que “la Clasificación Internacional de Enfermedades intenta conseguir una visión unitaria de las diferentes dimensiones de la salud desde una perspectiva biológica, individual y social”¹³.

En este punto, cabe mencionar algunos países latinoamericanos en lo que concierne al tema. En Colombia, la Resolución 5929 de 2016 señala: “La Constitución dispone la concurrencia del Estado, la sociedad y la familia para brindar protección y asistencia a las personas en situación de discapacidad”¹⁴. De la misma forma, para el caso de Brasil, Diniz indica:

[El país] ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Deficiencia en 2008. Eso significa que un nuevo concepto de deficiencia debe existir en las acciones del Estado como garantía de justicia para la gente. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Deficiencia no ignora las especificaciones corporales, por eso menciona “impedimentos de naturaleza física, intelectual o corporal”¹⁵.

Por otro lado, cabe mencionar la Ley 8742 de 1993, de la Presidencia de la República de Brasil, que en su artículo 20 dispone:

La condición de acogimiento en instituciones de larga permanencia no perjudicará el derecho a la persona con deficiencia al beneficio de la prestación continuada. [...] La concesión del beneficio estará sujeta a la aprobación de deficiencia y del grado de impedimento que se trata, siempre aprobada por la medicina y la aprobación de los médicos peritos asistentes sociales del Instituto Nacional de la Seguridad Social [traducción propia]¹⁶.

Por lo anterior, se entiende que el legislador de Brasil se adelantó a la Convención de Derechos Humanos de 2006. En sí cabe mencionar que el concepto de dependencia en el contexto del derecho internacional no debería modificarse

13 Celsa Cáceres Rodríguez, “Sobre el concepto de discapacidad”, *op. cit.*

14 Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia, Resolución 5929 de 2016, “Por la cual se modifica la Resolución 4244 de 2015...”, *Diario Oficial* 50.075. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-5929-de-2016.pdf>.

15 Debra Diniz, “Deficiência, direitos humanos e justiça”, *Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos* 6, n.º 1 (2009).

16 Presidencia de la República del Brasil, Jefatura de Asuntos Sociales, Ley 8742 de 1993, Ley Orgánica de la Asistencia Social. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm.

por el concepto de discapacitado. En Brasil, por ejemplo, al discapacitado se le denomina *deficiente*.

El concepto de dependencia en la Unión Europea y su repercusión en España

El concepto de discapacidad es el más expresivo en el concepto de dependencia de la Unión Europea, en la Recomendación (98) 9, del Comité de Ministros a los Estados miembro, relativa a la dependencia, y en su anexo a la Recomendación (98) 9.1, donde se señala:

La dependencia es un estado en el que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o 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 diaria¹⁷.

Se puede observar entonces que la norma entra ya directamente en el concepto de dependencia sin hacer más hincapié en otros. Además, advierte que la dependencia puede afectar a cualquier sector de la población, no solo a las personas mayores. Finalmente, la recomendación cita que este tipo de dependencia no contempla la prestación económica; por el contrario, recuerda a los Estados parte que deben tomar medidas sobre la situación de la persona dependiente. Asimismo, en el punto 2 de su anexo a la Recomendación r (98) 9 enuncia los principios generales a favor de las personas dependientes:

Los poderes públicos deben garantizar la calidad de los cuidados y de los servicios. Las personas afectadas por dependencia deben ser tratadas sin discriminación, en particular en lo que concierne al acceso a la infraestructura y a los servicios creados para ellas¹⁸.

En esta recomendación el concepto de dependiente se muestra muy integral en su definición, pues ya no entra a valorar los conceptos de discapacidad o minusvalía. El segundo elemento que resalta es la vinculación a la Constitución Española de 1978 en su artículo 9.2, donde expresa:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas;

.....
¹⁷ Comité de Ministros a los Estados Miembros, Recomendación (98) 9, del 18 de septiembre de 1998. <http://sid.usal.es/idocs/F3/LYN10476/3-10476.pdf>.

¹⁸ *Ibíd.*

•El concepto jurídico de dependiente.

remover obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social¹⁹.

Con el nexo de unión, expresa la Constitución Española en su artículo 49:

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 para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

En la misma línea, la recomendación hacía alusión a la Ley 51 de 2003, “Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”²⁰, que en su artículo 2 dice: “Esta ley se inspira en los principios de vida independiente, normalización, accesibilidad universal, diseño para todos, diálogo civil y transversalidad de los poderes en materia de discapacidad”. De la misma forma se expresa la norma vigente, el Real Decreto Legislativo²¹, que atendía a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Por cierto, debería adecuarse al concepto de dependiente de la recomendación (98) 9, del Comité de Ministros a los Estados miembros, aunque la Constitución Española y las demás normas no lo exprese. Calvo menciona en este sentido:

La Fundación Nacional de Gerontología y el Ministerio de Asuntos Sociales francés elaboraron en común en 1987 un texto de una trascendencia fundamental para el reconocimiento de los derechos de las personas mayores dependientes y para la organización de su protección, la Carta de los Derechos y las Libertades de la Persona Mayor Dependiente²².

Allí se define la dependencia física o psíquica como “resultado de estados patológicos, algunos de los cuales pueden ser prevenidos o tratados”. En 1987,

19 Constitución Española, *op. cit.*, 11-26.

20 Jefatura del Estado, Ley 51 de 2003, De igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 289. (Disposición derogada).

21 Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Real Decreto Legislativo 1 de 2013, del 29 de noviembre, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 289. Este decreto señala en su parte expositiva: “Finalmente, es imprescindible hacer referencia a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable y numeroso al que el modo en que se estructura y funciona la sociedad ha mantenido habitualmente en conocidas condiciones de exclusión”.

22 Rafael Calvo Ortega, “Delimitación de conceptos y análisis de los principales ordenamientos”. En AA. VV., *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas* (Pamplona: Aranzadi, 2007), 35.

aunque fuera una fundación, logró tener una visión avanzada del concepto de dependencia. Puede añadirse que la Unión Europea tuvo cierta transcendencia en España para la promulgación de la Ley de Dependencia²³, al delimitar los conceptos de dependiente y discapacitado; por el contrario, no influyeron las normas internacionales, puesto que se quedaron enmarcadas en el concepto de discapacidad.

Delimitación de la figura jurídica de la dependencia en España

En cuanto a la figura de la dependencia, Barcelón expresa:

Hasta en los momentos recientes y dentro del Derecho de la Seguridad Social, se ha venido considerando como una situación estrictamente económica; de esta forma la dependencia económica servía para ser utilizada como un requisito de acceso o mantenimiento de las prestaciones, constituyendo en cierta medida un elemento de la acción tutelar del Sistema de la Seguridad Social²⁴.

De esta forma, centrándose en la legislación anterior, en la Ley 13 de 1982, de Integración Social de los Minusválidos, se establece lo siguiente en el artículo 7:

A los efectos de la presente Ley se entenderá por minusvalía toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales²⁵.

Hasta el momento solamente la norma trasciende a la integración social, pero con la existencia de unas baremaciones para ser incluidos como minusválidos. Además, permanece en la misma línea con la norma anterior, que a su vez se complementaba con la Ley 51 de 2003; por tanto, la norma establecía una protección antidiscriminatoria hacia la persona dependiente.

En la actualidad también existe una baremación para la persona discapacitada que garantiza y hace efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades.

23 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, del 14 de diciembre, De promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 299.

24 Susana Barcelón Cobedo, "Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de Protección Social", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 60 (2006): 13. <http://sid.usal.es/idocs/F8/ART9546/Est01.pdf>.

25 Jefatura del Estado, Ley 13 de 1982, de Integración Social de los Minusválidos, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 103. (Disposición derogada)

•El concepto jurídico de dependiente.

Así, cumplen la consideración de personas con discapacidad aquellas que tienen reconocido un grado igual o superior al 33%²⁶. Por ello, se modifica ahora el concepto de *minusválido* por el de *discapacidad*, y además se atiende a los grados de discapacidad, que responderán a criterios técnicos unificados. Cabe mencionar, por tanto, la norma vigente: el Real Decreto Legislativo 1 de 2013, que modifica todas las normas anteriores y en su artículo 2 señala:

A efectos de esta ley se entiende por: a) Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás²⁷.

El artículo 12.2.3 de la misma norma estipula:

2. Los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad son los órganos encargados de valorar y calificar las situaciones de discapacidad, para su reconocimiento oficial por el órgano administrativo competente.

3. Son funciones de los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad: a) Emitir un dictamen técnico normalizado sobre las deficiencias, las limitaciones para realizar actividades y las barreras en la participación social, recogiendo las capacidades y habilidades para las que la persona necesita apoyos. b) La orientación para la habilitación y rehabilitación, con pleno respeto a la autonomía de la persona con discapacidad, proponiendo las necesidades, aptitudes y posibilidades de recuperación, así como el seguimiento y revisión. c) La valoración y calificación de la situación de discapacidad, determinando el tipo y grado de discapacidad en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación, sin perjuicio del reconocimiento del derecho que corresponda efectuar al órgano administrativo competente. Las calificaciones y valoraciones de los equipos multiprofesionales de calificación y reconocimiento del grado de discapacidad responderán a criterios técnicos unificados, basados en la evidencia disponible, y tendrán validez ante cualquier organismo público y en todo el territorio del Estado.

.....
26 El artículo 1.1 de la Ley 51 de 2003 señala: "1. De conformidad con lo previsto en el artículo 1.2 del Real Decreto de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100". Por su parte, la Ley 1414 de 2006 "determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003 de 2 de diciembre de 2003, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad".

27 Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Real Decreto Legislativo 1 de 2013, del 29 de noviembre, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 289.

Al hilo de la discusión, Marrades menciona sobre la norma:

Tiene el objeto de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igual condiciones respecto del resto de los ciudadanos y ciudadanas²⁸.

Asimismo, el artículo 2.b de la norma señala:

b) Igualdad de oportunidades: es la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o por razón de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, laboral, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva²⁹.

Se hace referencia, entonces, a las denominadas situaciones de dependencia con la necesidad de una tutela específica, en las sociedades posmodernas y en los actuales sistemas de protección social; la dependencia se orienta como un riesgo social. Conviene mencionar que el grado de discapacidad está unido al de dependiente, por lo que el legislador español debería unificar el grado de dependencia.

Los distintos modelos a través de la historia

Si se realiza una reflexión respecto a las distintas tipologías de discapacidad dentro del marco histórico en las distintas etapas de la sociedad, se pueden distinguir cuatro modelos: el eugenésico, el de marginación, el médico y el social.

El modelo eugenésico

Está situado en la época de la Antigüedad. En las sociedades griega y romana, por motivos religiosos y políticos, era un inconveniente el desarrollo y crecimiento de los niños con deficiencias. Para el caso de Grecia, las explicaciones estaban basadas en que la discapacidad tenía connotaciones religiosas, por cuanto

28 Ana Marrades Puig, "La ley general de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social: diversidad, dignidad e igualdad de oportunidades", *Revista Española de la Función Consultiva* 24 (2015): 265.

29 Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Real Decreto Legislativo 1 de 2013, del 29 de noviembre, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 289.

•El concepto jurídico de dependiente.

el nacimiento de un niño con tal condición era el resultado de un pecado cometido por los padres. Para el caso de Roma, el nacimiento de un niño con deficiencias era una advertencia con la alianza con los dioses, y se tenía la convicción de que eran una carga para los padres.

Coulanges sostiene que “la ley permitía al padre matar al hijo, ley que encontramos [también] en Grecia”³⁰. Entretanto, De Asís, Barifi y Palacios señalan que “inclusive para el resto de la comunidad romana, era un modelo el prescindir de las personas que estaban afectadas por una deficiencia, por medio del recurso a prácticas eugenésicas, por el medio del infanticidio”³¹. En consecuencia, más que un modelo religioso, la persona con discapacidad no aportaba nada para la sociedad griega y romana, eran individuos de los que se podía prescindir.

El modelo de marginación

Este tipo de modelo se encuentra en la Edad Media. Las personas con discapacidad estaban insertas en el grupo de los pobres, los marginados, en situación de exclusión; en consecuencia, se subestimaba a las personas con deficiencias y se les trataba con la consideración de compasión, o bien, de temor o rechazo, por miedo a los maleficios o por ser la advertencia de un peligro inminente. Cabe destacar que los encargados de diagnosticar —el médico o el sacerdote— diferenciaban si un proceso en el comportamiento extraño era de carácter natural o diabólico. Aguado destaca en este sentido:

La característica más sobresaliente de la Edad Media gira en torno a la eclosión de la tradición demonológica, que en la Europa Occidental tendrá su máxima expresión en la posesión diabólica y en la Inquisición. Sin embargo, los médicos árabes se encuentran con parecidas limitaciones que los cristianos debido a su libro sagrado, el Corán³².

Por ello, se entiende por qué en muchas ocasiones el peritaje médico estaba supeditado a la lógica teológica: pensar si era obra de Dios o del diablo.

.....
30 Fustel de Coulanges, *La ciudad antigua. La autoridad en la familia* (Madrid: Edaf, 1982): 88.

31 Rafael De Asís, Francisco Barifi y Agustina Palacios, “Principios éticos y fundamentos Jurídicos”. En AA. VV., *Tratado sobre discapacidad* (Pamplona: Aranzadi, 2007): 85.

32 Antonio León Aguado Díaz, *Historia de las deficiencias* (Madrid: Escuela Libre y Fundación Once, 1995): 5. <http://sid.usal.es/idoocs/F8/8.1-5051/librohistoriadelasdeficiencias.pdf>.

La sociedad de la Edad Media actúa frente al discapacitado excluyéndolo; las personas con discapacidad subsistían mediante la mendicidad o actuando como objeto de diversión. A diferencia del modelo eugenésico, ya no se cometen infanticidios, aunque la mayoría de los niños mueren por falta de recursos económicos.

El modelo médico o rehabilitador

Desde este punto de vista, ya no se considera que las causas que originan la discapacidad sean religiosas, sino que se asume el papel científico. Así, se entiende que la discapacidad es causada por la limitación física, psíquica o sensorial. Las personas con discapacidad dejan de ser consideradas como inútiles o innecesarias, siempre que sean rehabilitadas. En consecuencia, con este modelo se intenta normalizar a las personas con deficiencias físicas para integrarlas en la sociedad.

Las primeras formas de aplicación del modelo rehabilitador se inician en el mundo moderno. En el ámbito legislativo, tal proceso se sitúa a comienzos del siglo XX, cuando finalizó la Primera Guerra Mundial, a causa de las secuelas bélicas y los accidentes laborales. De este modo lo mencionan De Lorenzo y Palacios: “Fue así como en este momento la discapacidad comenzó a ser relacionada con los heridos de guerra [y estos] tomaron el lugar de las personas con discapacidad y esta comenzó a ser vista como una insuficiencia, una deficiencia a ser erradicada”³³. Por eso, la persona discapacitada está recatada y más cercana a la sociedad.

El modelo social

En este modelo se consolidan los presupuestos fundamentales que explican las causas de la discapacidad. Este modelo no es individual, sino de carácter social; por ello, no son se reconocen las limitaciones individuales, sino que influye también la sociedad. Se entiende así la importancia de la prestación de servicios apropiados para el aseguramiento de las necesidades de las personas con discapacidad. El modelo social tiene como fin principal la supresión de los obstáculos que impiden a los discapacitados su plena integración en la sociedad, evitando su problematización. Es cierto que la definición de la discapacidad —en términos de

33 Rafael de Lorenzo y Agustina Palacios, “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”, *op. cit.*, 25.

•El concepto jurídico de dependiente•

los criterios de determinación de las personas que pueden considerarse discapacitadas— variará en función del modelo que se inicie.

En contraste con el modelo médico convencional, basado en el déficit, el modelo social centra su atención, más que en las limitaciones funcionales individuales, en problemas causados por el entorno y las barreras sociales y culturales. A diferencia del modelo médico o rehabilitador, que entendía que las causas de discapacidad eran individuales, en este modelo social se concibe que la discapacidad es un problema social. La perspectiva del modelo social no niega la importancia de llevar a cabo intervenciones de índole individual que sean adecuadas a la vida de los discapacitados —como tratamientos médicos, rehabilitadores, educacionales, empleo—, pero se centra en las limitaciones provocadas por su pertenencia a una sociedad pensada para personas no discapacitadas. En este sentido, De Lorenzo y Palacios manifiestan:

Los activistas con discapacidad y las organizaciones de personas con discapacidad se unieron para condenar su estatus como “ciudadanos de segunda clase”, reorientaron la atención hacia el impacto de las barreras sociales y ambientales, como el transporte y los edificios inaccesibles. [...] Este modelo se instaló principalmente en Estados Unidos y en el Reino Unido por medio de las demandas de las personas con discapacidad a principios de los años sesenta. En los Estados Unidos, donde existieron tradicionalmente políticas basadas en los derechos civiles, y en el Reino Unido se enfocó desde una diferente perspectiva, alcanzando cambios de política social y de legislación de derechos humanos³⁴.

Este modelo social tiene una importante contribución histórica y social, sobre todo para legislar en cuanto a las necesidades de las familias que tienen a cargo personas con dependencias, ya sean funcionales, sensoriales o psíquicas, y para el mismo dependiente. No obstante, es apenas la punta del *iceberg*, pues obligatoriamente la legislación sobre las personas con dependencia irá en consonancia con las necesidades actuales y futuras.

.....
34 *Ibíd.*, 18-19.

LOS SUJETOS ACTIVOS EN LA DEPENDENCIA EN LOS PAÍSES COMUNITARIOS

Este concepto gira en torno a las personas que atienden, para las necesidades básicas de la vida diaria, a las personas dependientes, con limitaciones vitales funcionales, sensoriales o psíquicas. Estas personas son indispensables para la concurrencia de la persona dependiente, dadas las limitaciones en mención.

En el derecho comparado se puede traer a colación la voz de Baviera y su “propuesta de [...] extensión del concepto ‘trabajador comunitario’ al asistente informal del seguro de dependencia”³⁵. La intención es el estudio de otros modelos en los que se observa que las soluciones difieren en función del Estado de bienestar vigente. Suecia fue el primer país en usar la figura del cuidador informal: se establecieron las primeras medidas de apoyo con contratos con los cuidadores, derechos de pensión y percepción de pensión. Como bien señala Leichsenring³⁶, estas medidas repercutieron en otros países de Europa, como Austria, Alemania, Francia y el Reino Unido, que instalaron un mecanismo integral de financiación basado en la atención prioritaria y duradera en la seguridad social. En otras palabras, consiste en apoyar a los cuidadores familiares; no se trata solo de reconocer

35 Inmaculada Baviera Puig, *La protección de la dependencia: un estudio global* (Pamplona: Thomson Aranzadi, 2007): 121.

36 Kai Leichsenring, *Providing integrated health and social care for older persons - A European overview* (Viena: European Centre for Social Welfare Policy and Research, 2003): 4.

su trabajo, sino de asumir el hecho de que la cobertura completa sea mediante profesionales.

El modelo nórdico de cuidador

Estos modelos no disponen de seguro público de protección a la dependencia, sino que surgen por la necesidad de que los ciudadanos sean atendidos; estamos, no obstante, ante los países que más gasto social tienen en bienestar social sobre el producto nacional bruto. Por causas del envejecimiento de la población, a partir de los ochenta empezó a extenderse progresivamente la idea de la protección a la dependencia, hasta el punto de alcanzar a las prestaciones y servicios sociales y sanitarios; todo ello basado en el proteccionismo universal que el Estado debe dar a todo ciudadano. Así, el tipo de financiación es público, compartido entre el Estado y las Administraciones territoriales, teniendo en cuenta el nivel de rentas y planteando algún copago para las personas dependientes.

Por otro lado, conviene tener en cuenta la función de los municipios: son ellos lo que atienden las demandas de los ciudadanos. La clave para entender la tradicional intervención de Estado en la atención a las personas mayores se halla en la inexistencia de la obligación legal de los hijos de atender a los padres, por lo que las personas dependientes son atendidas por cuidadores informales.

El modelo sueco

Frente a este modelo, Baviera señala:

A efectos prácticos, la eliminación de la obligación de alimentos tuvo lugar en 1956 con la eliminación de la abolición de alimentos en 1956, en la antigua Ley de Pobres. No obstante, permaneció formalmente en el Código Civil hasta 1979. Pero incluso en el pasado —antes que obligar a las familias— la Comisión Local de Ayuda a los Pobres, que funcionó a efectos parroquiales hasta 1952, pagaba a los parientes más próximos para que atendieran a los enfermos o discapacitados³⁷.

Por tanto, existió una proximidad de la administración con los ciudadanos. En la misma línea, Lakra sostiene:

.....
³⁷ Inmaculada Baviera Puig, *La protección de la dependencia: un estudio global*, op. cit., 123.

•Los sujetos activos en la dependencia en los países comunitarios•

Por una parte, la Ley de los Pobres en 1956 fue sustituida por una legislación de bienestar social. Así, ya no hay ninguna obligación legal de un hijo adulto para apoyar a su/sus padres. En cambio, el Servicio Social hace hincapié en el derecho legal de la persona a la asistencia de la sociedad³⁸.

De esta forma, la obligación filial se socializó y fue sustituida por la responsabilidad del Estado en la asistencia del individuo, constituyéndose así un derecho en la Ley de Servicios Sociales. Por otro lado, el cuidado de los familiares, amigos y vecinos es de carácter voluntario y, en teoría, es un complemento de los servicios públicos; se proporciona una gran parte de la atención a los ancianos que no pueden valerse por sí mismos. Por tanto, el objetivo del Parlamento fue la promulgación de la Ley de Servicios Sociales mediante nuevo párrafo en el que urgía a los municipios apoyar a las familias que tuvieran ancianos, discapacitados o enfermos crónicos a su cargo. Glendinning complementa en este sentido:

Además puso en actuación el Plan Nacional sobre Políticas Dirigidas a las Personas de Edad Avanzada, que entró en vigor en 1999. Este Plan incluía una importante subvención estatal para las autoridades locales, a lo largo de tres años (1999 a 2001), con una finalidad de apoyar a los cuidadores informales³⁹.

Se entiende entonces que la asistencia prestada por los cuidadores informales no pretende ser una sustitución, sino un complemento a la atención brindada por los cuidadores informales; de ahí que dispensan los servicios públicos actuando como medida de apoyo.

Empleo de familiares (*Anhöriganställning*)

En los años sesenta, los municipios fueron autorizados para contratar a un familiar que se hiciera cargo de un anciano enfermo por una jornada máxima de cuarenta horas semanales, aunque pudiera trabajar los fines de semana. Si está empleado por lo menos diecisiete horas semanales, adquiere derecho de pensión. El salario era equivalente al de un asistente doméstico municipal; pero como se considera ingreso, está sujeto a impuestos, no tiene derecho a permisos ni a

38 Organización Mundial de la Salud, *Responsibilities for care throughout the Life Span* (Ginebra: OMS, 2002): 14. <http://www.who.int/chp/knowledge/publications/ltclaws.pdf>.

39 Caroline Glendinning, *Support for carers of older people: Some intranational and internacional comparisons*, 1.ª ed. (Londres: Universidad de Manchester, 2004): 15-18. <https://www.york.ac.uk/inst/spru/pubs/pdf/support.pdf>.

vacaciones; estos últimos derechos deben ser negociados con el empleador. Debe señalarse que estas condiciones de empleo son poco favorables, pues han contribuido a una reducción de personas acogidas a este programa.

Subsidios de asistencia domiciliaria (*Anhörigbidrag*)

Estos subsidios consisten en una compensación económica que los municipios conceden a las personas mayores de setenta y cinco años, o a otros tipos de pensionistas, por la atención que reciben sus familias; por consiguiente, el coordinador municipal de asistencia domiciliaria es el que se encarga de valorar la necesidad, aunque cada municipio tiene diferentes criterios.

Permiso remunerado (*Närstaendepenning*)

Este permiso lo introdujo el Gobierno Sueco en 1989, dentro del seguro de enfermedad; estaba dirigido a aquellos empleados que tenían un familiar gravemente enfermo, en estado terminal, de modo que ellos pudieran mantener, durante el disfrute del permiso, hasta el 80% del salario, estando sujeto a imposición fiscal. Al mismo tiempo, tenían un derecho máximo de setenta días, que pueden tomarse en días completos, medio día o en horas sueltas. Así, desde 1992 se atiende al familiar en el hospital o en un establecimiento especializado, por lo que no es favorable optar por los días si son consecutivos, ni siquiera cuando el enfermo se encuentre en casa. Por otro lado, es necesario el consentimiento del enfermo y una declaración escrita del médico sobre la necesidad de la asistencia, que debe figurar en la solicitud del permiso y, por tanto, es bastante ventajosa.

Servicio de respiro (*Växelvards och avlösningplatser*)

A partir de la implantación en 1994 para el descanso de los cuidadores, esta demanda se incrementó cada año; consistía en centros de día o estancias breves para el anciano en las residencias, contribuyendo en los costes el usuario.

El modelo danés

En este modelo nunca existió la obligación legal de los hijos de atender a sus padres; en cambio, la Ley de Servicios Sociales prevé que uno es responsable de

•Los sujetos activos en la dependencia en los países comunitarios•

sí mismo, de su cónyuge y de los hijos menores de dieciocho años que tengan a su cargo. Por otro lado, el sistema danés goza de los servicios sociales más desarrollados; su provisión se ciñe cada vez más a los que precisa asistencia. Pero la provisión informal progresivamente está más reforzada a través de una serie de medidas, como el subsidio para la asistencia en el domicilio, el empleo de cuidadores, los servicios de descanso y la atención telefónica (se sigue el modelo sueco, pero con ciertas diferencias).

El servicio para la asistencia en el domicilio (*Plejevederlag*)

Este servicio fue implantado en Dinamarca en 1990 y está dirigido a aquellas personas que abandonen su trabajo o elijan trabajar a tiempo parcial para cuidar a un familiar o amigo en estado terminal, siempre con el consentimiento de la persona enferma. Por esta actividad se tiene una compensación que no puede rebasar el salario máximo de un asistente domiciliario, equivalente a 1,5 veces el subsidio de enfermedad. El servicio está financiado por las corporaciones locales y la Junta Municipal, que se encarga de la valoración: considerar si se puede tener o no el servicio para la asistencia en el domicilio, con una duración máxima de diez semanas. Generalmente se favorece a los funcionarios, pues estos gozan de mayores ventajas, ya que se les computa el periodo de antigüedad necesario para los derechos de pensión.

Por último, se contempla la posibilidad de que el Ayuntamiento contrate al cónyuge o a otros familiares cercanos como asistentes domiciliarios, con los mismos derechos salariales y sociales (*ansettelse/Frit valg af hjemmehjaelper*).

Los servicios de descanso para el cuidador (*Aflastning af pårørende*)

Esta figura jurídica prevé la estancia del anciano en un establecimiento o en centro de día; el ayuntamiento actuará en la valoración y subvención para la necesidad del servicio, ya que esta decisión carece de apelación. Otra medida que existe es la asistencia telefónica del cuidador respecto a los ancianos con demencia (*demensline*).

El modelo finlandés

En este modelo, tradicionalmente los ancianos que no vivían con sus familiares eran atendidos en casas de beneficencia. A partir de 1951 comenzó la intervención pública tanto para el ingreso en una residencia como para la atención en domicilio. Con la Ley Municipal de Asistencia Domiciliaria se impulsó la permanencia de los ancianos en sus casas, situación que finalizó en los años ochenta, con la nueva Ley de Servicios Sociales, la reforma de Ädel, cuando se obtuvo una mayor autonomía para los ayuntamientos en la prestación de los servicios. En este momento se podía contar con proveedores privados, pero en los noventa hubo recortes presupuestarios y la atención se concentró en los grupos más vulnerables, como personas dependientes y ancianos

El subsidio presupuestario de asistencia informal (*Omaisloidon tuki*)

Su finalidad es compensar los gastos causados por el asistente informal o retribuirle la pérdida de ingresos. Esta prestación se solicita a las autoridades locales encargadas de su financiación. Así pues, los municipios contratan a un miembro de la familia u otra persona previo consentimiento del anciano. En esta contratación debe especificarse quién presta la asistencia, el número de horas y la compensación económica.

A partir de 1993, estas personas comenzaron a gozar del estatuto profesional de “asistente familiar”, que les atribuye el derecho a una pensión. Asimismo, desde 1998 tienen permiso remunerado de dos días al mes, y mediante la actuación de los servicios municipales se proporciona un cuidador sustituto u otro servicio. De este modo, Finlandia prevé la posibilidad de introducir desgravaciones fiscales por el servicio doméstico, que supondría hacer aflorar la economía sumergida en esta área.

El subsidio de asistencia a los pensionistas (*Eläkkensaajien hoitotuki*) establecido por la Ley Nacional de Pensiones (*Kansaneläkelaki*) del 8 de junio de 1956

En el subsidio de asistencia a los pensionistas se permite a los beneficiarios, tanto discapacitados como pensionistas, permanecer en su domicilio y reembolsar los gastos originados por la enfermedad o discapacidad, bien adquiriendo servicios,

•Los sujetos activos en la dependencia en los países comunitarios•

bien retribuyendo a un familiar. Consta de tres niveles asignados por el Instituto de Seguridad Social (KELA). Esta prestación no es incompatible con el subsidio de asistencia informal (*Omaisloidon tuki*), ni tampoco con los servicios de asistencia domiciliaria. En concreto, todas estas ayudas vienen a apoyar al asistente informal, puesto que desde 1970 no existe la obligación legal de los hijos de mantener a sus padres; por ello, se observa una tendencia cada vez mayor de los municipios por aplicar a este sistema.

El modelo noruego

Este modelo no contempla la obligación de asistencia de los hijos. En cambio, los servicios sociales sí tienen en cuenta la forma de establecer el plan de cuidados. En los servicios de asistencia de larga duración que presta el sistema noruego le corresponde al sector público la financiación, sin excluir la participación de los propios beneficiarios, que pueden ser sus familiares. Así, ante el hecho de que el costo del servicio de un establecimiento exceda a las rentas, podrá recurrirse al patrimonio hereditario, a los efectos de evitar el endeudamiento del Estado.

Por otro lado, el derecho noruego no tiene una regulación como en los sistemas latinos de los alimentos; este deber se cumple por la vía de compensación en la atención prestada (*omsrgslöon*). Por otra parte, la media laboral es de diez horas semanales, que se redistribuyen de acuerdo con los asistentes del sector público. Sin embargo, hay que pensar que este número de horas de trabajo es insuficiente para adquirir derechos para la jubilación.

También puede obtenerse un permiso remunerado para la atención de familiares próximos, y su cuantía asciende al 100% del salario. Así, al principio se tiene derecho a diez días de ausencia laboral, y en caso que deba atenderse a un enfermo terminal, a veinte días por año. A este respecto, Sajardo señala: “La reforma del año 1992 amplió el derecho a la pensión de jubilación por el tiempo dedicado a cuidadores informales, pero con un nivel inferior al obtenido por una actividad profesional a jornada completa”⁴⁰. En este sentido, en el modelo noruego los servicios sociales se encargan de las personas dependientes.

40 Antonia Sajardo Moreno, *Economía social y servicios sociales*, 1.ª ed. (Valencia: Ciriec, 2001): 151.

El modelo del Reino Unido

Este modelo solamente se contempla en el Reino Unido por su pertenencia a la Comunidad Europea. Gösta menciona sobre él: “Pese a no existir la obligación legal de mantener a los padres, la familia constituye el elemento principal de cuidados, siendo que los cuidados informales apenas reciben apoyo”⁴¹. Al mismo tiempo, como en los países nórdicos, el Estado actúa en caso de necesidad.

En 1976 se introdujo el subsidio de los cuidadores para mantener a los mayores en sus hogares desde comienzo de los años setenta. Para la obtención de esta ayuda, los ingresos del cuidador no debían exceder los 119 euros semanales, y debía dedicarse a la actividad un mínimo de 35 horas a la semana. Por otra parte, hay estudios que evidencian la relación entre la atención de la población con discapacidad y el gasto que genera su cuidado, siendo la personas mayores de bajos ingresos el grupo más beneficiado o el que requiere mayor asistencia⁴². Se entiende que una gran parte de la población se afianza en el seguro privado. Al hilo de la argumentación, Cobo y Martínez señalan:

Este modelo es de naturaleza asistencial con la aparición de la Community Care Act de 1990, y la introducción del copago y el desplazamiento de la responsabilidad de los cuidados de larga duración a los entes locales, mientras que el Servicio Nacional de Salud trata de desplazar parte de los costes sanitarios con relación a los servicios sociales. Con el informe de la Royal Commission sobre los cuidados de larga duración, este fue favorable respecto al seguro público que cubriera el riesgo de la dependencia, pero la Comisión consideró otras alternativas, no haciéndose el seguro público realidad⁴³.

41 Jorgen Esping-Andersen y Kund Gösta, *Los tres mundos del Estado de Bienestar* (Valencia: Alfons el Magnànim, 1993): 46-55.

42 Linda Pickard, *Pagar por el cuidado a largo plazo para las personas mayores en Reino Unido: modelización de los costos y efectos distributivos de una gama de opciones* (Londres: Escuela de Economía y Ciencia Política de Londres, 2007): 53. http://www.pssru.ac.uk/pdf/dp2336_2.pdf.

43 Pablo Cobo Gálvez y Antonio Martínez Maroto, “La atención a las personas en situación de dependencia”. En AA. VV., *Los derechos de las personas con discapacidad*, vol. I. (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007): 874.

El modelo continental de cuidador

Desde hace años, los cambios en los modelos de familia están poniendo en peligro las posibilidades de seguir prestando el apoyo informal al que la sociedad estaba acostumbrada. Son bastantes las personas cuidadoras que están ocupando el entorno de los cuidados a las personas dependientes al que tienen que hacer frente, y cada vez se dejan notar más en estos modelos. Por ello, este sistema público de cuidados de larga duración es de naturaleza asistencial y se orienta más a las prestaciones económicas.

El modelo alemán

Este modelo parte, en primera medida, de que el cumplimiento de proveer cuidado y asistencia profesional recae en las obligaciones familiares que existen entre padres e hijos (*gesteigerte Unnterhalts-pflicht*), y su financiamiento está contenido dentro de las cargas sociales que se deben asumir en torno a las relaciones filiales y que son respaldadas inclusive con el patrimonio de los cónyuges o de los hijos⁴⁴.

Esta situación da lugar a una de las más importantes leyes que se promulgaron en Alemania: la Ley del Seguro de Cuidados (*Pflegeversicherungsgesetz*), del 26 de mayo de 1994, que tenía como objetivo incentivar dicha asistencia. La protección social de la prestación a la dependencia se hace en dinero que el beneficiario aporta por los cuidados de un familiar o allegado; las cajas de asistencia solo cubren las cotizaciones del seguro de pensiones, siempre que se dediquen al menos catorce horas semanales a los cuidados de las personas dependientes y que no tengan una participación en el mercado laboral más de treinta horas a la semana; tienen también derecho a un seguro de accidentes, sin necesidad de cotización. Al mismo tiempo, el servicio de respiro consiste en el descanso pago de una cantidad de euros, por un máximo de veintiocho horas, para sustituir al cuidador en caso de vacaciones o enfermedad.

Por otro lado, la asistencia de corta duración al discapacitado (*Kurzzeitpflege*) es evaluable cuando no existe cuidador; solo se cubre a las residencias por causa de ingresos en un centro, por un máximo de veintiocho horas, y hay un subsidio

.....
44 Inmaculada Baviera Puig, *La protección de la dependencia: un estudio global*, op. cit., 132-133

adicional por demencia, que consiste en una asignación de dinero al año. Por ello, la asistencia social prevé el pago de cotizaciones para la protección de la vejez del cuidador, siempre y cuando una persona no tenga un seguro como beneficiario.

Por otra parte, en 1995 nació el seguro de dependencia con la entrada en vigor de la Ley del Seguro de Cuidados (*Pflegeversicherung*); esta tiene carácter contributivo, por lo que es el quinto pilar del sistema alemán de la seguridad social. Asimismo, tras la promulgación de la Ley del Seguro de Cuidados (*Pflegeversicherung*), se universalizó a los dependientes, aunque se utiliza el copago ya que la prestación no suele cubrir la totalidad del coste del servicio. De igual forma, la cobertura universal es independiente de la edad, por lo que es efectiva para las personas jóvenes con discapacidad grave. En consecuencia, siempre cuenta la cuantía o el período que haya cotizado la persona en su trabajo laboral. Las personas dependientes en el sistema alemán están cubiertas por la Ley del Seguro de Cuidados (*Pflegeversicherung*), según el período cotizado de trabajo, y tendrán más atención según su grado de discapacidad

El modelo francés

En este país está la obligación de alimentos en los artículos 205 al 211⁴⁵ del Código Civil francés, aplicado por analogía a las personas dependientes; por esta

.....
45 El Código Civil francés estipula en varios artículos: art. 205 (Ley 72-3 del 3 de enero de 1972, art. 3, Diario Oficial del 5 de enero de 1972, entrada en vigor el 1 de agosto de 1972): "Los hijos deben alimentos a su padre y madre o a otros ascendientes que tengan necesidad de ellos"; art. 206 (Ley de 9 de agosto de 1919): "Los yernos y nueras deben asimismo, y en las mismas circunstancias, alimentos a su suegro y suegra, pero esta obligación cesa cuando el cónyuge que produjo la afinidad y los hijos nacidos de su unión con el otro han fallecido"; art. 207 (Ley 72-3, del 3 de enero de 1972, art. 3, Diario Oficial del 5 de enero de 1972, entrada en vigor el 1 de agosto de 1972): "Las obligaciones resultantes de estas disposiciones son recíprocas. Pero cuando el acreedor haya incumplido gravemente sus obligaciones ante el deudor, el juez podrá descargar el deudor de la totalidad o parte de la deuda alimenticia"; art. 207-1 (introducido por la Ley 72-3, del 3 de enero de 1972, art. 3, Diario Oficial del 5 de enero de 1972, entrado en vigor el 1 de agosto de 1972; abrogado por la Ley 2001-1135, del 3 de diciembre de 2001): "La sucesión del cónyuge premoriente debe los alimentos al cónyuge superviviente que esté necesitado. El plazo para reclamarlos es de un año a partir del fallecimiento y se prolonga, en caso de partición, hasta su terminación. La pensión de alimentos se toma de la herencia. Será soportada por todos los herederos, y en caso de insuficiencia, por todos los legatarios particulares proporcionalmente a sus emolumentos"; art. 208 (Ley 72-3, del 3 de enero de 1972, art. 3, Diario Oficial del 5 de enero de 1972, entrada en vigor el 1 de agosto de 1972): "Los alimentos sólo se conceden en la proporción de la necesidad de quien los reclama y de la fortuna de quien los debe. El juez, incluso de oficio y según las circunstancias del caso, podrá acompañar la pensión alimenticia de una cláusula de variación permitida por las leyes vigentes"; art. 209 "Cuando quien proporciona o el que recibe alimentos se encuentra en un estado tal que uno no puede ya darlos o el otro no tiene ya necesidad total o parcial de ellos, puede solicitarse la descarga o reducción"; art. 210: "Si la persona que debe proporcionar alimentos justifica que no puede pagar la pensión alimenticia (Ley 93-22, del 8 de enero de 1993, art. 48 III, art. 64, Diario Oficial del 9 de enero de 1993, entrada en vigor el 1 de febrero de 1994), el juez de familia podrá, con conocimiento de causa, ordenar que reciba

•Los sujetos activos en la dependencia en los países comunitarios.

razón, se estima que este código no es una obligación de carácter inmediato. Por otro lado, la dependencia en Francia ha ido pasando por distintas medidas de apoyo a las personas dependientes, primero por la denominada “asignación compensadora para tercera persona” y posteriormente, desde 1997, con la prestación específica de dependencia. Así lo menciona Martín: “[Frente a] la prestación específica de la dependencia, el gobierno finalmente decide crear una caja nacional de solidaridad para la autonomía. Por lo que no es una cuestión de la Seguridad Social”⁴⁶. Ello trae como consecuencia que el coste de los cuidados para la hacienda pública pueda deducirse del patrimonio hereditario, con observancia del Código Civil francés. Señala Kessler en este sentido:

La actual prestación personalizada de autonomía establecida por la Ley de 20 de julio de 2001, de carácter universal, tiene en cuenta los recursos, como asistencia social. La diferencia a la prestación específica de la dependencia consiste fundamentalmente en que la administración pública ya no se resarce sobre la sucesión, y dejando de lado la obligación de alimentos⁴⁷.

Respecto a la Ley 11 de febrero de 2005, de igualdad de derechos y oportunidades, participación y ciudadanía de las personas discapacitadas, Baviera indica:

Se dio un impulso al reconocimiento de un estatuto para los asistentes familiares de personas con discapacidad; por el contrario, se dejaba al margen la protección de aquellos que se hallaban a cargo de un familiar beneficiario de la actual prestación personalizada de autonomía⁴⁸.

Al mismo tiempo, Cordier y Fouquet mencionan:

Los dos grupos de trabajo encargados de preparar la Conferencia Familiar de 2006 presentaron sus informes el 15 de mayo de 2006. Uno se titula “La familia como

en su casa, que alimente y mantenga a quien deba los alimentos”; art. 211 (Ley 93-22, del 8 de enero de 1993, art. 48 III, art. 64, Diario Oficial del 9 de enero de 1993, entrada en vigor el 1 de febrero de 1994): “El juez de familia pronunciará asimismo si el padre o la madre que ofrezca recibir, alimentar y mantener en su casa al hijo al que debe alimentos, deberá estar dispensado en este caso de pagar la pensión alimenticia”.

46 Philippe Martin, *La dépendance: émergence et construction juridique d'un risque social en Europe* (París: Caisse Nationale de Solidarité pour l'autonomie, 2011): 42. Allí señala: “Prestation spécifique dépendance, Le gouvernement décide finalement de créer une Caisse Nationale de Solidarité pour l'Autonomie II ne s'agit pas d'une caisse au sens de la sécurité sociale”.

47 Francis Kessler, “El cuidado de las personas dependientes en Francia: la reforma permanente sin solución”. En *Protección social de las personas dependientes*, coord. por María Quintero Lima y Santiago González Ortega (Madrid: Wolters Kluwer, 2004): 248-49.

48 Inmaculada Baviera Puig, *La protección de la dependencia: un estudio global*, op. cit., 135.

espacio de solidaridad entre generaciones” y el otro “La sociedad intergeneracional para la familia”. El primero de estos informes propone soluciones para reconocer y apoyar a los cuidadores familiares: la extensión del derecho de ausencia para apoyar a un padre con una pérdida de autonomía, el desarrollo de programas específicos de capacitación y compensación, jubilación⁴⁹.

De este modo, en el modelo francés —aunque no es taxativo— quienes tienen la obligación de prestar alimentos también están indirectamente obligados en atender a las personas con discapacidad, de la misma manera que se deducirá del patrimonio hereditario ya sea de sus familiares o un cuidador informal.

El modelo austriaco

Este modelo posee índices elevados de atención familiar. La obligación familiar legal del mantenimiento mutuo entre los cónyuges, y entre los padres e hijos, fue abolida en la provincia de Viena. Por otro lado, la prestación de servicios tiene prevista una cofinanciación de la persona que cubriría los gastos de asistencia, si no es atendido por sus parientes; esto se configurará jurídicamente en la Ley Federal del Subsidio de Asistencia de Larga Duración de 1993 (*Bundespflegegeldgesetz* [BPGG]), que estableció el subsidio en metálico, financiado por medio de impuestos.

A partir del 2004, en Austria se concedió el derecho de pensiones a los cuidadores, especialmente a cualquier familiar que prestase asistencia por lo menos durante un año a un beneficiario del cuarto grado de afinidad; de este modo, puede percibir un subsidio de enfermedad y vacaciones. Esta asignación es pagada por el Fondo de Apoyo establecido por la Ley Federal de Personas con Discapacidad (*Bundesbehindertengesetz*, [BBG]), con la posibilidad de tener subvencionado a otro cuidador sustituto. Por ello, la asistencia familiar a la persona dependiente puede tener un cuidador familiar o informal.

El modelo de Luxemburgo

En el modelo luxemburgués, la regulación del seguro de dependencia es parecido al modelo alemán. Además, su cultura tiene influencia de elementos jurídicos

.....
49 Alain Cordier y Annie Fouquet, *La famille, espace de solidarité entre générations*, 2006. <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000404/index.shtml>.

•Los sujetos activos en la dependencia en los países comunitarios•

germánicos y franceses, y además posee la renta per cápita más elevada de Europa. Esto explica la reforma llevada a cabo por la Ley del 19 de junio de 1998, que estableció un seguro específico de dependencia, cubriendo el seguro de enfermedad a toda la población; sin distinguir la edad, las aportaciones son efectuadas por el sector estatal y el sector eléctrico.

Al respecto, este seguro contempla especialmente el asistente informal, una tarea profesional; por eso, él tiene derecho a un seguro de pensiones abonadas por el seguro de dependencia, con un período de descanso de veintiún días al año. Durante este tiempo se percibe una prestación complementaria que permite retribuir a un sustituto cuidador, con la opción de ingreso en un centro residencial.

Asimismo, las prestaciones en metálico, dirigidas a la permanencia en el domicilio, son abonadas directamente al beneficiario para tener los cuidados informales bien de los familiares, o bien, con la opción de personas diferentes a la red de servicio profesional, mediante una relación laboral. Estas prestaciones están hechas para evitar que las mujeres abandonen el mercado de trabajo y tengan a cargo un familiar en situación de dependencia. Se entiende, por ende, que el familiar será el cuidador informal o delegará este trabajo otro cuidador de este tipo, a diferencia del modelo del Reino Unido, donde no tiene ninguna obligación legal una persona hacia su familiar dependiente y donde el Estado incentiva a los cuidadores informales en caso de necesidad de la persona dependiente.

El capítulo III de la Constitución Española recoge los principios rectores de la política social y económica, y en su artículo 39 establece: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”⁵⁰. Asimismo, como se menciona en el precepto, se ha de tener en cuenta la realidad socioeconómica y las necesidades de las familias que han cambiado sustancialmente; por tanto, se entiende que la influencia en las personas comprende tanto a las personas discapacitadas como a las dependientes. Desde su nacimiento, la persona posee la capacidad jurídica y la capacidad de obrar; la persona y sus bienes se rigen en el mundo del derecho, mediante su autonomía, actuando libremente en la vida jurídica. Además, ante su incapacidad de obrar, tiene la facultad de poder actuar a través de otra persona, al que le otorga el poder jurídico de representación. Así, se van a diferenciar las diversas figuras jurídicas generadas por la discapacidad civil en España, por ejemplo, las del tutor y los cuidadores profesionales enmarcados en el sistema español.

El cuidador de derecho

En sus antecedentes históricos, O’Callaghan menciona:

El sistema de cuidador de derecho o de tutela de familia fue propio del Derecho romano, inspirándose más tarde en los códigos civiles de los países latinos. Este sistema

.....
⁵⁰ Constitución Española y Constitución Europea (2006), *op. cit.*, p. 23.

de cuidador de derecho o tutela de autoridad se extendió por los códigos germánicos: BGB, el Código suizo, el austriaco, junto con las legislaciones escandinavas, anglosajonas, y entrando en el siglo XX el Código Civil italiano de 1942 y la reforma del Código Civil francés mediante la Ley de 14 de diciembre de 1964; finalmente el Código Civil español, con la reforma de la Ley 13/1983, de 24 de octubre de 1983, de reforma del Código Civil en materia de tutela⁵¹.

De acuerdo con lo anterior, en sí se podría definir la figura del cuidador de derecho como la persona física o jurídica que tutela a un dependiente, tanto para la representación legal como para cuidarlo y atender a su patrimonio y otros asuntos de índole económica, siempre que exista una declaración judicial.

El tutor

Dentro de las medidas de protección de la persona dependiente, la institución tutelar ocupa un lugar destacado, por lo que si la persona que está en situación de dependencia adolece de un grado de discapacidad civil suficiente que le impida el autogobierno, su incapacitación y la consiguiente constitución de tutela suelen ser las vías más adecuadas para garantizar su bienestar y el ejercicio de sus derechos. Existe así un amparo tutorial señalado en el artículo 222, del Código Civil español: “Estarán sujetos a tutelas [...] los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido”⁵².

Por ello, es necesario el nombramiento de un tutor que le represente, supliéndole jurídicamente en todos aquellos actos que su incapacidad le impide realizar por sí solo; esta será la única forma de actuar en el tráfico jurídico. Esta actuación representativa, característica o definitoria del tutor se encuentra mencionada en el artículo 215 del Código Civil español: “La guarda y la protección de la persona y bienes de los incapacitados, se realizará, en los casos que proceda, mediante [...] la tutela”⁵³, acompañada además de otras importantes funciones tutelares, como el cuidado de la persona del discapacitado civil y la administración de sus bienes.

51 Xavier O’Callaghan, “Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho”. En AA. VV., *Los derechos de las personas con discapacidad*, vol. I (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007): 296-98.

52 Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, *Código Civil español de 2006* (Madrid: BOE, 2006): 204.

53 *Ibíd.*, 103.

La tutela en las personas jurídicas

Desde este concepto, la tutela es ejercida por las personas jurídicas; por tanto, es importante la función desarrollada por las fundaciones tutelares en relación con los principios que deben garantizar la independencia, en la forma de no prestar otros servicios no tutelados que puedan dar conflicto de intereses, o en la prestación de servicios residenciales. Para ello se deben establecer protocolos de actuación en las asociaciones y centros residenciales, con apoyo en un patrimonio suficiente para el desarrollo de los fines que persiguen, con la profesionalización de los servicios, que deben ser ágiles y cercanos a las personas con discapacidad. Asimismo, cabe matizar la obligación de ejercer los cargos tutelares por las edades, ocupaciones personales o profesionales, aunque no existan vínculos de cualquier clase entre el tutor y el tutelado.

Puede ser excesivamente gravoso el ejercicio del cargo de tutor con la excusa de las personas jurídicas, siempre y cuando carezcan de medios suficientes para el ejercicio de su cargo o demuestren ineptitud en ello, o bien, tengan problemas de convivencia graves y continuados. Así lo menciona el Código Civil español en su artículo 251: “Las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela”⁵⁴. Igualmente, en la tramitación está la posibilidad de nombrar a un defensor judicial, como se establece en el artículo 256: “No haciéndolo así, se procederá a nombrar un defensor que le sustituya, quedando el sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si esta fuera rechazada”⁵⁵.

La tutela a cargo de la entidad pública

El artículo 239 del Código Civil español señala: “La Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente será designada como tutora cuando no haya sido constituida la tutela en favor de persona alguna”⁵⁶. En consecuencia, por ministerio de la ley se asumirá la tutela del incapaz, siempre que se tenga

.....
54 *Ibid.*, 112.

55 *Ibid.*, 112.

56 *Ibid.*, 112

en cuenta alguna de las situaciones en las que sea imposible designarle tutor⁵⁷. Otra opción sería constituir la tutela institucional pública en que se encuentre el discapacitado, tal como se establece en el mismo artículo 239 del Código Civil español:

Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral y material⁵⁸.

Así, de lo desprendido de la norma, se aprecia en el desamparo, por un lado, el incumplimiento de los deberes esenciales y, por otro, que este provoca una situación en el incapaz, como la asistencia moral y material que necesita. En tal caso, para que tenga una situación grave de desamparo y dé lugar a la asunción de tutela pública, será preciso que se trate de una situación grave de desprotección del incapacitado que no sea susceptible de la adopción de otras medidas, y que sea la privación de asistencia moral y material del discapacitado civil; asimismo, que no tenga una situación de no recibir asistencia mínima: por último, tras recabar toda la información que sea precisa, se llegue a la conclusión de que esa tutela institucional se constituye en beneficio del discapacitado civil y se constate que se trata de una medida proporcionada a la situación real que el incapaz desamparado padece.

En este sentido, la primera pregunta que surge es relativa al hecho de que legislador hace referencia a la tutela del “incapaz”, sin precisar que es una persona incapacitada judicialmente, o solo basta que sufra una de las incapacidades naturales. Al hilo de esta idea, Heras sostiene: “No habiendo una opinión doctrinal unánime que alude a la norma, hay que referirse al incapacitado judicialmente, por lo que la tutela de la entidad pública exige la previa declaración de incapacidad en sentencia firme”⁵⁹. En una línea similar, Serrano afirma:

Debe entenderse que el beneficiario de este mecanismo de protección lo será exclusivamente el incapacitado judicialmente que se encuentre en cualquiera de las

57 *Ibid.*, 112. Artículo 235: “El Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de este, considere más idóneo”.

58 *Ibid.*, 109.

59 María del Mar Heras Hernández, *La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados* (Madrid: La Ley, 2006): 2042

• Los sujetos activos en el sistema español •

situaciones descritas por la norma: que carezca de un núcleo familiar cercano que pueda o quiera desempeñar el cargo de tutor, o aquella persona mayor, incapacitada judicialmente, que esté en situación de desprotección o riesgo evidente de estarlo⁶⁰.

Otra opción es la posible automaticidad de la tutela al margen del procedimiento judicial, como manifiesta sobre la entidad pública el Código Civil español en su artículo 239: “[Esta] asumirá por ministerio de ley la tutela del incapaz”⁶¹; por tanto, interpretando este texto, la entidad pública asume automáticamente sin necesidad de pronunciamiento judicial. Se entiende entonces que esta última opción es la que defiende, a pesar de la letra de la norma, la tutela del incapaz; y esta no tiene carácter automático ni es de constitución administrativa.

Heras manifiesta al respecto: “El automatismo, al que parece referirse la ley, debe interpretarse más bien como encargo inapelable o un imperativo para la entidad pública que debe asumirla el Juez”⁶². En sí, se trata de una tutela ordinaria, de constitución judicial, como no podría ser menos, pues por el contrario eliminaría las garantías exigidas por la ley para eliminar la capacidad de obrar de las personas.

El guardador de hecho

Cabe mencionar esta figura jurídica a la que hace referencia el Código Civil español, como menciona Ganzenmüller:

Aunque el Código Civil no contiene un concepto específico de la guarda de hecho, puede definirse como la situación real de una atención externa en que, de manera informal, y espontánea, se encuentran los menores de edad y las personas presuntamente incapaces o judicialmente incapacitadas que carezcan de representación, por parte de una persona física o Institución que carecen de representación tanto por parte de una persona física o jurídica, que sin legitimación judicial se encargan de su propia persona inclusive de su patrimonio⁶³.

60 Ignacio Serrano García, “Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *Revista Jurídica del Notariado* (2004): 269.

61 Código Civil español, *op. cit.*, 109.

62 María del Mar Heras Hernández, *La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados*, *op. cit.*, 2046-2404.

63 Carlos Ganzenmüller Roig, *Discapacidad y derecho. Tratamiento jurídico* (Barcelona: Bosch, 2005): 180.

De manera más sucinta, O'Callaghan la define así: "Gestión por una persona del patrimonio de un menor o incapacitado que no es tutor"⁶⁴. Por tanto, es constitutivo de una institución legal con la misma característica que la tutela⁶⁵. El Código Civil español establece en el artículo 304: "Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad"⁶⁶. Así, se puede entender la incapacitación como una medida que está en beneficio del presunto incapaz; por ello, debe admitirse la legitimación activa del guardador de hecho, como menciona el Tribunal Supremo de España en la Sentencia 747 de 2016: "Bajo tal denominación pueden abarcarse [...] situaciones de encomiable altruismo"⁶⁷.

El artículo 304⁶⁸ del Código Civil español concede al guardador de hecho la legitimación y las facultades para llevar a cabo los actos e interés del menor o la persona con discapacidad civil⁶⁹. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, en Sentencia 1138 de 2003, proporciona un concepto más amplio: "encargado de su guarda"⁷⁰; se interpreta con referencia a la situación concreta de guardador de hecho, a la que se refieren los artículos 303⁷¹ y 304⁷² del Código Civil español, pero ahora con mayor amplitud: cualquier persona que

64 Xavier O'Callaghan, "Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho", *op. cit.*, 356.

65 El artículo 306 del Código Civil español expresa: "Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto al tutor".

66 *Ibid.*, 121.

67 Tribunal Supremo, Sección Primera, Sentencia 747 de 2016, TOL.5.920.376, ponente: José Antonio Seijas Quintana.

68 El artículo 304 del Código Civil español señala: "Los actos realizados por su guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad".

69 Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, *Atención a las personas en situación de dependencia*, 1.ª ed. (Madrid: Autor, 2005): 95. Como expresamente se reconoce sobre la atención a las personas en situación de dependencia en España, concretamente en el capítulo segundo, dedicado al régimen jurídico de la protección de la dependencia: "La necesidad de ayuda para realizar las actividades de la vida diaria no requiere en todos los casos la incapacidad judicial, pues muchas de las personas afectadas pueden gobernarse por sí mismas".

70 Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección: Única Jurisdicción - Penal, Sentencia 1138 de 2003, ponente: Joaquín Delgado García, TOL. 314.191.

71 El artículo 303 del Código Civil español estipula: "La Autoridad Judicial puede actuar pidiendo información de la situación de la persona, de los bienes del presunto incapaz, con las medidas de control respectivas y la vigilancia que estime oportuna".

72 El artículo 306 del Código Civil español señala: "Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto al tutor".

•Los sujetos activos en el sistema español•

está de hecho ejerciendo labores de custodia de un menor o incapaz, según el artículo 229 del Código Civil español⁷³. Conviene considerar esto según los amplios términos aquí utilizados por el legislador: por cualquier título, oneroso o gratuito, o incluso sin título alguno, tiene de hecho a cargo el cuidado de una de estas personas tan necesitadas de protección. Si el guardador de hecho sufre daños y perjuicios, sin ser culpable, tiene derecho a la indemnización de los daños causados con cargo a los bienes del presunto incapaz guardado, tal como se dispone en el Código Civil⁷⁴; y si el incapaz guardado sufre cualquier perjuicio, responderá el guardador de hecho.

El encargado cuidador

Esta figura jurídica indica igualmente que la incorporación a esta actividad se suele realizar a través de relaciones personales, más que por medio de cauces de contratación en el mercado, y que así sucede incluso en las empresas especializadas en la atención a mayores. Se comprende que este conducto personalizado sea el más habitual para el servicio doméstico. En este sentido, existe la figura del encargado cuidador sin título alguno, que tiene de hecho el cuidado de estas personas; esto implica también que no hace falta tener el derecho de cuidador como tutor o curador, sino tener a cargo de hecho a las personas tanto menores como incapacitados. En este caso, se podría hablar del cuidador informal como la persona que tiene a cargo al menor o incapacitado, mediante contratación por horas y retribuido⁷⁵; se trataría de la contratación del cuidador por horas.

Los cuidadores profesionales

Desde este enfoque, la implantación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia es un auténtico reto para los agentes sociales y para los poderes públicos, en clave de evitar que se conviertan en empleos precarios, inestables y ocupados por mujeres inmigrantes de bajo coste o no preparadas. Esta fórmula

73 El artículo 229 del Código Civil español indica: "Y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado",

74 El artículo 220 del Código Civil español señala: "La persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de estos con cargo al tutelado".

75 Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección Primera, Sentencia 1138 de 2003, ponente: Joaquín Delgado García, TOL.4.916.311.

legal busca crear una calidad de empleo, asumiendo la profesionalización, potenciando la formación e integrando en su regulación las necesidades para garantizar la calidad y la eficacia de los cuidadores profesionales. Así, en el sistema de relaciones laborales se une complementariamente la intervención del legislador y el sistema colectivo en la regulación de la contratación.

En este marco, la Ley 43 de 2006⁷⁶ elabora un conjunto de medidas relacionadas con la mejora del crecimiento del empleo, la estabilidad laboral y la utilización de la contratación indefinida para la consecución de sus objetivos; estipula especialmente la prestación de la negociación colectiva, que participa de forma activa en las entidades denominadas del *tercer sector*. Por ello, la eficiencia del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia intenta promover a los cuidadores profesionales tanto en formación como en lo concerniente a su estabilidad laboral.

La estabilidad laboral de los cuidadores profesionales

Las exigencias del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia quedan patentes en la exposición de la negociación colectiva sectorial. Así se formuló en la exposición del V Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes⁷⁷, con la existencia de diversidad de formas jurídicas que adoptan las entidades; de ahí la falta de articulación de la patronal, aunque el objetivo sea dotar a este sector de actividad de un modelo de relaciones laborales

.....
76 Jefatura del Estado, Ley 43 de 2006, del 29 de diciembre, sobre mejora del crecimiento y del empleo, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 312. En su exposición de motivos III, señala: "En primer lugar, el Acuerdo contiene medidas dirigidas a impulsar y apoyar el empleo a contratación indefinida y la conversión de empleo temporal en fijo, bonificando y estimulando los nuevos contratos indefinidos. En segundo lugar, el Acuerdo incluye medidas para limitar la utilización sucesiva de contratos temporales, así como para introducir mayor transparencia en la subcontratación de obras y servicios entre empresas cuando comparten un mismo centro de trabajo. Se contempla también el refuerzo de los recursos humanos y materiales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, articulando la participación de los interlocutores sociales en la definición de sus objetivos y programas. En tercer lugar, se acuerdan medidas destinadas, por una parte, a potenciar la eficiencia de las políticas activas de empleo".

77 Ministerio de Empleo y Seguridad Social, V Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 79. Señala esta norma en su capítulo I, artículo 2: "El ámbito funcional de aplicación del presente convenio colectivo está constituido por las empresas y establecimientos que ejerzan su actividad en el sector de la atención a las personas dependientes y/o desarrollo de la promoción de la autonomía personal: las residencias para personas mayores (asistidas, no asistidas y mixtas), tanto para estancias permanentes como temporales, así como también centros de día, centros de noche, viviendas tuteladas y las dedicadas a la prestación del servicio de ayuda a domicilio y teleasistencia. Todo ello cualquiera que sea su denominación y con la única excepción de aquellas empresas cuya gestión y titularidad correspondan a la administración pública".

•Los sujetos activos en el sistema español•

estable. Asimismo, se opta por la preferencia en la contratación indefinida, tal como se deja claro en el artículo 15 del V Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes, que estipula:

Estabilidad en el empleo: a fin de fomentar la contratación indefinida y de dotar de una mayor estabilidad a los contratos vigentes, se acuerda que todas las empresas afectadas por el presente convenio tendrán un 80% de personal, sobre la plantilla mínima que legalmente le sea exigida en cada situación, con contratos indefinidos a fecha 1 de enero de 2008 y durante toda la vigencia de este convenio.⁷⁸

En la misma línea, cabe hablar de la existencia de las subvenciones con apoyo y la influencia del artículo 52, literal e, del Real Decreto Legislativo 1 de 1995, Estatuto de los Trabajadores, que señala:

[Se reconoce] como causa objetiva de extinción del contrato de trabajo la pérdida o insuficiencia de la consignación presupuestaria o los planes o programas que no consten financiación estable; por tanto reconocen que su financiación no es causa de la temporalidad de la relación laboral⁷⁹.

De acuerdo con lo anterior, la pérdida o insuficiencia de la financiación solo se justificará mediante la extinción del contrato de trabajo, siempre que este sea indefinido.

La formación de los cuidadores profesionales

El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia ha de fomentar la calidad en la atención a la dependencia con el fin de asegurar la eficacia en la prestación de los servicios⁸⁰. Dentro de la calidad de los servicios, es fundamental que se atienda con miras a potenciar la formación; por ende, no serán las entidades que gestionen las prestaciones⁸¹, sino también respecto de los cuidadores

78 *Ibíd.*

79 Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 1 de 1995, del 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 75.

80 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, del 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 299. El artículo 34.1 de esta ley señala: "El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia fomentará la calidad de la atención a la dependencia con el fin de asegurar la eficacia de las prestaciones y servicios".

81 *Ibíd.* El artículo 35.3 de esta ley estipula: "Se entenderá, de manera específica, a la calidad en el empleo, así como a promover la profesionalidad y potenciar la formación en aquellas entidades que aspiren a gestionar prestaciones o servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia".

profesionales que atiendan a las personas en situación de dependencia. Para ello, los poderes públicos determinarán las cualificaciones profesionales idóneas, en el ejercicio de las funciones que se correspondan con el catálogo de servicios establecidos, además de promover los programas y acciones formativas que sean necesarios para la implantación de los servicios que establece la Ley 39 de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia⁸².

Asimismo, dado el silencio que ofrece la Ley 39 de 2006⁸³, la competencia para determinar las cualificaciones profesionales y el establecimiento de los correspondientes certificados de profesionalidad será emitida por el Estado, con la intervención de las Comunidades Autónomas. De esta forma, la situación normal de los cuidadores profesionales está en instituciones especializadas para la atención a las personas dependientes, tanto sanitarios como integrantes de diversas disciplinas (es decir, su composición es multidisciplinar).

La figura jurídica del cuidador no profesional

La figura del cuidador no profesional está contemplada en la Orden Tas/2455/2007, que en su artículo 15.2 especifica los requisitos que debe reunir:

Ser mayor de 18 años, residir legalmente en España, ser cónyuge, familiar por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado de parentesco, reunir condiciones de idoneidad para prestar el cuidado y atención de forma adecuada y no estar vinculado a un servicio de atención personalizada. Asimismo, que los cuidados los pueda ofrecer con continuidad al menos de tres meses seguidos, reunir las condiciones de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social en la forma establecida en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo⁸⁴.

.....
82 *Ibid.* El artículo 36 señala: "1. Se atenderá a la formación básica y permanente de los profesionales y cuidadores que atiendan a las personas en situación de dependencia. Para ello, los poderes públicos determinarán las cualificaciones profesionales idóneas para el ejercicio de las funciones que se correspondan con el Catálogo de servicios regulado en el artículo 15. 2. Los poderes públicos promoverán los programas y las acciones formativas que sean necesarios para la implantación de los servicios que establece la Ley".

83 *Ibid.*

84 Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Orden Tas/2455/2007, del 7 de agosto, que dicta normas para la aplicación y desarrollo, en el año 2007, de los Reales Decretos que desarrollan la Ley 39 de 2006, de 14 de diciembre 2006 [...], en las Ciudades de Ceuta y Melilla, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 191.

•Los sujetos activos en el sistema español•

En el concepto de residir legalmente en España se incluyen a españoles, ciudadanos comunitarios de países que formen parte del Espacio Económico Europeo y ciudadanos extracomunitarios que residan legalmente. Asimismo, en atención a los extranjeros no comunitarios, el término *residencia* comprende a las personas que cumplen el requisito de los acuerdos que contemplan la Ley 4 de 2000, del 11 de enero, que regula los derechos y las libertades de los extranjeros en España y su integración social. Así lo establece su artículo 36:

1. Los extranjeros mayores de dieciséis años precisarán, para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia. 2. La eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condicionarán al alta del trabajador en la Seguridad Social. La Entidad Gestora comprobará en cada caso la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad⁸⁵.

De esta forma, podrán acceder a la condición de cuidador las personas con residencia temporal de trabajo, residencia temporal en virtud de reagrupación familiar con residencia, o por circunstancias excepcionales o residencia permanente. Por ello, como lo contemplan las normas, pueden ser cuidadores informales las personas españolas y las personas comunitarias o extracomunitarias. Asimismo, el legislador español, al promulgar estas normas, observó la necesidad de legalizar al cuidador informal.

Los distintos tipos de cuidador no profesional

La Ley 39 de 2006 protege a las personas que no tienen autonomía o capacidad física, psíquica o sensorial para afrontar la vida diaria; por tanto, precisan la ayuda o atención de terceras personas para realizar actividades básicas; en otras palabras, requieren de un cuidador para la realización de las tareas más elementales que les permitan desenvolverse y así conseguir un mínimo de autonomía para su vida cotidiana con la ayuda de cuidadores profesionales o no, e incluso asistentes personales⁸⁶.

85 Jefatura del Estado, Ley Orgánica de Reforma de la Ley 4 de 2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 307.

86 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.* En su artículo 2.7 se menciona: "Asistencia personal: servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal".

En este sentido, la Ley 39 de 2006 define en su artículo 2.5 el término *cuidados no profesionales*: “La atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada”⁸⁷. De este modo, delimita el entorno familiar, y en la misma línea el Real Decreto 615 de 2007 expresa en su artículo 1: “Tendrán la consideración de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia aquellos que sean designados como tales en el Programa Individual de Atención”⁸⁸.

Uno de los objetivos centrales de la atención a las personas en situación de dependencia consiste en llevar una existencia autónoma en su medio habitual, y el catálogo de prestaciones que ofrece el Sistema para la Autonomía y Atención a los Dependientes contempla algunos servicios para conseguir la ayuda en la realización de las actividades básicas de la vida diaria por parte de las personas con dependencia.

El régimen jurídico social de los cuidadores no profesionales

En cuanto al cuidador no profesional, el problema principal es la relación jurídica que lo une con el beneficiario de las prestaciones —es decir, el dependiente—, pero que a veces es difícil de demostrar. En cambio, podría inicialmente demostrarse que hay una relación laboral de por medio: la que une a los cuidadores profesionales con el dependiente. Existen entonces relaciones laborales cuyas particularidades son necesarias para la aplicación de un régimen jurídico distinto al contenido en la legislación laboral común.

En torno a las relaciones laborales, en España se ha realizado un catálogo o listado de relaciones laborales de carácter especial, tal como ocurre en la actualidad en el artículo 2 del Estatuto de los Trabajadores. Este catálogo ha sido modificado sucesivamente a lo largo del tiempo y en su artículo 2.1 señala que en España se ha realizado un catálogo o listado de relaciones laborales de carácter especial; a la luz del artículo 2.1 del Estatuto de los Trabajadores, modificado sucesivamente a lo largo del tiempo, se puede sostener perfectamente que la relación que

.....
87 *Ibid.*

88 Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales, Real Decreto 615 de 2007, del 11 de mayo, que regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 114.

•Los sujetos activos en el sistema español•

une a los cuidadores informales o no profesionales con la persona que necesita de atención y cuidados para la realización de las actividades básicas de su vida diaria constituye la relación de dependencia, en un trabajo considerado como tal, al tener una relación laboral. Esto perfectamente podría ocurrir respecto a la relación que une a los cuidadores informales o no profesionales con la persona que necesita de atención y cuidados para la realización de las actividades básicas de su vida diaria.

De esta forma, en atención a la especialidad de los contratos de trabajo, no nace necesariamente del distinto tipo de actividad profesional, sino, como menciona Bayón, “de la inadecuación o insuficiencia de los requisitos exigidos por la legislación para una cierta clase de contrato de trabajo, que por ser el más general se considera como tipo”⁸⁹.

Conviene decir que las relaciones laborales especiales han sido una forma de inclusión expresa de determinados grupos o colectivos de trabajadores en el ámbito de derecho del trabajo; por lo general, son normas especiales que tienen como misión o función acomodar o ajustar una relación que inicialmente era extralaboral, en atención a consideraciones sociológicas, económicas y productivas de carácter diverso a las normas generales establecidas en la regulación del contrato de trabajo común. Por ello, como afirma González, la figura jurídica de la relación laboral “brota así del doble propósito de proteger a los trabajadores que la ley considera especiales y atender en esa protección a los rasgos peculiares de su actividad laboral”⁹⁰.

Por otra parte, en el Estatuto de los Trabajadores no se recoge nada sobre el régimen jurídico de las relaciones laborales especiales; tampoco se definen estas ni se establecen las características que una determinada relación tiene que cumplir para entenderla como especial. Por tanto, según el artículo 2, apartado 2, de este Estatuto⁹¹, se establece una regla general en la que se regulan y respetan los

89 Gaspar Bayón Chacón, “Contratos especiales de trabajo”. En AA. VV., *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo* (Madrid: Universidad Complutense, 1965): 19.

90 Víctor Fernández González, “Aplicando el derecho supletorio respecto a las relaciones laborales especiales”. En AA. VV., *Lecciones de derecho del trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso Calvo* (Madrid: Universidad Complutense, 1980): 24.

91 Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Estatuto de los Trabajadores de 2015, *op. cit.* El artículo 2.2 establece: “En todos los supuestos señalados en el apartado anterior, la regulación de dichas relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución”.

derechos básicos reconocidos por la Constitución; este apartado contiene pocos elementos atinentes a las relaciones especiales y, por tanto, existe una configuración difícil. Se puede decir que el lugar principal donde se presta el cuidado informal es el hogar, y este carácter doméstico le hace invisible para el espacio público, por lo que debe estar muy regulado jurídicamente.

La formación de los cuidadores no profesionales

En esta figura jurídica está claro que los familiares o personas del entorno familiar que se encarguen del cuidado del dependiente reciben una prestación pública, como lo menciona el artículo 18.1 de la Ley 39 de 2006; para ello, tendrán que demostrar la forma en que se desarrolla su situación reglamentaria: deberán evidenciar su capacitación para ello en las tareas de la casa, ayuda para el transporte fuera del domicilio, higiene personal, administración de dinero y los bienes, y supervisión en la toma de medicamentos.

La otra visión implica los periodos de respiro o descanso, pues es necesario evitar síndromes como las depresiones, que son comunes en el cuidado doméstico; es necesario para ello el permiso de descanso del cuidador no profesional, como ocurre también en el personal profesional. La primera figura se encuentra regulada en la Ley 39 de 2006, que reglamenta el servicio de atención residencial y en su artículo 25 señala: “La prestación puede ser de carácter temporal para los periodos de descanso de los cuidadores no profesionales”⁹².

Se deduce, por consiguiente, que durante este periodo de descanso de los cuidadores no profesionales, las personas dependientes tendrán derecho a permanecer en las instituciones, siempre al tenor de la correspondiente obligación en los Servicios Sociales Públicos y en la medida en que se tengan plazas suficientes para que puedan acceder las personas dependientes. En cuanto a las figuras jurídicas que hemos visto, tanto el cuidador de hecho —figura asimilable a la del guardador de hecho— como el tutor pueden enmarcarse en la figura jurídica del cuidador informal, si se realiza una comparación diferenciadora de cómo funciona la figura del cuidador no profesional, muchas veces denominado *cuidador informal*.

92 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.*

• Los sujetos activos en el sistema español •

La excedencia laboral del cuidador no profesional

Navarro manifiesta respecto al término *excedencia*:

Es importado del Derecho Administrativo, no es el más apropiado para describir en el ámbito laboral la suspensión del contrato motivado por la necesidad del trabajador de atender a aquellos familiares que no pueden valerse por sí mismos y que, simultáneamente, se identifican con la contingencia protegida por la prestación familiar contributiva de la Seguridad Social⁹³.

Según lo anterior, existen varios regímenes jurídicos distintos. Al mismo tiempo, el legislador en el Real Decreto Legislativo 2 de 2015 expresa en el artículo 46-1: “La excedencia podrá ser voluntaria o forzosa”⁹⁴. En consecuencia, se distinguen dos tipos de excedencia en la norma, y así indirectamente el legislador ajusta la excedencia por cuidado de familiares dependientes.

Asimismo, esto afecta a la Legislación de la Seguridad Social en el Real Decreto 84 de 1996, que aprueba el *Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la seguridad social* y en su artículo 36.3 expresa “la situación de excedencia para el cuidado de hijos con reserva de puesto de trabajo de acuerdo con la legislación”⁹⁵. Al hilo de esta idea, Laguna refiere: “No contemplándose la excedencia por cuidado de familiares dependientes, se tiene que aplicar una fórmula para la clasificación en la determinación o concreción de su régimen jurídico”⁹⁶, por ser relevante esta situación.

La excedencia forzosa y la excedencia voluntaria de esta decisión están en manos del trabajador mediante el reconocimiento de este derecho por el legislador tanto para los trabajadores por cuenta ajena como para funcionarios con la obligatoriedad, por parte del empresario, en cuanto al derecho a su concesión. De esta forma, destaca Hernández: “En el fondo la discusión sobre la naturaleza de la excedencia gira en torno a cuál haya de ser el valor que se otorgue al derecho

93 Cristina Sánchez-Rodas Navarro, *La excedencia por cuidados de familiares. El régimen jurídico de los cuidadores no profesionales* (Madrid: Tirant lo Blanc, 2008): 22.

94 Ministerio Empleo y Seguridad Social, *Estatuto de los Trabajadores de 2015, op. cit.*

95 Ministerio Trabajo y Seguridad Social, “Reglamento general de inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas de trabajadores”, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 50.

96 Fernando Ballester Laguna, *La excedencia por ejercicio de cargo sindical* (Granada: Comares, 2003): 7-8.

preferente de reintegro y al derecho de reserva de puesto⁹⁷. Por consiguiente, el derecho a la excedencia para cuidados familiares atañe individualmente a hombres y mujeres; además, el legislador lo atiende como un derecho de carácter subjetivo, mientras para el empleador tiene un carácter discrecional.

Así, en el derecho, la excedencia forzosa y la excedencia voluntaria la ejercerán los trabajadores si cumplen con los requisitos legales; al mismo tiempo, es un reconocimiento individual; por tanto, si no se disfruta del derecho, se pierde y es intransferible. La norma también aspira al reparto de las cargas familiares, y por ser un derecho de carácter individual lo ejercerá la persona que tenga los requisitos necesarios exigidos.

Por otra parte, hay que señalar, tanto en la discapacidad como en la dependencia, la Ley 51 de 2003, que en su disposición adicional primera expresaba:

El segundo párrafo del artículo 46.3 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo⁹⁸, está redactado de la forma siguiente: “También tendrán derecho a un periodo de excedencia, de duración no superior a un año, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida”. Por tanto, cuando un familiar no pueda valerse por sí mismo, es dependiente, hay justa causa para solicitar la excedencia⁹⁹.

En la actualidad se concede mayor tiempo de excedencia a los familiares, atendiendo a las personas con discapacidad, tal como lo manifiesta el nuevo Estatuto de los Trabajadores en su artículo 46.3:

También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida¹⁰⁰.

97 Juan Gorelli Hernández, *Las excedencias en derecho del trabajo* (Granada: Comares, 1999): 32.

98 Jefatura del Estado, Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1 de 1995, del 24 de marzo, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 75.

99 Jefatura del Estado, Ley 51 de 2003, del 2 diciembre, Ley de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de los Discapacitados, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 289.

100 Ministerio Empleo y Seguridad Social, *Estatuto de los Trabajadores de 2015*, op. cit.

•Los sujetos activos en el sistema español•

En esta línea, Navarro argumenta: “Con esta afirmación se quiere recalcar desde un primer momento que el beneficiario de la misma no es, en la última instancia, el trabajador/a que ejercita su derecho a la misma, sino el familiar necesitado de cuidados”¹⁰¹. La excedencia del cuidador informal, entonces, es un derecho intransferible e individual que el propio cuidador debe ejercitar, ya sea familiar o no, siempre que cumpla con los requisitos legales que contiene la norma.

El asistente personal

La figura jurídica del asistente personal tiene problemas interpretativos en su ámbito subjetivo sobre la prestación de servicios, concretamente en lo concerniente al lugar de prestación de los cuidados de las personas dependientes. Este ámbito subjetivo de la norma incluye exclusivamente a las personas con gran dependencia, por lo cual queda supeditada al órgano autonómico responsable del Plan Integral de Dependencia; igualmente, se integra en los requisitos de acceso complementarios por el Acuerdo del Consejo Territorial¹⁰², incluso por medio de las Comunidades Autónomas, por sus competencias en virtud del Real Decreto 727 de 2007¹⁰³.

De todas formas, la nueva norma vigente estipula en su artículo 8.6: “En dicho programa individual de atención, la Comunidad Autónoma o Administración que, en su caso, tenga la competencia establecerá la gradualidad de las anteriores

101 Cristina Sánchez-Rodas Navarro, *La excedencia por cuidados de familiares*, op. cit., 30.

102 El artículo 8.2 de la Ley 39 de 2006 expresa: “Sin perjuicio de las competencias de cada una de las Administraciones Públicas integrantes, corresponde al Consejo, además de las funciones que expresamente le atribuye la Ley”.

103 Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Real Decreto 727 de 2007, del 8 de junio, “Criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006 [...]”, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 128. (Disposición derogada). En su Parte Expositiva, párrafo 3, señalaba esta ley: “Todas estas previsiones y mandatos de la Ley aconsejan elaborar un único Texto Normativo que regule lo que constituye el nivel acordado de protección del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Ello sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas o Administración que, en su caso, tenga la competencia dicten las normas de desarrollo y regulen sobre las condiciones de acceso a las prestaciones y servicios, sobre el régimen jurídico y acreditación de los centros, así como sobre cualquier otra materia que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, resulte necesaria para la aplicación de esta Ley”. El artículo 12 de este decreto señalaba: “Los requisitos y condiciones de acceso a las prestaciones económicas se establecerán por las Comunidades Autónomas o Administración que, en su caso tenga la competencia, teniendo en cuenta lo dispuesto en el acuerdo adoptado por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia”.

intensidades, en base a la valoración de la situación personal de dependencia”¹⁰⁴. Así, la norma se deja el arbitrio de las instituciones competentes, como el Consejo Territorial o las Comunidades Autónomas, en materia de condiciones y requisitos, al tiempo que se entiende que su función es descentralizadora en todo el territorio español.

La contratación del asistente personal en la dependencia

En el artículo 19 de la Ley 39 de 2006 se expresa que “su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal” o, en otras palabras, facilitarle al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma. Al hilo de esta norma, en el artículo 2, apartado 7, se define la asistencia personal como el “servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal”¹⁰⁵. La norma entiende que se trata de cuidados especiales y socioculturales con adaptación a las circunstancias de la persona dependiente; por otro lado, no da datos concretos sobre el carácter profesional o no profesional de asistente personal.

Conviene indicar que el artículo 19¹⁰⁶ de la misma norma contiene un concepto más explícito como facilitarle el acceso a la educación y al trabajo, y una vida más autónoma, dando paso a los aspectos sanitarios y técnicos. Por su parte, el artículo 19 del Real Decreto-Ley 20 de 2012 expresa: “Previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones específicas para la prestación”¹⁰⁷. Entre tanto, el Real

104 Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Real Decreto 1051 de 2013, del 27 de diciembre, por el cual se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39 de 2006, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 313.

105 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.*

106 *Ibid.* El artículo 19 de esta norma señala: “La prestación económica de asistencia personal tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados. Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria. Previo acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones específicas de acceso a esta prestación”.

107 Jefatura del Estado, Real Decreto-Ley 20 de 2012, del 13 de julio, Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 168.

•Los sujetos activos en el sistema español•

Decreto 615 de 2007¹⁰⁸ aclara que el asistente personal prestará sus servicios a la persona con gran dependencia, con un contrato que establece la figura jurídica de trabajador. Ambas normas presentan al asistente personal como un trabajador tanto dependiente, con una relación laboral o autónomo, que será en su caso un cuidador no profesional. Asimismo, para el caso del asistente personal¹⁰⁹, su labor profesional serán las prestaciones en el domicilio de la persona dependiente o, en su caso, en el entorno habitual, siempre que tenga las condiciones de viabilidad para la persona dependiente.

Por otro lado, la protección social de los cuidadores no profesionales se prevé en la Ley 39 de 2006, que señala en su artículo 18.3: “El cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente”¹¹⁰. Al hilo, el Tribunal Supremo se pronunció en la Sentencia STC49 de 1983, donde estipula “la diferencia no sólo frente a la relación ordinaria, sino también frente a las restantes relaciones especiales”¹¹¹. Sin embargo, no aclara sobre el Régimen de la Seguridad Social y de qué forma quedará encuadrado el asistente personal; lo más normal sería que se lo hiciera en el Régimen General, del mismo modo que el cuidador, pues allí se encuentra la mayor parte de los cuidadores profesionales, incluso con la posibilidad de un sistema especial de los previstos en la Ley General de la Seguridad Social¹¹².

108 Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Real Decreto 615 de 2007, del 11 de mayo, que regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 114. Esta norma señala en su Disposición Adicional Tercera: “El encuadramiento en la Seguridad Social de los cuidadores profesionales contratados por instituciones públicas o por entidades privadas, los contratados mediante la prestación económica vinculada al servicio regulada en los artículos 14.3 y 17 de la Ley 39/2006, así como de los trabajadores dedicados a la asistencia personal a grandes dependientes, en los términos previstos en el artículo 19 de la misma, se regirá[n] por lo dispuesto en las normas de Seguridad Social que resulten de aplicación”. Se añade un nuevo párrafo en el apartado 1, artículo 3, del Decreto 2346 de 1969, del 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de Empleadas de Hogar, en los siguientes términos: “d) Los cuidadores profesionales contratados mediante la prestación económica regulada en los artículos 14.3 y 17 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, así como los trabajadores dedicados a la asistencia personal, en los términos regulados en el artículo 19 de dicha ley, aunque, en uno y otro caso, los cuidados se lleven a cabo en el domicilio de la persona dependiente o del familiar con la que aquella conviva”.

109 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.* El artículo 13 expresa: “Facilitar una existencia autónoma en su medio habitual, todo el tiempo que desee y sea posible”.

110 *Ibid.*

111 Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia STC49 de 1983, ponente: Francisco Pera Verdeguer.

112 Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Ley General de la Seguridad Social de 2015, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 261. El artículo 11 señala: “Además de los sistemas especiales regulados en esta ley, en aquellos regímenes de la Seguridad Social en que así resulte necesario, podrán establecerse sistemas especiales

De esta forma, la prestación puede ser complementaria y compatible con los cuidadores informales, o bien, puede darse que no esté incluida la figura del asistente personal en la de los cuidadores informales. En este sentido, el artículo 19 de la Ley 39 de 2006 expresa “durante un número de horas”¹¹³ al día¹¹⁴, por lo que se puede atribuir a los Centros de Día. Está claro, desde luego, que su dedicación será parcial. Se atiende lo dicho en el caso de los servicios sociales del sistema público que hayan reconocido al dependiente en su “programa individual de atención” y la necesidad de cuidados de este en su entorno familiar; su vivienda debe cumplir una serie de condiciones para la convivencia y habitabilidad, y de forma excepcional se podrá reconocer una “prestación económica para cuidados familiares”¹¹⁵; se entenderán como *cuidadores informales*. Por tanto, tratándose de un “cuidador no profesional”, el artículo 2.5 de la Ley 39 de 2006 lo define de este modo: “La atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada”¹¹⁶.

El artículo 18¹¹⁷ de la Ley 39 de 2006 no establece con claridad suficiente la naturaleza del vínculo que la persona en situación de dependencia tiene de los cuidados informales y del cuidador principal para que sea efectivo el reconocimiento del derecho a la prestación económica. Por consiguiente, este precepto es el que más expectativas ha generado en las familias con personas dependientes

exclusivamente en alguna o algunas de las siguientes materias: encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación. En la regulación de tales sistemas informará el ministerio competente por razón de la actividad o condición de las personas en ellos incluidos”.

113 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.*

114 En el Proyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y la Atención a las Personas en Situación de Dependencia de 2006, su artículo 15 señalaba “Centro de Día para menores de 65 años”, por lo que hacía referencia a la edad. En la actualidad, ello ha desaparecido en la Ley 39 de 2006.

115 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.*, artículo 18.1.

116 *Ibid.*

117 *Ibid.* El artículo 18 señala: “1. Excepcionalmente, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, y se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 14.4, se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares. 2. Previo acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones de acceso a esta prestación, en función del grado reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica. 3. El cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente. 4. El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia promoverá acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los períodos de descanso”.

•Los sujetos activos en el sistema español•

en su seno, y en la actualidad se aplica a las redes de servicios sociales para la atención a las personas discapacitadas que necesitan cuidados de larga duración.

El voluntariado

La figura jurídica del voluntariado siempre ha sido un trabajo tradicional que nunca tuvo la necesidad de asumir ningún compromiso social; por ello, se tuvo la necesidad de su regulación legal, puesto que su actuación es una contribución importante para evitar la privación de la protección del ordenamiento laboral a personas que tengan la condición de asalariados. De esta forma se pronuncia la Ley del Voluntariado en España, que en el artículo 3, literal c, expresa: “Que se lleven a cabo sin contraprestación económica o material”¹¹⁸. Al hilo, en la Ley del Voluntariado de la Comunidad Valenciana se aplica el principio de actuación¹¹⁹, tal como se pronuncia la norma estatal. Sanz manifiesta en esta materia:

Sin embargo, y como en otro momento se precisó la generalidad de los términos con que la prohibición se contempla, las dificultades para acreditar en la práctica, que la incorporación de un determinado voluntario a la Organización se ha efectuado para cubrir un puesto de trabajo que debería estar cubierto por un trabajador asalariado y, por qué no decirlo, la generosidad con que se han descrito los cometidos atribuibles al voluntariado¹²⁰.

Como se observa, el voluntariado y las entidades deben tener un nexo de unión en cada uno de los servicios incluidos en el catálogo del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. En consecuencia, se debe exigir mayor cualificación a efectos profesionales en las actividades de los voluntarios, al igual que la necesidad de la participación como acompañamiento fuera y dentro del domicilio, tareas auxiliares en el domicilio de las personas dependientes y la atención de los voluntarios en las ayudas al respiro.

Cabe destacar que la formación de la persona voluntaria es un proceso personal integral e integrador que tiene como núcleo de referencia a los voluntarios de la Entidad y los beneficiarios de la actuación. Así lo refiere Villarroya:

.....
118 Jefatura del Estado, Ley del Voluntariado, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 247.

119 Comunidad Valenciana, Ley 4 de 2001, del Voluntariado de la Comunidad Valenciana, *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana (DOGV)* 4.138. El artículo 7, literal c, de esta ley expresa: “Rechazar cualquier tipo de contraprestación por la prestación de su actividad voluntaria”.

120 Pablo Benloch Sanz, *La actividad en régimen de voluntariado* (Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2007): 181.

En cuanto a la clase de actividades cuya realización puede incardinarse dentro de la idea de voluntariado, no se ofrece un catálogo cerrado de las mismas, sino que, con una fórmula abierta tales a todas aquellas que comporten un compromiso a favor de la sociedad o de las personas, mencionando a título meramente ejemplificativo las de carácter cívico, social¹²¹.

De esta forma, en la realidad, el carácter formativo del voluntariado tiene generalmente dos escalas: por un lado, la formación básica que ofrece la entidad con su respectivo proyecto; por otro, la formación específica como su normativa para desarrollar la acción voluntaria con una gran calidad. A modo de conclusión, el voluntariado es una figura jurídica que no genera ningún gasto para la sociedad y también se aplica a las personas dependientes en los centros de atención, así como en sus residencias, mediante su previa especialización para la dependencia.

.....
121 Antonio Ariño Villarroya, "Documento marco". En AA. VV., *Plan Estratégico del Voluntariado de la Comunidad Valenciana y Plan de Acción del Voluntariado, 2005-2008* (Valencia: Comunidad Valenciana, 2007): 37.

LA SITUACIÓN MATERIAL EN EL ENTORNO DEL DEPENDIENTE Y SUS CIRCUNSTANCIAS

El acceso ciudadano en la adjudicación preferente de bienes patrimoniales de las administraciones públicas, especialmente la vivienda, y el acceso a los servicios públicos siempre fueron requeridos como prioridades; en este sentido, los bienes públicos son necesitados por las mejores condiciones del mercado. Así, el Estado de bienestar se extendió más a las prestaciones sociales y a un amplio marco de destinatarios. La diferencia entre la oferta y la demanda de bienes públicos era grande y, por tanto, requería mayor esfuerzo fiscal. Asimismo, en la sustitución del Estado de bienestar por el Estado social, junto a la intensificación de este último, se ha demostrado que ciertos temores carecían de una fundamentación sólida y que la solución tenía que venir por la gestación más austera, por un gran esfuerzo fiscal y por el establecimiento de prioridades.

El entorno familiar

Está universalmente reconocido que la familia interviene en los momentos más significativos de la vida de sus miembros; así está consagrado en la Constitución Española, artículo 39.1, que señala: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”¹²². Así también, en el artículo 43.1, donde indica que “se reconoce el derecho a la protección de la salud”; por tanto,

.....
122 Constitución Española, *op. cit.*, 23-24.

es uno de los principios fundamentales que se irán estudiando a lo largo de la regulación del régimen jurídico de la dependencia.

La familia, ante sus personas discapacitadas, cubre aquellos aspectos no visibles como el afecto. Es importante señalar lo anterior incluso cuando los recursos económicos pueden estar cubiertos por las diversas prestaciones sociales y el sistema de transferencias intergeneracionales; sin embargo, la dependencia genera una serie de demandas de cuidados y afectos que requieren mucha dedicación y entrega, circunstancia que la familia acepta como responsabilidad moral. Lo mismo ocurre en todas las consecuencias de desgaste y hasta desestabilización de la vida familiar.

No obstante, ese protagonismo de la familia en los cuidados a los dependientes se ve amenazado a primera vista por varios de los cambios en curso: por un lado, la carga de tales cuidados tiende a incrementarse por el proceso que implica una dependencia superior; por otro, la disponibilidad de recursos familiares para los cuidados tiende a reducirse por el número de hijos, la fragilidad de los matrimonios, la previsible extensión del perfil de mujer cuidadora actual y la escasa formación e incorporación a la actividad laboral.

Asimismo, se entiende la consecuencia por la relación familiar de ayuda, aquella que intenta hacer surgir una mejor expresión de los recursos latentes del individuo y un uso más funcional mediante la ayuda de los miembros de la familia. Se trata en sí de activar los recursos de la persona dependiente y de acompañarle para que asuma su protagonismo en la situación que sobrelleva, prestándole la ayuda necesaria. Esta ayuda de la que se habla, además de requerir una preparación o adaptación adecuada por parte del acompañante, debe intentar ser ayuda íntegra, centrada en la persona, sin olvidar ninguna de sus dimensiones fundamentales como la corporal, intelectual, emotiva, espiritual, familiar y social, además de ser movida por una actitud empática, lo que permitirá captar la experiencia y el mundo referente de la otra persona dependiente.

Vale la pena remarcar la imposibilidad de que la atención se centre en la totalidad de la persona y así alcance toda su eficacia si no se da una actitud empática; por tanto, el significado de esta actitud es la disposición de una persona a ponerse en la situación existencial de la otra, a comprender su estado emocional, a tomar constancia íntima de sus sentimientos, a meterse en su experiencia y asumir su situación. Esta situación incluye la familia y la persona dependiente, aunque los

•La situación material en el entorno del dependiente y sus circunstancias.

modos de familia en España han cambiado y existe también la familia monoparental, y en este caso deben asumir el rol sus cuidadores.

La apertura bidireccional de la familia hacia las personas dependientes

Esta relación de ayuda puede suponer también una relación de autoayuda a la misma familia en la que las repercusiones de convivir con una persona dependiente son muy grandes; por consiguiente, cuando un miembro de la familia enferma, toda la familia entra en crisis. Se hace necesario que la relación de ayuda se dé, aunque en distinta proporción, de los miembros de la familia hacia el enfermo y del enfermo hacia los miembros de la familia; ambos pueden ayudarse, cada uno desde su situación, a asumir la realidad de la vida, integrando la contingencia y fragilidad del cuerpo en la concepción de la persona y la realidad interpersonal.

Todos los miembros de la familia pueden ayudar, aunque de diverso modo, a que la dependencia y la enfermedad se conviertan en una experiencia, en el contacto con lo vulnerable y frágil de la realidad humana; sin embargo, deben superar la frustración y desesperanza, convirtiéndolas en un motivo para una mejor comprensión y aceptación de la existencia y la condición humana. Sobre todo, hay que matizar que la familia debe tener una actitud no solo de ayuda al enfermo, a la persona, sino también de aprendizaje desde y por la situación que vive la persona dependiente; las personas dependientes enseñan a valorar la propia capacidad del hombre, su contingencia, su vulnerabilidad, su corporeidad.

Los menores

Esta figura jurídica puede encarnarse como dependiente, pues al menor le hace falta todo tipo de actuaciones legales como la figura paterna y materna; también quien obtenga la patria potestad o, en determinado caso, la figura del tutor, para la guarda y protección de sus bienes. Así, en la Ley Orgánica 1 de 1996, artículo 11, se afirma:

Las Administraciones Públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, incluyendo los recursos de apoyo que precisen. El punto 2 del mismo artículo enumera estos principios: a) la supremacía del interés

del menor; b) el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, salvo que no sea conveniente; c) su integración y participación social¹²³.

Y siguiendo con la norma citada, en su artículo 19 señala:

1. Cuando la Entidad Pública asuma la tutela o guarda del menor, elaborará un plan individualizado de protección que establecerá los objetivos, la previsión y el plazo de las medidas de intervención a adoptar con su familia de origen, incluido, en su caso, el programa de reintegración familiar. En el caso de tratarse de un menor con discapacidad, la Entidad Pública garantizará la continuidad de los apoyos que viniera recibiendo o la adopción de otros más adecuados para sus necesidades. En el caso de tratarse de un menor con discapacidad, la Entidad Pública garantizará la continuidad de los apoyos que viniera recibiendo o la adopción de otros más adecuados para sus necesidades¹²⁴.

Como se ve, la norma es muy clarificadora y avanzada, en concordancia con el modelo de dependencia, tanto a efectos familiares como desde el punto de vista de la administración española.

Las consideraciones relativas al apoyo a las familias

Para las familias es muy importante que el Estado español y las Comunidades Autónomas potencien los servicios de información y asesoramiento respecto a los planes de formación especializada para atender a la persona dependiente, la oferta del número de plazas en los centros de atención diurna, el servicio de teleasistencia domiciliaria y las adaptaciones y equipamientos de las viviendas de tecnología para las personas con dependencia. No obstante, debe indicarse que los elementos enumerados distan de la realidad.

El entorno social

La protección de las personas discapacitadas era una de las cuestiones previstas de forma clara en la Constitución Española de 1978, aunque, como con otros derechos de carácter social, se recogía en sus principios rectores de la política social y económica, con el limitado alcance en los efectos que para estos establece el

.....
¹²³ Jefatura del Estado, Ley Orgánica 1 de 1996, del 15 de enero, de protección del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 15.

¹²⁴ Jefatura del Estado, Ley Orgánica 1 de 1996, *op. cit.*

•La situación material en el entorno del dependiente y sus circunstancias.

artículo 53.3¹²⁵ de la Constitución. Hasta ahora, las herramientas fundamentales del Estado de bienestar se concretaban en la protección que era recibida por el sistema sanitario y por las prestaciones del sistema de la seguridad social; situaciones que eran poco desarrolladas por la asistencia y los servicios sociales, de ahí que se encontraran incluidas en el sistema de la seguridad social.

A partir de la Constitución de 1978, y de otras influencias internacionales y comunitarias, empieza ese conjunto de medidas protectoras que inicialmente se incluían en el ordenamiento jurídico español; lo anterior, para tomar consideración propia cada una de ellas, independientemente del sistema de seguridad social. Actualmente se utiliza la expresión *protección social*, que parece globalizar y comprender todas las medidas de protección de riesgos sociales de los ciudadanos que necesitan algún tipo de cobertura por el Estado para sobrellevar los distintos problemas que padecen los discapacitados en el entorno social; por eso, la noción de protección social es incluso más antigua que la de seguridad social.

Por otro lado, se debe observar en el ordenamiento jurídico español lo concerniente a la discapacidad. Inicialmente está el sistema de protección social, que se componía de cuatro medios de protección: la protección de la seguridad social, la protección de la asistencia social, la protección de la salud —por lo que correspondía al servicio público— y, finalmente, la protección dispensada por los servicios sociales. Se podría entonces definir el entorno social, dentro del marco en el derecho a la protección social, como la rama del ordenamiento jurídico español integrada por la normativa reguladora de la actividad prestacional de entes públicos y privados; lo anterior, en favor de personas afectadas por ciertas contingencias o situaciones de necesidad previamente tipificadas y sin que los beneficiarios de esas prestaciones hayan aportado una contrapartida simultánea. Así, se denominaría la disciplina que estudiará esa normativa, construyendo sus conceptos y sus principios básicos, por lo que sería una disciplina heredera de la seguridad social, pero incluiría nuevos contenidos. Esto indica que el sistema de protección social se constituye por tres grandes pilares: el subsistema de seguridad social, el subsistema sanitario y el subsistema asistencial.

El envejecimiento y la discapacidad de la población en los países desarrollados han supuesto que desde hace unas décadas la Organización Internacional del

.....
125 Constitución Española, *op. cit.*, 27.

Trabajo y la Organización Mundial de la Salud, además de otros organismos internacionales y de encuadre regional como el Consejo de Europa, hayan comenzado a prestar una especial atención a los discapacitados. Así, la Unión Europea, a través de su Comisión 2001, 143 final, reconoció que el envejecimiento de la población requiere que las políticas públicas tengan en cuenta todos los factores y se encontraran cubiertos en la calidad de vida, en tanto que “las políticas nacionales deberían sentar las bases para garantizar buenas condiciones de salud y bienestar en contexto de longevidad cada vez mayor”¹²⁶. Por tanto, es necesario prever estructuras formales de cuidados, ya que las familias son cada vez menos capaces de asumir todas las responsabilidades en materia de cuidados y de prestar por sí solas las responsabilidades frente al apoyo requerido por las personas dependientes.

El ámbito del dependiente en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006

Inicialmente, conviene mencionar el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006; en el citado artículo se enumeran los principios generales de las personas con discapacidad:

El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar decisiones y la independencia de las personas, siendo de especial relevancia para las personas discapacitadas, la no discriminación, respeto a sus personas y los demás, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, el respecto por diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad por parte de la diversidad y la condición humana, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad¹²⁷.

Esto es analógicamente aplicable a las personas dependientes. Al hilo, el artículo 4 de la misma norma, en su apartado *b*, señala:

Tomar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra personas con discapacidad, siendo que algunos países del mundo aún optan por esta situación,

.....
¹²⁶ Comisión de las Comunidades Europeas 2001, 143 final. <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2001/ES/1-2001-143-ES-F1-1.Pdf>.

¹²⁷ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, del 13 de diciembre de 2006. www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf.

•La situación material en el entorno del dependiente y sus circunstancias.

tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad¹²⁸.

Al mismo tiempo, en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, punto *f*, se señala:

Reconociendo la importancia que revisten los principios y las directrices de política que figuran en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos y en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad como factor en la promoción, la formulación y la evaluación de normas, planes, programas y medidas a nivel nacional, regional e internacional destinados a dar una mayor igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad¹²⁹.

Este fue en su momento el comienzo de la protección a las personas con discapacidad, y analógicamente para las personas dependientes en España. En el contexto comunitario, la idea de protección de los discapacitados se enmarca en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000¹³⁰, que reconoce en los diferentes preceptos la necesidad de evitar discriminaciones a los mayores y discapacitados e integrar a las personas con discapacidad, debiéndose respetar el derecho a tales personas a beneficiarse de medidas que garanticen “su autonomía, su integración social y su participación en la vida de la comunidad”. Siguiendo con la misma pauta, se reconoce el derecho al acceso a las prestaciones de la seguridad social¹³¹ y a los servicios sociales que garanticen la protección a la situación, entre otras, de dependencia.

Evidentemente, la situación de dependencia no es algo nuevo; lo novedoso es la dimensión del riesgo que se magnifica a causa de una mayor esperanza de vida.

.....
128 *Ibid.*

129 Convención sobre los Derechos de las Personas, *op. cit.*

130 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 26: “La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad”.

131 Carta de los Derechos, *op. cit.*, artículo 34: “1. 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 caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. 2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales. 3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”.

Ahora bien, su protección requiere un espacio diferenciado, ya que es un riesgo que tradicionalmente ha sido objeto de un tratamiento disperso o inadecuado por la práctica de los sistemas de seguridad social.

La asistencia social a personas discapacitadas y la jerarquía de los bienes públicos

La asistencia social está integrada por un conjunto extenso de servicios, de prestaciones para conceder subvenciones y de beneficios fiscales. Desde la perspectiva constitucional, el reconocimiento de la dignidad humana y el principio de solidaridad social por un número cada vez mayor de constituciones, la Constitución Española tenía que conducir al mismo resultado; así, no puede ser más rotunda que en su artículo 10 al señalar: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos de orden político y de paz social”¹³². Tras la restauración de la democracia, se abrió la puerta a medidas concretas de asistencia social en los órdenes fiscales, laborales, de seguridad social y urbanismo; las medidas tomadas fueron un conjunto de medidas sectoriales.

En este sentido, la consideración de la asistencia social a personas discapacitadas tiene un lugar preferente en las actividades públicas, por lo que algunos problemas se desplazan hacia otros campos como establecimiento de obligaciones a cargo de las entidades privadas, formas de gestión de los servicios y técnicas de apoyo a los administrados y a sus familias.

Por otro lado, mediante la reducción de su coste, no se limitan las prestaciones y su calidad se sigue gestionando de la forma más eficaz con colaboración y cofinanciación. La Ley 39 de 2006¹³³ permite ahondar en la apertura a la colaboración y la coordinación; así, entre los principios que enumera se encuentra la participación de la iniciativa privada en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia¹³⁴, además de la

132 Constitución Española, *op. cit.*, 12.

133 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, del 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 299.

134 *Ibid.*, artículo 3, literal *m*: “La participación de la iniciativa privada en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia”.

•La situación material en el entorno del dependiente y sus circunstancias.

participación del tercer sector en las mismas actividades¹³⁵, en la gestión de las personas en situación de dependencia y las familias, entidades que sean representadas y la cooperación administrativa, la cual se eleva a la categoría de principio. En resumen, la ley en mención permite una colaboración y coordinación de principios debidamente utilizados que pueden conducir a objetivos de mayor calidad y menor coste, llegando a exigir de criterios e indicadores de calidad.

La iniciación de actividades económicas, laborales, empresariales y profesionales de las personas discapacitadas

En el mandato a los poderes públicos del artículo 49 de la Constitución Española¹³⁶, se erigen como un imperativo al poder legislativo las medidas necesarias para facilitar el acceso de las personas discapacitadas a la actividad económica, por lo que requiere una norma con rango de ley que contemple la reserva de puesto de trabajo en las plantillas empresariales, las deducciones fiscales en el impuesto sobre sociedades, las bonificaciones en la cotización a la seguridad social, el establecimiento de líneas de crédito especiales y el otorgamiento de subvenciones para inversión que exigen una ley. En unos casos se trata de materias cubiertas por reserva de ley, y en otros, al estar reguladas por una norma legal, necesitan otra del mismo rango para su modificación; por tanto, el mandato constitucional se debe concretizar en un imperativo para legislador.

Así, en las medidas de apoyo a la iniciación de actividades económicas y en lo referido a la actividad laboral, siguiendo esta pauta se encontraba el Real Decreto 1451 de 1983, de medidas de fomento de empleo¹³⁷, que establecía instrumentos concretos como la reserva de puestos de trabajo de 2% de la plantilla total de la empresa, cumpliendo así requisitos y medidas alternativas, subvenciones

.....
135 *Ibid.*, artículo 3, literal *k*: "La participación de las personas en situación de dependencia y, en su caso, de sus familias y entidades que les representen en los términos previstos en esta Ley"; literal *n*: "La participación del tercer sector en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia"; literal *ñ*: "La cooperación interadministrativa".

136 Constitución española, *op. cit.*, 26, artículo 49: "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 los ciudadanos".

137 Jefatura del Estado, Real Decreto 1451 de 1983, del 11 mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, *Boletín Oficial de Estado (BOE)* 133. (Disposición derogada)

concedidas a las empresas por cada contrato de trabajo celebrado y durante su vigencia, bonificaciones en las cuotas empresariales de la seguridad social —incluidos los accidentes de trabajo y la enfermedad profesional—, las recaudaciones conjuntas cuando la contratación se concrete en grupos de trabajadores con personas con discapacidad, formación profesional de los trabajadores, subvenciones a las empresas para la adaptación de los puestos de trabajo o la dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales al trabajador discapacitado. De todas formas, el legislador no modificó mucho su actuación mediante el Real Decreto 290 de 2004, del 20 de febrero, que en sus artículos 8.1 y 8.5 señala:

1. Los trabajadores con discapacidad ocupados en el enclave laboral mantendrán, a todos los efectos, su relación laboral de carácter especial con el centro especial de empleo durante la vigencia del enclave. [...] 5. Una vez finalizado el contrato entre la empresa colaboradora y el centro especial de empleo, todos los trabajadores con discapacidad que hubieran prestado servicios en el enclave laboral seguirán manteniendo su relación laboral con el centro especial de empleo, salvo aquellos que hubieran sido contratados para trabajar en el enclave bajo la modalidad de obra o servicio determinado¹³⁸.

La norma entiende que el puesto de trabajo se adaptará a la persona discapacitada, que se mantendrá salvo fin de labores. El inicio de la actividad laboral por persona discapacitada se establece en las normas fiscales, Ley 35 de 2006, sobre la renta de las personas físicas¹³⁹, en la cual se aplica una deducción por cuota íntegra de 6000 euros, por cada persona al año, de incremento del promedio de la plantilla de trabajadores discapacitados. Esta deducción se extiende al impuesto sobre la renta de las personas físicas, actividades económicas y con disposición expresa por la norma reglamentaria correspondiente en el caso de estimación objetiva de la base imponible. En este sentido, al comienzo de la actividad laboral de personas discapacitadas o minusválidas, tenía el ordenamiento jurídico español un apoyo importante de los Centros Especiales de Empleo, regulados por

138 Jefatura del Estado, Real Decreto 290 de 2004, del 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 45.

139 Jefatura del Estado, Ley 35 de 2006, del 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 285.

•La situación material en el entorno del dependiente y sus circunstancias.

la Ley 13 de 1982, de integración social de minusválidos¹⁴⁰. En su momento se destacaron porque estos centros tenían dos objetivos: por un lado, llevar a cabo una función empresarial, ofertando empleo productivo y remunerado; por otro, ofrecer a sus empleados un servicio de ajuste personal y social.

Asimismo, el legislador, en la Ley 43 de 2006¹⁴¹, para la mejora del crecimiento y del empleo, le concede un trato preferente a los centros, estableciendo grandes bonificaciones en la cuota empresarial en relación con la seguridad social por la contratación indefinida de personas con discapacidad y, por supuesto, la transformación en indefinidos de contratos temporales. De esta forma, se obtiene distinto tratamiento sobre las actividades económicas empresariales y profesionales cuando son realizadas por personas con discapacidad. Para el impuesto sobre actividades económicas también se contempla una exención en el artículo 82.1.b: “1. Están exentos del impuesto [...]: b) los sujetos pasivos que inicien el ejercicio de su actividad en territorio español durante los primeros periodos impositivos de este impuesto”¹⁴². En sí, debería haberse establecido una exención temporal para el inicio de una actividad económica por persona discapacitada y habría de establecerse una exención subjetiva permanente; el impuesto supone un coste fijo para el titular de la actividad y solo puede deducirse de los ingresos para fijar la base imponible del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

Por tanto, la discapacidad tiene un papel en el impuesto sobre la renta de las personas físicas, al adecuarse el impuesto a la discapacidad y a las circunstancias personales de este contribuyente, a través de una reducción de la base imponible correspondiente según el artículo 60 de la Ley del Impuesto sobre las Personas Físicas¹⁴³. La norma atiende a un ajuste de la renta del contribuyente a efectos de

.....
140 Jefatura del Estado, Ley 13 de 1982, del 13 de abril, de integración social de minusválidos, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 103. (Disposición derogada)

141 Jefatura del Estado, Ley 43 de 2006, del 29 diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 312.

142 Ministerio de Hacienda, Real Decreto Legislativo 2 de 2004, del 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la ley reguladora de las haciendas locales, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 59.

143 Jefatura del Estado, Ley 35 de 2006, *op. cit.* Artículo 60: “El mínimo por discapacidad será la suma del mínimo por discapacidad del contribuyente y del mínimo por discapacidad de ascendientes y descendientes. 1. El mínimo por discapacidad del contribuyente será de 3000 euros anuales cuando sea una persona con discapacidad y 9000 euros anuales cuando sea una persona con discapacidad y acredite un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento. Dicho mínimo se aumentará, en concepto de gastos de asistencia, en 3000 euros anuales cuando acredite necesitar ayuda de terceras personas o movilidad reducida, o un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento. 2. El mínimo por discapacidad de ascendientes o descendientes será de 3000 euros anuales por

determinar el mínimo exento de gravamen, siendo el mínimo de discapacidad. Así, la objeción que se hace aquí ha perdido vigencia, dada la exención que establece el artículo 82 la Ley Reguladora de las Haciendas Locales¹⁴⁴, a favor de las personas físicas y en relación con el impuesto de actividades económicas. La Ley 43 de 2006 afirma a este respecto:

Las personas con discapacidad, que causen alta inicial en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se beneficiarán, durante los cinco años siguientes a la fecha de alta, de una bonificación del 50 por 100 de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo vigente en cada momento en el mencionado Régimen Especial¹⁴⁵.

Se trata, entonces, de un apoyo a las personas con discapacidad para su inicio en la actividad empresarial o profesional. Por otro lado, no aparece contemplado de manera directa en la Ley 39 de 2006; en este sentido, es una norma que regula con diversidad diferente, siendo el ciudadano acreedor de una asistencia social, regulando la ley en su propia forma. Las prestaciones económicas que vinculan a un servicio público o concertado para financiar cuidados en el entorno familiar y apoyar a cuidadores no profesionales son una ayuda para el ejercicio profesional o empresarial que debe encajarse dentro de la nueva ley que utiliza una forma de expresión principialista, con la denominación por el texto legal “ayudas económicas para facilitar la autonomía personal”¹⁴⁶.

Así, es normal que una actividad económica profesional o empresarial que contribuya al desarrollo de las personas discapacitadas en el entorno social, y

cada uno de los descendientes o ascendientes que generen derecho a la aplicación del mínimo a que se refieren los artículos 58 y 59 de esta Ley, que sean personas con discapacidad, cualquiera que sea su edad. El mínimo será de 9000 euros anuales, por cada uno de ellos que acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento. Dicho mínimo se aumentará, en concepto de gastos de asistencia, en 3000 euros anuales por cada ascendiente o descendiente que acredite necesitar ayuda de terceras personas o movilidad reducida, o un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento. 3. A los efectos de este impuesto, tendrán la consideración de personas con discapacidad los contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En particular, se considerará acreditado un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento en el caso de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente, se considerará acreditado un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, cuando se trate de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado”.

144 Ministerio de Hacienda, Real Decreto Legislativo 2 de 2004, *op. cit.*

145 Jefatura del Estado, Ley 43 de 2006, *op. cit.*

146 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.*

•La situación material en el entorno del dependiente y sus circunstancias.

atendiendo al ejercicio de la actividad profesional o empresarial, requiera dos elementos básicos: en primer lugar, la adquisición de los conocimientos necesarios para la actividad que quiera ejercer, y se entenderá que la oferta formativa del sector público será suficiente para la formación científica a la que se atienda; en segundo lugar, la inscripción en las enseñanzas necesarias en los centros públicos, que debe ser gratuita para las personas discapacitadas, y por tanto, se debe ajustar el centro docente a las posibilidades del tipo de discapacidad del alumno, manteniendo el rigor científico necesario. Cabe citar la Ley Orgánica 4 de 2007, en específico la disposición adicional 24, de la inclusión de las personas con discapacidad en las universidades, que indica:

Las universidades garantizarán la igualdad de oportunidades de los estudiantes y demás miembros de la comunidad universitaria con discapacidad, prescribiendo cualquier forma de discriminación y estableciendo medidas de acción positiva tendentes a asegurar su participación plena y efectiva en el ámbito universitario¹⁴⁷.

Como se observa, las normas legales en España dan un impulso empresarial educacional en términos universitarios a las personas discapacitadas; esto no quiere decir que analógicamente estén incluidas las personas dependientes con un grado menor de dependencia.

El sistema de financiación en la discapacidad

En segundo plano, esta financiación es necesaria para empezar el ejercicio de las actividades económicas. Como se mencionó, cabe la posibilidad de aplicar las ayudas económicas para facilitar la autonomía personal, por lo que es uno de los elementos de financiación que pueden aplicarse al inicio de las actividades económicas. En la actualidad, parece haberse descubierto la figura de los llamados microcréditos, utilizada por la administración pública española hace más de 30 años y referida a los préstamos otorgados por el Ministerio de Trabajo a los trabajadores para la creación de cooperativas de trabajo asociado o sociedades de tipo laboral. En este sentido, el solicitante no tendría que aportar una garantía externa, es suficiente el llamado aval moral de un profesional, que puede ser un letrado, economista o gestor administrativo en relación con la actividad de que se tratare,

.....
147 Jefatura del Estado, Ley Orgánica 4 de 2007, del 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6 de 2001, del 21 de diciembre, de Universidades, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 89.

conociendo al prestatario o a una organización no gubernamental que certifiquen el conocimiento del solicitante del crédito; por ello, tendría conocimiento de la administración pública e inclusive una garantía parcial del porcentaje del préstamo, con varias alternativas.

La siguiente alternativa sería la vinculación de un porcentaje de los microcréditos concedidos a la obra benéfico-social de las cajas de ahorros; de esta forma, la actividad de crédito podría imputarse a las cajas de ahorros. Así, se requeriría un cambio en las normas que rigen las cajas de ahorros, siendo preceptivo a la hora de aplicar las deducciones. Cabe hacer mención a que las cajas de ahorro siempre han demostrado su sensibilidad en la forma de actuación hacia las personas discapacitadas.

Finalmente, es importante recordar que los poderes públicos, por mandato expreso de la Constitución, tienen derecho a remover los obstáculos que se opongan a la igualdad real y efectiva de individuos y grupos, como se expresa en el artículo 9.2 de la Constitución Española:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social¹⁴⁸.

Según lo anterior, y a modo de conclusión, cabe destacar dos elementos importantes: los microcréditos y la función de las cajas de ahorros sobre la financiación económica de las actividades de las personas con discapacidad.

El acceso a los servicios sanitarios por los discapacitados

En cuanto a la utilización de los servicios sanitarios por parte de las personas discapacitadas que tienen un tratamiento preferente y una atención adecuada, la Ley General de la Seguridad Social de 2015¹⁴⁹ contempla directamente la atención a

148 Constitución Española, *op. cit.*, 11.

149 Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 8 de 2015, del 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 261. En su artículo 12 establece: "1. A efectos de lo dispuesto en el artículo 7.1, no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario: el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo. 2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, y de conformidad con lo establecido en la disposición adicional décima de la Ley 20/2007,

•La situación material en el entorno del dependiente y sus circunstancias.

las personas con dependencia y discapacidad; por tanto, *salud y asistencia* actúan como figuras distintas, aunque tengan gran fluidez. Las actuaciones sanitarias son la educación sanitaria, la atención primaria integral de la salud y las acciones curativas; de esta forma, la acción de la asistencia social más próxima a la salud —la asistencia sanitaria personalizada de las personas discapacitadas— actúa en principio para la rehabilitación.

Desde otra perspectiva, la Ley 39 de 2006¹⁵⁰ tiende a cubrir la mayor parte de la atención sanitaria, dando un rango de especialización; la norma contempla el desarrollo coordinando entre los servicios sociales y la salud a los efectos de prevención de situaciones de dependencia¹⁵¹, especialmente la atención integral en el servicio de centro, de día y de noche, cubriendo también todas las actuaciones sanitarias. Además, el servicio de atención residencial se extiende a los servicios continuados sanitarios¹⁵². Es importante mencionar asimismo que la ley de dependencia reforzó más la sanidad en España respecto a las personas dependientes.

de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, los trabajadores autónomos podrán contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de 30 años, aunque convivan con ellos. En este caso, del ámbito de la acción protectora dispensada a los familiares contratados quedará excluida la cobertura por desempleo. Se otorgará el mismo tratamiento a los hijos que, aun siendo mayores de 30 años, tengan especiales dificultades para su inserción laboral. A estos efectos, se considerará que existen dichas especiales dificultades cuando el trabajador esté incluido en alguno de los grupos siguientes: a) personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento. b) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento e inferior al 65 por ciento, siempre que causen alta por primera vez en el sistema de la Seguridad Social. c) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento". Por su parte, el artículo 13 señala: "1. Los trabajadores con discapacidad empleados en los centros especiales de empleo quedarán incluidos como trabajadores por cuenta ajena en el régimen de la Seguridad Social que corresponda a su actividad. 2. Por el Gobierno se aprobarán normas específicas relativas a sus condiciones de trabajo y de Seguridad Social en atención a las peculiares características de su actividad laboral".

150 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.*

151 *Ibid.*, artículo 21: "Tiene por finalidad prevenir la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y de sus secuelas, mediante el desarrollo coordinado entre los servicios sociales y de salud, de actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores y personas con discapacidad y a quienes se ven afectados por procesos de hospitalización complejos. Con este fin, el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia acordará criterios, recomendaciones y condiciones mínimas que deberían cumplir los Planes de Prevención de las Situaciones de Dependencia que elaboren las Comunidades Autónomas, con especial consideración de los riesgos y actuaciones para las personas mayores".

152 *Ibid.*, *op. cit.*, artículo 25.1: "1. El servicio de atención residencial ofrece, desde un enfoque biopsicosocial, servicios continuados de carácter personal y sanitario".

El acceso de los discapacitados a los servicios y en los centros de educación

La Constitución Española señala en su artículo 27: “1. Todos tienen el derecho a la educación. 2. la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades humanas”¹⁵³. La norma menciona las bases de una educación universal y su finalidad es contribuir al desarrollo de la personalidad humana. En la misma línea, cabe mencionar la Ley Orgánica 2 de 2006¹⁵⁴, pues con los principios que rige la actividad educativa garantiza la igualdad de oportunidades, la inclusión y la no discriminación; además actúa como elemento compensador de las desigualdades personales, culturales, económicas y sociales, con especial atención a las que deriven de la discapacidad.

Por otro lado, en el mismo contexto, el artículo 72.3 de la Ley Orgánica 2 de 2006 cierra el principio de equidad, al disponer que “los centros contarán con la debida organización escolar y realizarán las adaptaciones y diversificaciones curriculares precisas para facilitar a todo el alumnado la consecución de los fines establecidos”¹⁵⁵. Así, la realidad de la escolarización será la del mayor número de alumnos discapacitados, y allí contará la gran sensibilidad a las discapacidades de los alumnos.

El acceso al disfrute de la vivienda protegida al discapacitado

Este tipo de viviendas para los discapacitados es un bien público, en cierta forma por su calificación con la actuación de la administración pública, con la consecuencia de que las adquisiciones o disfrute son más positivas que las existentes en el mercado. Resulta interesante que las personas con discapacidad y sus familias tengan un acceso preferente en su adquisición. En la misma línea, el Plan Estatal 2005-2008 es muy sensible por la necesidad de justicia, y por ello las personas con discapacidad tendrán un trato preferente en la adquisición de las viviendas

153 Constitución Española, *op. cit.*, 19.

154 Ley Orgánica 2 de 2006, del 3 de mayo, de educación, *Boletín Oficial del Estado* (BOE) 106, El artículo 1 reza: “El sistema educativo español, configurado de acuerdo con los valores de la Constitución y asentado en el respeto a los derechos y libertades reconocidos”. Y su artículo 2-b señala: “La educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, en la igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad”.

155 *Ibid.*

•La situación material en el entorno del dependiente y sus circunstancias.

y el disfrute en régimen de arrendamientos; lo más importante es que pueden acceder a estos beneficios con derecho a una protección preferente las personas discapacitadas. Esta definición está baremada por las distintas administraciones públicas que intervienen en el proceso, por lo que no pueden ser objeto de una modificación esencial.

Asimismo, están justificados los grupos de personas con derecho a la protección preferente entre las personas con dependencia y discapacidad junto con sus familias, con situaciones objetivas de necesidad y urgencia, lo que justifica su prioridad en el entorno social.

Por otra parte, con independencia de lo que se comentó, el Plan Estatal 2005-2008 establece unos beneficios de distinta naturaleza en favor de las personas con discapacidad, como la exoneración de la prohibición de transmitir o ceder el uso de la vivienda durante un plazo mínimo de diez años, también para la obtención de ayudas no financieras en caso de no haberlas obtenido durante los diez años anteriores; un ejemplo es la obtención de subvenciones en condición de inquilinos, con la consideración de la dependencia y la discapacidad a efectos de la cuantía de la ayuda estatal para el acceso a la vivienda. Estas medidas son enteramente positivas para la protección de los dependientes y discapacitados en el entorno social.

En línea con lo anterior, se debe constatar que el entorno de la sociedad civil se puede nutrir a través de sus organizaciones y entidades representativas; de ahí que deba desempeñar un papel importante en el desarrollo del proyecto de atención a la dependencia. Por ello, se puede mencionar una serie de ideas, como el fomento y asesoramiento técnico, la formación y financiación de las asociaciones, federaciones, organizaciones no gubernamentales y todo tipo de voluntariado mediante esta potenciación de los mecanismos de cooperación de fundaciones y obras sociales que se dedican a la financiación de programas de atención a personas con discapacidad, siempre en la fenomenología de la dependencia.

REGULACIÓN LEGAL DE LA DEPENDENCIA EN LAS CONSTITUCIONES EUROPEAS

A pesar de que en la actualidad la dependencia ha generalizado su terminología, las personas con dependencia han existido desde siempre en España. De hecho, ha habido normas desde la Antigüedad con las cuales se generaliza una cierta tutela frente al concepto de dependencia; lo que cambió en estos últimos años ha sido la propia percepción de la sociedad acerca de cómo y quiénes han de proteger ese riesgo, actualizándose con gran intensidad en la sociedad debido a la aparición de situaciones de dependencia con el envejecimiento social. No solamente es un fenómeno de España, sino en el ámbito mundial.

Al observar el ordenamiento jurídico español, se ha hecho la connotación de la existencia de sujetos en situación de dependencia personal, atendiéndolos desde hace tiempo. Es cierto que la protección social dispensada a las personas que se encuentran en estas situaciones era insuficiente y parcial, y en parte puede atribuirse lo anterior a la multiplicidad de normas. En consecuencia, debe hablarse de la obligación de unir una normativa dispersa con un nutrido conjunto de normas jurídicas emanadas por distintos poderes, tanto estatales como autonómicos, oscureciendo así la cobertura de la dependencia en España.

Por otro lado, con las dos perspectivas de rasgos que han caracterizado hasta hoy la tutela pública de esta situación de necesidad, se construyen diversas deficiencias de las cuales la protección del ordenamiento jurídico español ha venido adoleciendo; conviene señalar dos: la insuficiencia en la cobertura dispensada y

las notorias desigualdades territoriales que presenta dicha protección en función de la Comunidad Autónoma en la que reside el dependiente.

Así, con lo expuesto, se puede afirmar que la tutela pública contó con la población dependiente en el ámbito de la protección social hasta el día de hoy, siendo verdaderamente insuficiente e inadecuada para el ofrecimiento de una cobertura que hiciera frente a las necesidades derivadas de la falta de autonomía personal, pues hasta el momento la dependencia no acababa de ser una auténtica contingencia social objeto de protección autónoma. Pensando en ello, se hace necesaria una solución legislativa adecuada para la solución de la dependencia, por cuanto fue insuficiente la tutela pública ofrecida ante estas situaciones.

La regulación legislativa de la dependencia en los países europeos

En el estudio comparativo sobre la legislación en materia de dependencia, solamente se puede indicar que existen cuarenta y cinco países con leyes contra la discriminación; cabe mencionar también que las definiciones son muy diversas: mientras unas siguen el concepto médico, en otras prima el entorno social. Así, se puede analizar el caso de Alemania, en el noveno libro del Código Social (Sozialgesetzbuch IX), del que García señala que fue dedicado “enteramente a la integración de personas discapacitadas. Esta fue la primera ocasión en que se habla de una manera explícita sobre la necesidad de conceder igualdad de condiciones tanto a la mujer discapacitada como al hombre discapacitado”¹⁵⁶.

Se establece así que una persona está discapacitada cuando su función física, su capacidad mental o su salud psicológica difieren de las personas de su edad, con grandes probabilidades de que su situación se mantenga durante más de seis meses, y como consecuencia de esto se vea afectada de forma negativa su participación en la vida social. En este sentido, se puede apuntar que se utiliza el criterio de normalidad, estando la persona alejada de las condiciones de salud, mental o psicológica de la población de su edad. García menciona en la misma línea:

156 Yolanda García Calvete, “Delimitaciones de conceptos y análisis de los principales ordenamientos”. En AA. VV., *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas* (Navarra: Aranzadí, 2007): 57.

•Regulación legal de la dependencia en las constituciones europeas.

Así ocurre también con la Ley United Kingdom Disability Discrimination Act 95, en la que afirma que una persona tiene discapacidad física o mental cuando le afecta prácticamente en toda su vida especialmente a las actividades normales de la vida¹⁵⁷.

La definición de discapacidad que tiene cada país influye de una forma importante en las administraciones y en la forma en que estas tratan a las personas discapacitadas. Puede mencionarse también, respecto al ámbito legislativo comunitario, que en el anexo a la Recomendación R (98) 9, del 18 de septiembre de 1998, el Comité de Ministros del Consejo de Europa la define de esta manera:

El estado en que se encuentran las personas, que por razones ligadas a la falta o pérdida de autonomía física, psíquica o mental, tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria¹⁵⁸.

Se debe recordar además el Tratado de Niza del 7 de diciembre de 2000, que se erige como una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pues contiene en sus artículos la dignidad humana, la no discriminación y la integración de las personas discapacitadas¹⁵⁹. En este sentido, la Unión Europea se ajusta a las necesidades de las personas discapacitadas.

Los países nórdicos

Suecia

En este país, la legislación para los discapacitados tiene por finalidad posibilitar a todo el mundo la participación plena y en igualdad de condiciones en la vida social. Gran parte de la ayuda que necesitan las personas discapacitadas es proporcionada por las autoridades estatales y locales, empleando a un asistente personal, además de los subsidios que sirven para adaptar las viviendas y los puestos

157 Ibid.

158 Comité de Ministros a los Estados Miembros, Recomendación (98) 9, del 18 de septiembre, relativa a la dependencia. <http://sid.usal.es/docs/F3/LYN10476/3-10476.pdf>.

159 La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea expresa en su artículo 1: "La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida". El artículo 21.1 estipula: "Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una raza o minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual". El artículo 26 expresa: "La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida en comunidad".

de trabajo. De la misma forma, los niños con discapacidades físicas siguen la escolarización normal. Debe tenerse en cuenta que Suecia cuenta con un defensor del discapacitado, que es nombrado por el Gobierno y se encarga de vigilar los derechos e intereses de las personas con discapacidad.

Por otro lado, Suecia carece de una legislación general que se pronuncie sobre los derechos civiles de los minusválidos; así, respecto a la Constitución Sueca —con las reformas de 1974—, De Lorenzo y Palacios mencionan: “Fue un texto de gran contenido social y tradicional en los países nórdicos, no contemplando a las personas con discapacidad especial, en su artículo 2 señala: ‘El propósito es la plena participación de todos los ciudadanos con igualdad’”¹⁶⁰. Por otra parte, en la Constitución Sueca de 1976 no existe una clara referencia a la discapacidad; la integración queda recogida en textos específicos y en párrafos que contienen disposiciones legales. En conclusión, puede decirse que, en Suecia, en su tendencia actual, prima la Ley de Discriminación por razones de discapacidad dentro del mercado laboral.

Finlandia

La Constitución Finlandesa es la más reciente dentro del marco de la Unión Europea, pues entró en vigor el 1 de marzo de 2000¹⁶¹. Cabe resaltar su artículo 6, que, bajo la rúbrica de “igualdad”, ensalza el principio por el cual ninguna persona debe ser puesta en situación de desventaja por razones de discapacidad. Al hilo, añaden De Lorenzo y Palacios:

Ya se contenía en el anterior texto constitucional de 1955 [que] las personas son iguales ante la Ley. No se puede, sin motivo admisible, otorgar tratamiento desigual a persona alguna por razón de sexo, edad, origen, idioma, religión, convicciones, opiniones, estado de salud, minusvalidez u otro motivo inherente al individuo¹⁶².

160 Rafael de Lorenzo y Agustina Palacios, “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”. En AA. VV., *Los derechos de las personas con discapacidad. Aspectos jurídicos* (Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007): 91-92.

161 Ministerio de Finlandia, Constitución de Finlandia de 1999. www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/es19990731.pdf.

162 Rafael de Lorenzo y Agustina Palacios, “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”, *op. cit.*

Por tanto, el sistema de protección legal de los minusválidos o discapacitados está basado en el principio de integración social y de igualdad de oportunidades, con imposición de objetivos políticos. En sí, la política social elaboró una legislación sobre los derechos de las personas con discapacidad y los servicios que competen a su rehabilitación, por lo que el concepto de discapacidad en este país viene de la definición del Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo de 1983, ligada a la rehabilitación profesional, como se señala en los artículos 1 y 2:

1. A los efectos del presente Convenio, se entiende por persona inválida toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida. 2. A los efectos del presente Convenio, todo Miembro deberá considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad¹⁶³.

En síntesis, la persona discapacitada en Finlandia es aquella cuya capacidad para asegurarse y conservar un empleo se ve reducida a causa de una deficiencia física o mental debidamente reconocida, siempre con un examen médico.

Dinamarca

La Constitución de Dinamarca entró en vigor el 5 de junio de 1953 y establece la base legal de la política de este país en materia de discapacidad. El principio constitucional danés en materia de discapacidad está constatado en el artículo 75 de la Constitución:

1. En interés del bien común, se realizarán esfuerzos para que todo ciudadano capacitado para el trabajo tenga la posibilidad de trabajar en condiciones de asegurar su existencia. 2. Quien no esté en condiciones de cubrir su propia subsistencia y la de su familia y cuyo mantenimiento no esté a cargo de otra persona, tendrá derecho a

.....
163 Organización Internacional de Trabajo, Convenio 159, del 22 de junio de 1983, sobre readaptación profesional y empleo de personas invalidas. http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:P12100_INSTRUMENT_ID:312304

la asistencia pública a condición de someterse a las obligaciones previstas por la ley en esta materia¹⁶⁴.

Se establece entonces que toda persona incapaz de mantenerse o mantener a las personas que dependan de ella tiene derecho a recibir asistencia pública, siempre que no haya ninguna otra persona responsable de la manutención. En esta línea, García manifiesta:

La Ley de Asistencia Social de 1974 abolió la legislación especial sobre los servicios para minusválidos, los situó en la forma en la posición de igualdad con los otros grupos de personas y, mediante la ulterior publicación de la Ley de Asistencia Social de 1994, estableció el deber general de asistir a toda persona que necesite la orientación, la ayuda económica de cuidados especiales de rehabilitación o de educación¹⁶⁵.

Por otro lado, en abril de 1993, el Parlamento adoptó la decisión sobre la igualdad de estatuto y de trato a las personas discapacitadas, por lo que las autoridades deben participar activamente en el acceso de los minusválidos a la educación, al empleo y a la vida social en las mismas condiciones que las otras personas, con la garantía de medidas compensatorias en favor de las personas discapacitadas que no puedan integrarse con sus propios medios.

A manera de conclusión, se puede pensar que en el modelo de bienestar social danés — denominado *modelo de bienestar escandinavo*— todos los ciudadanos tienen el derecho a una seguridad social, para lo cual se ofrecen distintos servicios gratuitos en sanidad y educación financiados por el Estado; esto supone que la presión fiscal de Dinamarca se encuentra entre las más altas del mundo.

Los países anglosajones

Gran Bretaña

La primera legislación en relación con el empleo de minusválidos en Inglaterra fue la Ley de 1944, *Disabled Persons*, adoptada para responder a las carencias de los inválidos de la Segunda Guerra Mundial. Así, durante 1955 se aprobó la Ley *Disability Discrimination*, donde se plasmaba un sistema antidiscriminatorio

.....
164 9 Reino de Dinamarca, Constitución de Dinamarca. www.viajeuniversal.com/dinamarca/dinamarca/constituciondinamarca.htm.

165 10 Yolanda García Calvete, "Delimitaciones de conceptos", *op. cit.*, 61

global que tenía la tendencia a suprimir el sistema de cuotas y daba una definición de discapacidad, poniendo a los minusválidos en igualdad para competir en el mercado laboral. Se define entonces la discapacidad como una deficiencia física o mental que tiene efecto sustancial, al ser de larga duración y negativa para la aptitud de la persona a la hora de ejercer actividades cotidianas corrientes.

Asimismo, al cabo de algunos años entró en vigor la Ley *Disability Discrimination* de 2005, que introdujo en el tratamiento de la discapacidad la obligación del sector público para promover el derecho a la igualdad de los discapacitados. Además, en el 2006 entró en vigor la Ley *The Disability Equality Duty*, la cual impele a todos los organismos públicos a garantizar que las personas discapacitadas tengan que ser tratadas como el resto de personas. Al respecto, De Lorenzo y Palacios manifiestan: “El régimen constitucional inglés se caracteriza porque carece de una constitución escrita. Por lo cual no existen normas constitucionales que favorezcan las personas con discapacidad”¹⁶⁶. Se puede afirmar, entonces, que Gran Bretaña fue uno de los países pioneros respecto a los minusválidos.

Irlanda

La vigente Constitución de Irlanda entró en vigor en 1937, y desde su promulgación han pasado más de veinte enmiendas de diversa consideración. En su capítulo “Derechos personales”, el artículo 40 proclama la igualdad ante la ley, pero con atención especial del Estado a las personas con discapacidad. El artículo 45.¹¹⁶⁷ de la Constitución Irlandesa, sobre los principios rectores de la política social, expresa: “El estado se compromete a salvaguardar con especial atención los intereses de los sectores más débiles de la comunidad, a contribuir el mantenimiento de los inválidos”. De esta forma, se puede decir que la Constitución quedó anclada en el pasado, por lo que su legislador podría modificarla y adaptarla al concepto de discapacidad o dependencia.

166 Rafael de Lorenzo y Agustina Palacios, “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”, *op. cit.*, 91.

167 República de Irlanda, Constitución de Irlanda. http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/ireland/irelnd-s.htm

Los países continentales

Alemania

La Constitución es la Ley Fundamental para la República Federal Alemana (conocida tradicionalmente como Ley Fundamental de Bonn), del 23 de mayo de 1949; está dotada de gran rigidez constitucional, aunque se haya reformado varias veces. En 1994 tuvo lugar una ampliación de la Constitución Alemana en lo concerniente a la discapacidad, tal como lo señala el artículo 3.3: “Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico (modificado 27/10/1994)”¹⁶⁸. En este sentido, el legislador atendió al proceso igualitario entre discapacitados y no discapacitados. A este respecto, menciona García:

En el año 2001 se aprobó la Ley Social IX, la cual está dedicada a la integración de personas discapacitadas, siendo la primera vez que se hablaba explícitamente sobre la necesidad de conceder la igualdad de condiciones de discapacidad para el hombre como para la mujer. [...] El Código Social Alemán, en su artículo 10, reconoce el derecho social de los discapacitados a su integración con la sociedad expresando: “Toda persona afectada de una discapacidad física, mental o psicológica, o que tenga riesgo de estarlo, independientemente de su causa, tiene el derecho social de recibir la asistencia necesaria para prevenir, eliminar o mitigar la discapacidad, evitar su empeoramiento y paliar sus efectos, así como de tener garantizado un puesto en la sociedad, en concreto en el mercado de trabajo, de acuerdo con sus inclinaciones y sus habilidades”¹⁶⁹.

De esta forma, se entiende que el Código Social Alemán atiende a un sistema de rehabilitación de la persona discapacitada. Por último, De Lorenzo y Palacios mencionan:

Se debe destacar que el Tribunal Constitucional Alemán, en reiterada jurisprudencia, ha considerado que es un mandato del principio de Estado social haya de ocuparse de la asistencia a los necesitados, lo que comprende la ayuda social para los ciudadanos

168 Consejo Parlamentario, Ley Fundamental para la República Federal Alemana. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.

169 Yolanda García Calvete, “Delimitaciones de conceptos”, *op. cit.*, 58.

que, por causa de defectos físicos o psíquicos, se encuentran obstaculizados en su desarrollo personal y social, siendo incapaces de mantenerse por sí mismos¹⁷⁰.

Por tanto, se entiende que es un deber jurisprudencial atender a las personas discapacitadas y a sus familias; sin embargo, debería modificarse el Código Social Alemán por el mismo legislador, pues en la actualidad es más consecuente el modelo social.

Austria

En este país no existe una legislación general sobre la discapacidad de las personas; su legislación se caracteriza por la fragmentación de normas: existen más de noventa leyes federales y regionales; por tanto, la competencia en Austria es compartida entre los nueve *länder* y el Estado Federal. El sistema político de empleo de los minusválidos nació hacia 1920 para los inválidos de guerra; en esta normativa se establecía un sistema de cuotas. A partir de los cuarenta, la normativa se extiende al resto de los inválidos civiles y en 1973 se aplica a todos los minusválidos con la independencia de la discapacidad originada.

Por otro lado, la Ley Federal sobre Discapacidad, de 1990, intentó mejorar su situación imponiendo normas de coordinación mediante la creación del Consejo Federal, en el que participan todas las asociaciones de minusválidos y adoptando medidas de carácter general. Se debe mencionar que no hay ninguna Ley en Austria que dé una definición de discapacidad; cada ley adopta sus propios criterios. Es hasta 1993 que el Gobierno propuso una definición de discapacidad basada en la prevención, rehabilitación, integración, normalización, independencia y necesidades de los discapacitados. Ciertamente es criticable que el Gobierno austriaco proponga en el siglo XXI un sistema rehabilitador, al ser más efectivo el sistema social. Asimismo, cabe mencionar que el legislador debería unificar la normativa modificando el concepto de *minusválido* por el de *discapacitado* o *dependiente*.

Bélgica

El texto de la Constitución de Bélgica data de 1831 y ha pasado por varias reformas. En 1994 se publicó la denominada “Constitución refundida”, que unifica

.....
170 Rafael de Lorenzo y Agustina Palacios, “Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional”, *op. cit.*, 83.

y sistematiza las anteriores reformas del texto constitucional. Así, se añadieron nuevos contenidos en los artículos 10, 11 y 12¹⁷¹ de la Constitución Belga, ante todo el principio de igualdad frente a la ley. Por otro lado, la normativa sobre la discapacidad está fragmentada en Bélgica por territorios y comunidades, habiendo una interacción con la Ley Federal tanto comunitaria como regional. García menciona respecto a la Constitución Belga de 1920:

No existe ninguna referencia que enuncie la discapacidad, aunque se recoge en su artículo 10 el derecho a la igualdad entre todos los belgas y siguiendo en la Constitución de Bélgica en su artículo 11 habla sobre la prohibición de la discriminación¹⁷².

De este modo, la legislación nacional es la responsable de la adopción de leyes y decretos reales, y su competencia incluye el derecho laboral, la seguridad social y la rehabilitación. Asimismo, las comunidades tienen competencia en materia de formación profesional y de reciclaje de trabajadores minusválidos. En concreto, las regiones de Flandes, Valonia y Bruselas adoptan decretos en el límite de sus territorios y son responsables de su propia política socioeconómica —incluida la vivienda y el empleo—; así, las regiones tienen competencia en materia de colocación y en los programas de incorporación al trabajo.

Por otro lado, desde 1990 cada comunidad cuenta con un fondo para un instrumento de integración social y profesional de minusválidos. El fondo de Bruselas considera discapacitadas a las personas para su integración social y profesional, que se ve limitada significativamente a causa de una deficiencia o una disminución de las capacidades físicas o mentales. El concepto en Valonia define discapacidad como “una alteración de las facultades mentales, físicas o sensoriales que requiere una intervención social”. Cabe mencionar que el fondo Flamenco distingue en su definición tres aspectos diferentes: una limitación de las posibilidades a largo plazo, una referencia exclusiva a la integración social y la enumeración de las facultades mentales, psicológicas, físicas o sensoriales.

171 La Constitución de Bélgica señala en su artículo 10: “No existirá en el Estado ninguna distinción estamental. Los belgas son iguales ante la ley; únicamente ellos son admisibles para los empleos civiles y militares, salvo las excepciones que puedan establecerse mediante una ley para casos particulares. La igualdad entre mujeres y hombres está garantizada”. En el artículo 11 estipula: “El disfrute de los derechos y libertades reconocidos a los belgas deberá ser asegurado sin discriminación. Con este fin, las leyes y decretos garantizarán especialmente los derechos y libertades de las minorías ideológicas y filosóficas”. Finalmente, en el artículo 12, párrafo 1, indica: “Se garantiza la libertad individual”.

172 Yolanda García Calvete, “Delimitaciones de conceptos”, *op. cit.*, 60.

•Regulación legal de la dependencia en las constituciones europeas•

Entendiendo que Bélgica se divide por comunidades, el legislador tendría que unificar los conceptos de discapacidad, y las comunidades deberían desarrollar el concepto de discapacitado e incluso aplicar el concepto de dependiente.

Francia

La Constitución Francesa de la Quinta República, adoptada por referéndum en 1958 y modificada en 2003, versa en su artículo 1: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social. Asegura la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y respeta todas las creencias. Su organización es descentralizada”¹⁷³. Por tanto, el texto no expresa nada sobre la discapacidad.

Así, se generaron distintas leyes como la Ley 2004-2005, del 30 de junio de 2004, relativa a la solidaridad para la autonomía de las personas mayores y las personas discapacitadas; también la Ley 2005-102, del 11 de febrero de 2005¹⁷⁴ (derogada), para la igualdad de derechos y de suertes. La participación de la ciudadanía de las personas discapacitadas se expresa en su artículo 2:

Constituye un discapacitado, al sentido de la presente ley, toda limitación de la actividad o de la restricción de participación a la vida en la sociedad soportar en su alrededor para una persona por la razón de una alteración sustancial, duradera o definitiva de una o varias funciones físicas, sensoriales, mentales, cognitivas o psíquicas, con multitud de problemas o siendo difícil la salud para el inválido.

Lo anterior supuso un avance relevante a la hora de considerar que el artículo 2 emplea el concepto de discapacidad.

173 Constitución Francesa de 1958. https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/Ing/constitution-espagnol_juillet2008.pdf.

174 Modificado Decisión 2010-2 QPC de 11 junio 2010 - art. 2, v. init., por el Código de Acción Social y de Familia, creado por Ley 2002-2, del 2 de enero de 2002, art. 1 JORF 3, enero 2002. En su artículo L116-1 señala: “L'action sociale et médico-sociale tend à promouvoir, dans un cadre interministériel, l'autonomie et la protection des personnes, la cohésion sociale, l'exercice de la citoyenneté, à prévenir les exclusions et à en corriger les effets. Elle repose sur une évaluation continue des besoins et des attentes des membres de tous les groupes sociaux, en particulier des personnes handicapées et des personnes âgées, des personnes et des familles vulnérables, en situation de précarité ou de pauvreté, et sur la mise à leur disposition de prestations en espèces ou en nature. Elle est mise en oeuvre par l'Etat, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, les organismes de sécurité sociale, les associations ainsi que par les institutions sociales et médico-sociales”.

Grecia

La Constitución Griega de 1975 define la responsabilidad del Estado en el concepto de empleo de minusválidos. En su artículo 4.1.2¹⁷⁵ expresa la obligación del Estado de garantizar el respeto y la protección del valor y la dignidad de la persona, y en el artículo 22 habla de las disposiciones en relación con la política de empleo. Este último artículo estipula:

El trabajo constituye un derecho y debe gozar de la más alta protección por parte del Estado; todos los trabajadores, con independencia de su sexo o de cualquier otra distinción, tienen derecho a una remuneración igual por un trabajo igual¹⁷⁶.

Por otra parte, García expresa:

La Ley de 1986 define a las personas discapacitadas desde un punto de vista laboral entre las edades de quince y sesenta y cinco años de edad cuyas posibilidades para la actividad profesional están limitadas por las causas de una enfermedad o una incapacidad física, mental o psiquiátrica, siempre que consten en el registro de minusválidos de la Organización Nacional para el Empleo y la Mano de Obra, constanding que tienen una discapacidad superior al cuarenta por ciento¹⁷⁷.

En este sentido, el Gobierno protege a las personas discapacitadas, aunque debe mencionarse que su discapacidad es superior a la de España, puesto que en este último país el grado de discapacidad mínimo tiene que ser igual o superior al 33%.

Holanda

La Constitución Holandesa de 1983 expresa en su artículo 1:

Todos aquellos que se hallen en los Países Bajos serán tratados de manera igual en las mismas circunstancias. No se permitirá ninguna discriminación fundada sobre la religión, las convicciones personales, las opiniones políticas, la raza, el sexo o cualquier otro motivo¹⁷⁸.

.....
175 El artículo 4 señala: "1. Los helenos son iguales ante la ley; 2. Los hombres y las mujeres helenos tendrán los mismos derechos y obligaciones".

176 República Helénica, Constitución de Grecia de 1975. <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=9463>

177 Yolanda García Calvete, "Delimitaciones de conceptos", *op. cit.*, 63.

178 Reino de los Países Bajos, Constitución del Reino de los Países Bajos de 1983. www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=7418.

Por tanto, no contiene normas aplicables a las personas con discapacidad. En los noventa, la legislación holandesa ha realizado cambios fundamentales al adoptar numerosas leyes encaminadas a la responsabilidad individual y la libertad de elección, con tendencia a limitar la dependencia de las prestaciones de invalidez. Por ello, no existe una definición general de discapacidad, y al emplearse en cada norma como subsidios, empleo, etc., establece cada una su propia noción.

La noción de persona discapacitada tiene relación con la capacidad de generar ingresos, mas no con la gravedad de la discapacidad. Después del diagnóstico médico, el grado de discapacidad se evalúa por medio de procedimientos técnicos a través de un sistema informatizado, con comparación de las capacidades de la persona y las condiciones de empleos. Si existen tres oficios que aparecen como posibles para la persona, se considerará que es apta para el trabajo; en caso contrario, puede considerarse que la persona es discapacitada. Asimismo, la discapacidad total y parcial depende de que el beneficiario por discapacidad no tenga ingresos mínimos de trabajo. Como se observa, en Holanda la persona discapacitada está protegida según su grado de discapacidad, aunque también tiene a la protección social si carece de ingresos mínimos.

Italia

La Constitución Italiana de 1947 expresa en su artículo 3:

Todos los ciudadanos tienen derecho a la dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opinión política, de las condiciones personales y sociales. Con la competencia de la República [de] atender los obstáculos de orden económico y social que [limiten] de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos que estén impedidos de pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todo el trabajo a la organización política, económica y social del país¹⁷⁹.

En consecuencia, el artículo 38 de la Constitución Italiana de 1947 establece:

Todo ciudadano incapaz de trabajar y desprovisto de los medios necesarios para vivir tendrá derecho al mantenimiento y la asistencia social. Los trabajadores tendrán derecho a que se prevean y garanticen los medios proporcionados a sus necesidades vitales en caso de infortunio, enfermedad, invalidez y ancianidad y desempleo invo-

.....
179 República de Italia, Constitución de la República Italiana. www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf

luntario. Los incapaces para el trabajo y los inválidos parciales tendrán derecho a la educación y a la formación profesional. Las tareas previstas en el presente artículo serán asumidas por órganos e instituciones constituidas o complementarias por el Estado. Será libre la asistencia privada¹⁸⁰.

Por otra parte, tras la promulgación de la Ley 4 para la Asistencia, la Integración Social y el Derecho de las Personas Discapacitadas, se brinda un nuevo concepto de discapacidad; tiene como objetivo la eliminación de barreras, mejoras en la accesibilidad y participación de los discapacitados. En efecto, el concepto de discapacidad en el modelo italiano es el siguiente: será persona discapacitada la afectada de una deficiencia física, mental o sensorial, estable o progresiva, que comporta dificultades para la formación profesional, la vida social o la integración profesional, poniéndola en una situación desfavorable o provocando la exclusión social. En este sentido, el legislador italiano atiende al modelo rehabilitador, y no al modelo que se sigue en el siglo XXI: el modelo social. Esto es criticable por la colocación de los servicios locales de empleo que otorgan a los discapacitados el mismo trato que a los demás, no existe un trabajo protegido para la persona discapacitada.

Luxemburgo

En la Constitución de Luxemburgo de 1868 no se hace ninguna referencia a los discapacitados explícitamente, por lo que no existe una legislación de carácter general. En las respectivas leyes que se han aprobado, los elementos concretos en cuanto a la situación de minusválidos se encuentran especialmente relacionados con las guerras y los accidentes laborales. En esta línea, García menciona:

Con relación a la Ley de 12 de noviembre de 1991, comenta sobre la rehabilitación profesional, la integración y la reintegración de los trabajadores discapacitados. Por tanto, expresa que los trabajadores discapacitados son aquellas personas afectadas por una discapacidad provocada por la guerra o por un accidente de trabajo, así como las personas afectadas por una deficiencia física, mental o sensorial, por lo cual la capacidad de trabajo debe verse reducida en un treinta por ciento como mínimo¹⁸¹.

180 *Ibid.*

181 Yolanda García Calvete, "Delimitaciones de conceptos", *op. cit.*, 64.

•Regulación legal de la dependencia en las constituciones europeas.

Cabe mencionar que se debe ser crítico con el legislador luxemburgués, pues no existe concepto de discapacitado y solo se ha limitado a las guerras o accidentes laborales, y la discapacidad o dependencia siempre ha existido sin estas causas.

Portugal

La Constitución Portuguesa de 1976 estipula en su artículo 13:

Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley. [...] Nadie podrá ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de algún derecho o eximido de deber alguno por razón de ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica y condición social¹⁸².

Además de lo anterior, en su artículo 71¹⁸³ establece el principio de igualdad de trato entre los ciudadanos con discapacidades y encomienda al Estado la responsabilidad de conseguir este objetivo por medio de medios políticos y sensibilizando a la sociedad.

Además, del texto constitucional se pueden citar las normas sobre la discapacidad más relevantes: el Decreto Ley 47 de 1976, del 20 de enero, que instituye el Secretariado Nacional de la Rehabilitación; la Ley de Bases de la Prevención, Rehabilitación e Integración de los Discapacitados; la Ley 9 de 1989, del 2 de mayo, que trata de promover la inserción de los discapacitados en relación con los principios de la Constitución de la República de Portugal; finalmente, en 1997 el Parlamento Portugués aprobó una enmienda al artículo 74¹⁸⁴ de la Constitución, que regula la enseñanza para las personas discapacitadas.

Por tanto, la definición de discapacidad en la legislación portuguesa es la siguiente: discapacitada es la persona que, a causa de la pérdida o deficiencia,

.....
182 República Portuguesa, Constitución de la República de Portugal de 1976. confinder.richmond.edu/admin/docs/portugalsp.pdf.

183 *Ibid.* Su artículo 71 señala: "De los deficientes. 1. Los ciudadanos física o mentalmente deficientes gozarán de la plenitud de los derechos y estarán sujetos a los deberes especificados en la Constitución, con excepción del ejercicio o del cumplimiento de aquellos para los cuales se hallen incapacitados. 2. El Estado se obliga a realizar una política nacional de prevención y tratamiento, rehabilitación e integración de los deficientes; a desarrollar una pedagogía que sensibilice a la sociedad en cuanto a los deberes de respeto y solidaridad con ellos y a la asunción de la carga de realización efectiva de sus derechos, sin perjuicio de los derechos y deberes de los padres o tutores".

184 Artículo 74: "Garantizar a todos los ciudadanos, según sus capacidades".

congénita o adquiridas, de su estructura o de sus funciones físicas, intelectuales, fisiológicas o anatómicas que pueda limitar sus facultades, se halle en situación de desventaja para llevar a cabo las actividades normales, teniendo en cuenta la edad, el sexo y los principales factores sociales y culturales. En el mismo sentido, cabe mencionar que el legislador portugués se limita al modelo rehabilitador y no incluye el modelo social, puesto que muchos discapacitados no podrán ejercer otro trabajo (esto se evidencia vagamente en la aplicación de la norma).

Suiza

La Constitución Federal de la República Helvética contiene una enumeración de derechos fundamentales que, además del respeto y la protección de la dignidad humana, en su artículo 4¹⁸⁵ señala “la igualdad ante la ley”, entendiéndose con la prohibición de cualquier forma de discriminación por motivos de discapacidad físicos, mentales o psíquicos de la persona. Así, de forma análoga, se entiende que va dirigido a las personas discapacitadas o dependientes, pues Suiza aplica los sistemas de contratación o concertación de servicios sociales implementados y fórmulas para garantizar o proteger la calidad de estos; la articulación y coordinación multinivel de las políticas sociales y sanitarias y la implementación de novedades tecnológicas vinculadas a la discapacidad y dependencia.

.....
185 Confederación Suiza, Constitución Federal para la Confederación Suiza. constitucionweb.blogspot.com/2012/02/constitucion-federal-para-la.html

EL NACIMIENTO DE LA PROTECCIÓN NORMATIVA DE LA DEPENDENCIA EN ESPAÑA

El comienzo para proteger a la persona dependiente en España se dio en los noventa, lo cual influyó para que la dependencia ocupara un lugar firme en la sociedad y en las preocupaciones de los distintos organismos e instancias. El camino culminante fue con la entrada en vigor de la Ley de 39 de 2006¹⁸⁶, aunque inicialmente ya estaba en el informe del Instituto de Mayores y Servicios Sociales de 1999, titulado *La protección social de la dependencia*.

En este mismo año se aprobó la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado, y para el 2000 habría un nuevo pronunciamiento sobre la misma cuestión por medio de un mandato al Gobierno para que pudiera regularse un “seguro de dependencia”. Al año siguiente se pronunciaría el Defensor del Pueblo, refiriéndose con unas recomendaciones a la necesidad de que España contara con una regulación de la dependencia “coherente, eficaz, en el marco del sistema la de Seguridad Social” y con el derecho subjetivo que le precediera.

Asimismo, el 14 de marzo del 2001, el Grupo Parlamentario Socialista presentó una Proposición sobre la protección social de las personas dependientes y, del mismo modo, de los interlocutores sociales, conjuntamente con el Gobierno, en el ámbito social de la discapacidad. De esta forma, emergió el texto del Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de la Seguridad Social, suscrito el 9 de

.....
¹⁸⁶ Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, del 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 299.

abril de 2001 entre el Gobierno y las Organizaciones Empresariales y Comisiones Obreras, con ausencia de la Unión General de Trabajadores y dedicando monográficamente uno de los apartados a la situación de la dependencia. Se mostraba así el consenso de las políticas globales dirigidas a las personas con minusvalía y mayores.

Además, conviene hacer alusión a la coordinación de las Administraciones Públicas, pues se entendía la necesidad de abrir un período de análisis y debate social sobre cómo debía garantizarse la atención a la dependencia en España y cuál era la base fundamental de la protección social, en orden a que, antes de finalizar la legislatura, pudiera ser diseñada y aprobada una política de atención a la dependencia, con el rango oportuno. Por tanto, desde estas premisas, se constituyó una Comisión de Trabajo que debía finalizar su labor con anterioridad al 30 de junio del 2002, con la intención de dotar más a otros textos, como el del 2003, donde actuó el Pacto de Toledo, en cuya recomendación adicional tercera determinaba que las situaciones de dependencia han existido siempre con carácter familiar para el cuidado de los ancianos.

Un año después, y de nuevo en el marco del diálogo social, la Declaración Social del 2004, sobre competitividad, empleo estable y cohesión social, hace la siguiente reflexión:

Nuestra protección social debe adaptarse a las nuevas realidades, que configuran nuevas necesidades, siendo prioritaria la atención a las situaciones de dependencia, uno de los principales problemas tanto de los jubilados y discapacitados como de sus familias, y la mejora de la situación familiar¹⁸⁷.

A raíz de estas expectativas, se creó el Acuerdo sobre la Acción Protectora de la Atención a las Situaciones de Dependencia, de diciembre del 2005, alcanzado entre el Gobierno y los interlocutores sociales. El texto asume gran parte de las conclusiones del *Libro Blanco de Atención a la Dependencia*, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, publicado en 2004. De esta forma, el texto de la Ley 39 de 2006 adoptó gran parte de las previsiones del acuerdo, hasta el punto de contar con una gran perspectiva y respaldo de los interlocutores. Todo lo comentado sobre los textos y demás conceptos en mención demuestran con suficiencia

.....
¹⁸⁷ Gobierno de España y Confederación Española de Organizaciones Empresariales, *Declaración para el Diálogo Social: "Competitividad, empleo estable y cohesión social"*, del 8 de julio de 2004. <https://personal.us.es/jesuscruz/declaraciondsocial.pdf>.

la atención que los poderes públicos y los agentes sociales han venido prestando a la dependencia, y sobre la forma de actuar frente a la tutela de las personas dependientes.

La regulación legal de la dependencia en España

La Ley 39 de 2006 desafía a la sociedad española, por el incremento de las situaciones de dependencia en los últimos años. Es entonces constitutiva de uno de los principales retos de la política social, con la correspondiente consecuencia en la atención de las necesidades de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, al tiempo que concibe la necesidad de los apoyos a estas personas para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente los derechos de ciudadanía.

En sí, la correlación entre la edad y la discapacidad está mencionada en la Exposición de Motivos de la Ley 39 de 2006, que recuerda la existencia de “más de treinta y dos por ciento de las personas mayores de sesenta y cinco años que tengan algún tipo de discapacidad, en tanto que este porcentaje se reduce al cinco por cien para el resto de la población”. Por tanto, mediante la observancia de estas cifras, no hay duda de que las situaciones de discapacidad —y también las relacionadas con una dependencia— a veces se encuentran asociadas con la vejez y el deterioro de las facultades propias de la edad.

Según lo afirmado, necesariamente no tiene que alcanzarse la vejez para que se den las situaciones de dependencia. Así lo reconoce el legislador al mencionar, junto a las situaciones de dependencia propias de la vejez, aquellas otras en las que se precisa el concurso de otra persona y que presentan una etiología distinta. De esta forma, el texto legal menciona las que tienen lugar por razones de enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación, incrementadas en los últimos años por los cambios producidos a raíz de la tasa de supervivencia, determinadas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas, y también por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral.

En consecuencia, la Ley 39 de 2006 está dirigida a crear *ex novo* una modalidad de protección social que amplía y complementa la Acción Protectora del Estado y del Sistema de la Seguridad Social. En este sentido, el Sistema para la

Autonomía y Atención a la Dependencia se erige en la exposición de motivos del texto legislativo:

[Es] uno de los instrumentos fundamentales para mejorar la situación de los servicios sociales en nuestro país, respondiendo a la necesidad de la atención a las situaciones de dependencia y a la promoción de la autonomía personal, la calidad de vida y la igualdad de oportunidades¹⁸⁸.

Por tanto, la unión constitucional de la Ley 39 de 2006 se ubica en el artículo 149.1¹⁸⁹ de la Constitución Española y, por tanto, es la competencia exclusiva del Estado para articular y regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Por ello, obviamente el legislador, en coherencia con este punto sobre la competencia estatal, tiende a justificar la regulación de la norma sobre las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia, con la participación de todas las Administraciones Públicas y con el respeto de las competencias autonómicas en materia de asistencia social.

En sí, el Estado cobra cierto protagonismo en la Ley 39 de 2006¹⁹⁰, en contraposición al que habían tenido las otras Administraciones Públicas Autonómicas y Administraciones locales. Ante este nuevo marco, el legislador optó por crear un sistema de protección social de un alcance universal, poniendo a la seguridad social en situación de preferencia y actuando en consecuencia: ampliando y complementando, desde afuera, su acción protectora en cuanto a las prestaciones y los servicios sociales y sanitarios ya existentes, y con la observancia desde la perspectiva constitucional. Ahora bien, el legislador habría podido inclinarse por una situación de la nueva norma de protección de las personas en situación de dependencia en el ámbito propio del Sistema de Seguridad Social, tal como

.....
188 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.*

189 La Constitución Española y Constitución Europea de 2006 estipulan en el artículo 149.1: "1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1. 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".

190 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.*

•El nacimiento de la protección normativa de la dependencia en España•

lo expresa el artículo 149.1.17¹⁹¹ de la Constitución Española; de ahí que, hasta ahora, exista una protección de cobertura centrada en la actuación estatal.

La solución finalista del legislador fue la de optar por la configuración de un sistema de protección universal centrado en facilitar una atención personal efectiva, elevando al máximo la atención de prestación de cuidados ante el enfoque más económico de las prestaciones dinerarias, esto es, el propio Sistema de Seguridad Social. Se trata, pues, de un sistema en el que las Comunidades Autónomas desempeñan un papel importante, y en todo caso hubiera sido más esencial que se optara por integrar el sistema propio de protección de la dependencia en el ámbito de la seguridad social.

De todas formas, la preexistencia de la tutela pública ha venido creándose en España con un nuevo marco nacido de un derecho subjetivo para la atención integral, sustentado en la universalidad, la equidad y la accesibilidad como principios que inspiran. De hecho, lo dispuesto en la propia exposición de motivos de la Ley 39 de 2006 no es una nueva fórmula en el Ordenamiento Jurídico Español, ya que, al analizar la normativa autonómica, pueden encontrarse intentos de proveer una atención integral a las personas necesitadas de cuidados.

En consecuencia, esta nueva regulación estatal del Ordenamiento Jurídico Español da un paso más en la tutela pública de las situaciones de dependencia, acercándolo a otros países de nuestro entorno (cabe mencionar, no obstante, que algunos países estudiados no emplean el concepto de dependiente). Ciertamente, ha sido un avance la ley de dependencia en la protección de las personas dependientes en España, puesto que es una nueva modalidad de protección social de los derechos de las personas dependientes tutelados por el Estado y aplicados a las distintas Comunidades Autónomas.

Para que exista una correcta aplicación de la Ley 39 de 2006, su propia funcionalidad depende de la importancia de una delimitación clara y concisa del concepto de dependencia; por tanto, es una norma que pretende cubrir esta situación de dependencia, y en la misma línea, así lo pone de relieve la doctrina científica.

.....
191 La Constitución Española y la Constitución Europea de 2006 expresan en su artículo 149.1.17: "1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 17º Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por la Comunidades Autónomas".

Cabe destacar en esta materia a González, que sostiene:

El primer paso de cualquier iniciativa de creación de un sistema de tutela social está en la determinación precisa de la situación de necesidad concreta, identificada a través de rasgos y elementos esenciales, generada a partir de la actualización de un riesgo social también específico¹⁹².

De esta forma, ha invocado el legislador estatal el fundamento constitucional que hace sustentar su aprobación. En consecuencia, la Ley 39 de 2006 tiende a una contraposición de los conceptos de *autonomía* y *dependencia*, siguiendo la línea de la promoción de la autonomía personal y, por otra parte, de la atención a las personas en situación de dependencia, como se refiere en el propio título de la norma.

El objeto de la Ley 39 de 2006 es regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía en lo atinente a la promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia, por medio de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia con la garantía de la Administración General del Estado, con un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier territorio del Estado español. La ley en mención, en consecuencia, se encuentra en sintonía con la Ley 51 de 2003¹⁹³, hoy derogada.

Por otro lado, el artículo 21 de la Ley 39 de 2006 define *autonomía* de este modo: “Capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”¹⁹⁴. Así, la noción legal de autonomía tiene diferencias respecto a las nociones de los sucesivos textos anteriores que aparecieron en la tramitación parlamentaria y, por tanto, presenta una mayor corrección. Desde esta diferencia, delimita la autonomía a la referida capacidad de adoptar decisiones sobre la forma de vida, así como en la propia capacidad para el desarrollo de las actividades básicas de la vida.

192 Santiago González Ortega, “La protección social de las situaciones de dependencia”. En AA. VV., *Protección social de las personas dependientes* (Madrid: La Ley, 2004): 33.

193 Jefatura del Estado, Ley 51 de 2003, del 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 289.

194 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.*

•El nacimiento de la protección normativa de la dependencia en España•

Por su parte, la Ley 39 de 2006 delimita la *dependencia* en su artículo 2.2, que señala:

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, precisa de la atención de otra u otras 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 personal¹⁹⁵.

La dependencia recoge la consideración por parte del legislador, que la delimita en función en las causas siguientes: siempre con carácter permanente, con la concurrencia de las causas que se pueden prever de dependencia como la edad, enfermedad o discapacidad, unidas a la necesidad de atención de terceros, ayudas u otros apoyos. Igualmente, la Ley 39 de 2006 concreta el concepto de una dependencia de carácter permanente y, como expresa González, “presumible definitiva que, si acaso, tenderá a agravarse en el tiempo”¹⁹⁶.

En suma, se trata de una definición que gira en torno a la imposibilidad de realizar de modo autónomo las actividades básicas de la vida diaria. Por tanto, viene a erigirse como elemento del propio concepto de dependencia; de ahí que el legislador estatal esté en sintonía con el concepto que esta última viene ofreciendo con distintas formas normativas en el derecho interno español. Por otra parte, la norma estatal merece considerar que el legislador contempla la enfermedad mental como un concepto distinto, separándolo de las deficiencias intelectuales.

Ahora bien, siguiendo la recomendación del Consejo Económico y Social ante la ausencia de una mención clara en el texto del Anteproyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia¹⁹⁷, se consideraba necesario interpretar en el concepto de dependencia a las personas cuya falta de autonomía derivase precisamente del padecimiento de enfermedades para los discapacitados y las personas mayores, tratando de garantizar las condiciones básicas vitales. En la misma línea, se deben recordar las anomalías mentales que se contemplan en la definición de la dependencia

.....
195 *Ibid.*

196 Santiago González Ortega, “La protección social de las situaciones de dependencia”, *op. cit.*, 36.

197 Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley de Promoción de la Atención Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, aprobado el 23 de marzo de 2006.

dada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación 9, del 18 de septiembre de 1998¹⁹⁸, con la mención la “falta o pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual”.

La figura del dependiente es aquella persona dependiente que, por una deficiencia tanto en sus funciones como estructura corporal o mental, está limitada en las actividades básicas de la vida diaria, tiene necesidades de apoyo para la autonomía y requiere, por tanto, la participación de una tercera persona. En la Ley 39 de 2006, artículo 2.3, se consideran “las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas¹⁹⁹”.

El legislador optó por ofrecer unas enumeraciones de las actividades básicas de la vida diaria a efectos legislativos, con un cierto carácter cerrado, como la expresión “tales como”. En sí, la Ley 39 de 2006 define las necesidades de apoyo para la autonomía personal y las interpreta en su artículo 2.4 como “las 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”²⁰⁰. Siguiendo con la definición, pero con respecto a la asistencia personal, la conceptualiza en el artículo 2.7 como el “servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal”²⁰¹.

En este marco, es importante analizar el carácter innovador de la inclusión en la ley de los menores de tres años que estén debidamente acreditados como dependientes y, por ende, reciben amparo del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia diseñado por la Ley 39 de 2006, en especial atención a las

198 Comité de Ministros a los Estados miembros, Recomendación (98) 9, relativa a la dependencia (Adoptada por el Comité de Ministros el 18 de septiembre de 1998, en la 641g Reunión de Delegados de Ministros). sid.usal.es/idos/F3/LYN10476/3-10476.pdf.

199 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.*

200 *Ibíd.*

201 *Ibíd.*

•El nacimiento de la protección normativa de la dependencia en España•

necesidades de ayuda a domicilio y al reconocimiento de prestaciones unidas para el cuidado en el entorno familiar. La norma, entonces, es aplicable a los menores de edad desde los tres años y hasta las personas mayores dependientes.

La evolución legislativa en España

El período 1900-1928

Las personas en situación de dependencia en España, y su tutela por parte de la Seguridad Social, han tenido desde su origen una unión con los denominados *riesgos profesionales* y sus coberturas, como bien lo sostiene Álvarez: “Fue de importancia la incapacidad permanente y absoluta para todo el trabajo que se cristalizó en el Código de Trabajo de 1926; las lesiones allí recogidas dejaban al obrero en un estado que requería del auxilio de otra persona en su artículo 247”²⁰².

Por otra parte, también tuvieron especial relevancia los accidentes laborales en este país, como añade Montoya:

Esta noción de accidente procedía de la Ley de Accidentes de Trabajo, 10 enero de 1922, que había sido tomada tal vez de la Ley sobre Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, por lo que, en definitiva, el Código trataba de sistematizar de alguna manera la legislación laboral anterior²⁰³.

De este modo, el legislador español cumplió con el compromiso que había asumido este país en el ámbito internacional con la ratificación, en 1928, del Convenio 17 de la Organización Internacional del Trabajo²⁰⁴. Por ello, es interesante que en los comienzos del siglo XIX se inicien las coberturas de riesgos profesionales, dando paso a otras normas, como se estudiará enseguida.

202 Manuel Álvarez de la Rosa, *Invalidez permanente y seguridad social* (Madrid: Civitas, 1982): 84.

203 Alfredo Montoya Melgar, *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1878-1978)* (Madrid: Civitas, 1992): 167.

204 Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio relativo a la indemnización por accidentes del trabajo (entrada en vigor: 1 de abril 1927), adoptada en Ginebra en la 7.ª reunión de la OIT (10 junio 1925). En su artículo 7 señala: “Se concederá una indemnización suplementaria a las víctimas de accidentes que queden incapacitadas y necesiten la asistencia constante de otra persona”.

Período 1930-1939

La disposición del Convenio 17 de la Organización Internacional del Trabajo de 1928 pasó a formar parte del derecho interno durante la Segunda República, por medio de la Ley de Bases de Accidentes de Trabajo en la Industria de 1932 (base séptima), que se mantuvo en el artículo 24 del texto refundido, aprobado por decreto del 8 de octubre de 1932 y el artículo 35 del Reglamento de Accidentes de Trabajo del 31 de enero de 1933. En este periodo, la legislación fue muy pobre dado el lapso de vigencia de la Segunda República Española.

Período 1940-1950

Con relación a la gran invalidez, hubo una expresión al respecto referida por García: “actos esenciales de la vida”²⁰⁵. De hecho, estos refieren la conexión entre la protección de las situaciones de dependencia a través de la gran invalidez; por ello, se entiende que no se trata de una incapacitación para el trabajo, sino de una incapacitación para los actos necesarios para la vida. De este modo, la nueva prestación tenía una configuración como el grado más grave de la invalidez, y el complemento de pensión era graduable, sin que pudiera sobrepasar el 50% de la indemnización principal.

Después de la guerra civil se instauró en España un nuevo régimen político, basado en el fuero del trabajo. Así, la protección de los trabajadores se destacó por tres sistemas:

- El sistema clásico de accidentes de trabajo sin grandes variaciones, al que se hizo referencia, como lo menciona Álvarez: “El seguro obligatorio de vejez e invalidez, que cubría la invalidez no procedente de accidente laboral ni de enfermedad profesional”²⁰⁶.
- El sistema mutualista laboral, que actuaba a efectos profesionales, por lo que no se superaba el modelo de seguro privado, lo que daba lugar a una cobertura heterogénea; la participación económica del Estado era todavía escasa.

.....
205 Jordí García Viña, “La evolución jurisprudencial de la gran invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social (1990-2000)”, *Revista Española del Derecho del Trabajo* 106 (2001): 621-622.

206 Manuel Álvarez de la Rosa, *Invalidez permanente y seguridad social*, op. cit., 159.

•El nacimiento de la protección normativa de la dependencia en España.

La ampliación del seguro de accidentes en la industria fue el buen resultado económico de aquellos años, ampliándose así el importe de la renta sin variar las tarifas vigentes, pues esto fue el fruto del Decreto 29 de 1943²⁰⁷, con la consecuencia de lo legislado; también la indemnización complementaria por gran invalidez quedó fijada en el 50%.

De esta forma, tras la Orden de 17 de octubre de 1945²⁰⁸, se procuró el internamiento en un establecimiento sanitario adecuado en determinadas lesiones; por ejemplo, las lesiones de columna que eran difíciles de ser atendidas en el propio domicilio. Para esto, se debía constar la libre manifestación del interesado, que optaba por la permanencia en la institución sanitaria, sin percibir en aquel momento el incremento de renta. Por tanto, si el interesado no podía manifestar su voluntad libre y consciente, a juicio de los facultativos, podía ser sustituida por la de sus familiares más próximos, como se indica en la Orden en mención, artículo 2: “Siendo el resultado de esta sustitución que fuese en ocasiones más beneficiosa que percibir el propio complemento”²⁰⁹.

Así, respecto a la indemnización que aquí se contemplaba por la gran invalidez, esta se dividía en dos conceptos distintos: por un lado, aquel destinado al sostenimiento del accidentado y de su familia; por el otro, el accesorio o suplementario, que es objeto de remunerar a quien se ocupe en atender al accidentado. Este último, con el transcurso del tiempo y en lo relativo a la legislación de accidentes de trabajo, adoptó la definición de *gran invalidez*, pero esta dejaría de ser legalmente concebida como una incapacidad permanente absoluta cualificada, para pasar a convertirse en un grado más, dentro del conjunto de los grados de incapacidad a la que atendían las leyes protectoras del Sistema de Seguridad Social.

Por ello, existía una desconexión entre la gran invalidez, la incapacidad permanente y absoluta, a consecuencia de pérdidas anatómicas y funcionales, sin especificar si necesitaban la asistencia de un tercero para realizar los actos más esenciales de la vida, no solo comer y vestirse. De esta forma, se abrió la puerta a otros conceptos, por lo que se aclaró el desplazamiento o formas análogas

.....
 207 Jefatura del Estado, Decreto 29 de septiembre de 1943, aumentando las prestaciones en el seguro obligatorio de accidentes de trabajo, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 300.

208 Ministerio de Trabajo, Orden de 17 de octubre de 1945, interpretativa del artículo 2 del Decreto de 23 de septiembre de 1943, relativo a la indemnización a los grandes inválidos, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 331.

209 *Ibid.*

contempladas en los artículos 22²¹⁰ y 42²¹¹. Así, el legislador no fijó todas las lesiones respecto a las secuelas de accidentes de trabajo; más bien esto se fue complementado en los años venideros.

Período 1960-1970

En este periodo aún no existía el concepto de discapacidad, pues la ceguera no se consideró gran invalidez sino hasta el Decreto 1326 de 1963, para la aplicación del Texto Refundido de la Legislación de Accidentes de Trabajo en los Ministerios del Ejército, de Marina y del Aire, Guardia Civil, Policía Armada y Servicios, que dependían, en relación con la calificación de gran invalidez, de los trabajadores que perdían la visión de ambos ojos en accidente de trabajo²¹²; esto sin el perjuicio de que, en caso de readaptación y autosuficiencia del invidente, se revisara su calificación.

Con la aprobación de la Ley 193 de 1963, de bases de la seguridad social, se estipula en su artículo 32: “Gran invalidez: si el trabajador, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, se encuentra impedido para realizar los actos más elementales de la vida y precisa continuados auxilios de otra persona”²¹³. Empezaron así los asentamientos de nuestro actual sistema, poniendo fin a la existencia de seguros sociales dispersos, para pasar a una protección unificada, de afiliación única para toda la vida del trabajador y de carácter público.

Frente a la invalidez, en general debe destacarse, por un lado, que la noción de riesgo se sustituyó por la de situación o contingencia; y, por otro, entendiéndolo Álvarez, “la gran contribución fue la consideración conjunta de las causas de la invalidez, el error fue obligar a alcanzar un concepto de la graduación

210 Ministerio de Trabajo, Decreto del 22 de junio de 1956, que aprueba el texto refundido de la Ley de Accidentes de Trabajo y del Reglamento, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 197. En su artículo 22 señala: “Las indemnizaciones por incapacidad permanente absoluta serán objeto de un suplemento otorgado a la víctima de accidente cuando por la incapacidad, consecuencia de éste, necesita la asistencia de otra persona”.

211 *Ibid.* El artículo 42 señala: “El operario afecto de incapacidad permanente absoluta se calificará como “Gran Inválido”, cuando como de pérdidas anatómicas o funcionales, para realizar los actos más esenciales de la vida (comer, vestirse, desplazarse o análogos) necesite la asistencia de otra persona”.

212 Presidencia del Gobierno, Decreto 1326 de 1963, para la aplicación del Texto Refundido de la Legislación de Accidentes de Trabajo en los Ministerios del Ejército, de Marina y del Aire, Guardia Civil, Policía Armada y Servicios dependientes, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 143.

213 Ley 193 de 1963, del 28 de diciembre, bases de la seguridad social, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 322.

•El nacimiento de la protección normativa de la dependencia en España•

establecida²¹⁴. La invalidez, que contenía el artículo 132.2²¹⁵ del texto articulado de 1966, de la Ley de Bases de la Seguridad Social, fue definida genéricamente como la situación del trabajador que, habiendo estado sometido a un tratamiento prescrito, estando de alta laboral, muestra una serie de reducciones anatómicas o funcionales graves que, pudiendo ser determinadas objetivamente y pareciendo previsiblemente definitivas, reducían su capacidad laboral. Esta definición ha permanecido básicamente hasta hoy.

El evolutivo preconstitucional 1970-1977

La anterior definición de invalidez pasó al Decreto 2065 de 1974²¹⁶; por tanto, la incapacidad se configura como un concepto jurídico indeterminado, cuyo dilatado campo semántico permite una adecuación a cada caso concreto, por medio de un juicio lógico y jurídico. Esto explica la enorme litigiosidad a la que daban lugar las resoluciones administrativas recurridas ante los tribunales, con el fin de solicitar una incapacidad. Junto al conjunto de previsiones a las que se viene aludiendo, la legislación histórica se ocupó también de regular algunas ayudas a favor de los cuidadores informales de las personas en situación de dependencia, por lo que estas prestaciones se encontraban en la Ley 24 de 1972²¹⁷, donde quedó

.....
 214 Manuel Álvarez de la Rosa, *Invalidez permanente y seguridad social*, op. cit., 164.

215 Jefatura del Estado, Decreto 907 de 1966, del 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, del 28 de diciembre, sobre bases de la seguridad social, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 96. El artículo 132.2 de esta ley señala: "2. Es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo".

216 Ministerio de Trabajo, Decreto 2065 de 1974, del 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 173. El artículo 132.3 establece: "3. Es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo".

217 Jefatura del Estado, Ley 24 de 1972, del 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 149. El artículo 4.2 señala: "Las viudas que reúnan las condiciones exigidas para ser beneficiarias de prestaciones por viudedad tendrán derecho a pensión, cualesquiera que sea su edad y capacidad para el trabajo y aunque no tengan a su cargo hijos habidos del causante con derecho a pensión de orfandad. Asimismo, se reconocerá derecho a pensión a las hijas o hermanas de pensionistas de jubilación o invalidez en quienes se den las siguientes circunstancias: haber convivido con el

prevista una pensión a favor de los hijos y hermanos de los pensionistas de jubilación e invalidez.

Por otra parte, en cuanto a la Orden por la que se aprueba el texto refundido del Decreto 2421 de 1968²¹⁸, su finalidad era una prestación por la que se contribuía a sufragar los gastos que se derivasen de la situación de minusvalía para los familiares. De este modo, la legislación de este período marcó el desarrollo legislativo de las leyes posteriores.

Período constitucional 1978-2000

La Constitución Española de 1978 es una de las pioneras cuando cita en su artículo 49:

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 ciudadanos²¹⁹.

Esto se traduce en una protección integral de las personas con discapacidad tanto de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración, en función de la atención especializada que estas requieran. Igualmente, existía una desconexión entre la gran invalidez y la incapacidad permanente absoluta; así, se encuentra que en el propio texto de la Ley 13 de 1982²²⁰ se suprimió el requisito de padecer una incapacidad permanente absoluta para poder tener acceso al reconocimiento de gran inválido. Esta normativa vino a regular un subsidio por ayuda de tercera persona, actuando como antecedente del actual y complemento de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva.

.....
causante y a su cargo, ser mayores de cuarenta y cinco años y solteras o viudas, acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante y carácter de medios propios de vida”.

218 Orden por la que se aprueba el texto refundido del Decreto 2421 de 1968, del 20 de septiembre, y el Decreto 1076 de 1970, del 9 de abril, por el que se establece y regula en la Seguridad Social la asistencia a los subnormales, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 121. Artículo 1: “Se establece el Servicio Social de Asistencia a los subnormales”.

219 Constitución Española y Constitución Europea (2006), *op. cit.*, 26.

220 Jefatura del Estado, Ley 13 de 1982, de integración social de los minusválidos, del 7 de abril, de integración social de minusválidos, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 103. Su artículo 1 señala: “Los principios que inspiran la presente Ley se fundamentan en los derechos que el artículo cuarenta y nueve de la Constitución reconoce, en razón a la dignidad que les es propia, a los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal y su total integración social, y a los disminuidos profundos para la asistencia y tutela necesarias”.

•El nacimiento de la protección normativa de la dependencia en España•

Por otro lado, esta reforma fue muy importante, en primer lugar, porque modificó el contenido del artículo 137²²¹, donde anteriormente se observaba el concepto de “invalidez”, por la expresión “incapacidad”; y, en segundo término, porque la expresión “invalidez” sería ahora “incapacidad permanente”. Esta reducción debe ponderarse sobre la profesión ejercida o sobre las tareas propias de su grupo profesional. En cualquier caso, debe leerse en clave de lo que resulte más favorable para el incapacitado —generalmente, la profesión ejercida—, siempre que en el grupo se incluyan otros oficios o profesiones, mediante la actuación, sin duda, con un criterio más amplio que tiene en cuenta otros factores, como el socioeconómico o la edad, presentes en la incapacidad total cualificada.

En conclusión, en el periodo legislativo 1978-2000, aunque el legislador español empleaba las expresiones *minusválidos*, *inválidos* o *incapacidad*, se refería al grado de discapacidad, pero aún no había surgido el concepto de discapacidad; por consiguiente, es el paso para contemplar la dependencia.

La determinación actual del grado de dependencia en España

La nueva Ley 39 de 2006²²² es un reactivo a la necesidad de la puesta en marcha de los instrumentos para garantizar una mayor y mejor atención a las personas dependientes, privadas de un cierto grado o un grado absoluto de autonomía personal, por lo que requieren de la ayuda de otra persona, o bien, de asistencia de mecanismos tecnológicos para realizar determinadas actividades diarias. Por otro lado, cabe señalar que existe un sistema baremado en la norma, cuya configuración es la Ley 39 de 2006, regulada por el Real Decreto 504 de 2007²²³, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia en tres

.....
 221 Jefatura del Estado, Ley 24 de 1997, del 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de la Seguridad Social, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 169. El artículo 137 señala: “1. La incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades, que se apruebe reglamentariamente, en los siguientes grados: a) Incapacidad permanente parcial. b) Incapacidad permanente total. c) Incapacidad permanente absoluta. d) Gran invalidez”.

222 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.*

223 Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Real Decreto 504 de 2007, del 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39 de 2006, del 14 de diciembre, de promoción de la autonomía y atención a las personas en situación de dependencia, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 96.

tipos: grado I de dependencia, en el que se articula por una puntuación de 15 a 29 puntos; grado II de dependencia, de 30 a 44 puntos; grado III, de 45 a 72.

A este respecto se puede decir que la Orden 12 de junio de 2001²²⁴ se remite al Real Decreto 1971 de 1999²²⁵, que regulaba el reconocimiento del grado, estableciendo nuevos baremos aplicables con la determinación de las competencias de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales. Este último determinaba la valoración y calificación del grado de minusvalía que afecta a la persona, pues es uniforme en todo el territorio del Estado. De este modo, el legislador da la interpretación del reconocimiento de la minusvalía reconocida a todo el territorio nacional.

Por otro lado, frente al Real Decreto 1971 de 1999²²⁶, para la aplicación de determinación del concurso de tercera persona, conviene destacar su artículo 6.b²²⁷. En la misma norma también se comenta sobre la competencia de los órganos en materia de calificación de grado de discapacidad y minusvalía. Siguiendo la misma línea²²⁸, señala que los órganos serán las Comunidades Autónomas o los Directores Provinciales del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, que reconocerán el grado y la puntuación (atendiendo que en las Comunidades Autónomas no hubieran sido transferidas las competencias).

Asimismo, en la Ley 13 de 1982, en relación con el título IV, artículo 10-1, se expresaba “sobre la creación de equipos multiprofesionales para garantizar su

.....
224 Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Orden 12 de junio de 2001, sobre la creación, composición y funciones de la Comisión Estatal de Coordinación y Seguimiento de la Valoración de Grado de Minusvalía, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 152.

225 Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Real Decreto 1971 de 1999, sobre el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 22. (Disposición derogada)

226 *Ibid.*

227 *Ibid.* El artículo 6b señala: “El reconocimiento de la necesidad de concurso de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida diaria”.

228 *Ibid.* El artículo 10.1 establece: “1. Los responsables del órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas a quienes hubieran sido transferidas las competencias en materia de valoración de situaciones de minusvalía y calificación de su grado o los Directores provinciales del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, en el ámbito territorial de su competencia, deberán dictar resolución expresa sobre el reconocimiento de grado, así como sobre la puntuación obtenida en los baremos para determinar la necesidad del concurso de otra persona o dificultades de movilidad, si procede”.

•El nacimiento de la protección normativa de la dependencia en España•

integración en entorno socio-comunitario”²²⁹. Y en su apartado *e* se estipulaba “la valoración y calificación de la presunta minusvalía con la determinación del tipo y grado de disminución en relación con los beneficios, derechos económicos y servicios previstos en la legislación, sin perjuicio del reconocimiento del derecho que corresponda al órgano administrativo competente”. Por tanto, el legislador expresaba que el reconocimiento de minusvalía servía para presentarse ante cualquier organismo, dándole validez a la minusvalía en cuanto discapacidad.

La Ley 39 de 2006²³⁰ expresa que las Comunidades Autónomas determinarán los órganos de valoración de la situación de dependencia para determinación del grado y dependencia. Asimismo, la Ley 51 de 2003²³¹ mencionaba como elementos principales el poder de decisión sobre su propia existencia y la participación activa, que el legislador estipuló en su artículo 2, literal *a*: “Ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia”. En consecuencia, tienen que ser personas capaces, no con discapacidad civil, pues entonces sería el tutor, el administrador o el cuidador de hecho quienes tendrían que tomar la decisión, diciendo que la persona con discapacidad debe llevar una vida normal, accediendo a los mismos lugares que los demás.

Igualmente, el Real Decreto 1414 de 2006²³², a los efectos de la Ley 51 de 2003, en atención al comentario en su artículo 1²³³ de la anterior norma, siempre estaba en consonancia con el artículo 1.2²³⁴ de la Ley 51 de 2003, por lo que se

.....
 229 Jefatura del Estado, Ley 13 de 1982, de integración social de los minusválidos, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 103. (Disposición derogada)

230 La Ley 39 de 2006 expresa en su artículo 27: “Las Comunidades Autónomas determinarán los órganos de valoración de la situación de dependencia que emitirán un dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de cuidados que las personas puedan requerir”.

231 Jefatura del Estado, Ley 51 de 2003, del 3 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 289. (Disposición derogada)

232 Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Real Decreto 1414 de 2006, del 1 de diciembre, que determina la consideración de persona con discapacidad, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 300.

233 *Ibid.* El artículo 1.1 establece: “De conformidad con lo previsto en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100”.

234 Jefatura del Estado, Ley 51 de 2003, *op. cit.* El artículo 1.2 señala: “2. Son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. Las medidas de defensa, de arbitraje y de carácter judicial contempladas en esta Ley serán de aplicación

establecía un techo para obtener las garantías suficientes para gozar de los derechos de discapacidad, con la condición de tener una discapacidad reconocida con un grado de minusvalía igual o superior al 33%, pero enumerando qué tipos de pensionistas pueden acceder a lo que determina la norma, esto es, los pensionistas de la seguridad social con incapacidad permanente en grado total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas con reconocimiento de una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Al mismo tiempo, en párrafo *b* nos remitía a la aplicación del baremo del anexo 1 del Real Decreto 1971 de 1999²³⁵, donde se establecían normas para la evaluación de las consecuencias de la enfermedad de acuerdo con el modelo propuesto por la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de la Organización Mundial de la Salud.

Así, queda claro cómo el legislador utilizará las formas de actuación para la acreditación de la minusvalía, modificado por el Real Decreto 1364 de 2002, por el que a su vez se modifica el Real Decreto 1971 de 1999²³⁶, que en su artículo 2 queda redactado del siguiente modo: “Se aprueban los baremos que figuran como anexos I y II a este real decreto” (se entiende que es para el concurso de ayuda de tercera persona con discapacidad). En consecuencia, se articula tal como lo expresa el Real Decreto 1414 de 2006²³⁷, respecto a la forma de calificación de minusvalía en su artículo 2a y 2b²³⁸, y en cuya disposición final expresa:

.....
a las personas con discapacidad, con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad o de su transitoriedad. En todo caso, las Administraciones Públicas velarán por evitar cualquier forma de discriminación que afecte o pueda afectar a las personas con discapacidad. [...] No obstante, a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.”

235 Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Real Decreto 1971 de 1999, *op. cit.*

236 Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Real Decreto 1364 de 2002, del 27 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para la el Reconocimiento, Declaración y Calificación de Grado de Minusvalía, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 245.

237 Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Real Decreto 1414 de 2006, del 1 de diciembre, que determina la consideración de persona con discapacidad, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 300.

238 *Ibid.* El artículo 2 señala: “a) El grado de minusvalía superior al 33 por 100 se acreditará mediante resolución o certificado expedidos por el IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente. b) Los pensionistas a que se hace referencia en los párrafos a) y b) del artículo 1.2 del presente Real Decreto podrán

•El nacimiento de la protección normativa de la dependencia en España•

“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003 de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad, [que] expresaba: ‘Considerando afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100’”.

En este sentido, existía una modificación del Real Decreto 504 de 2007²³⁹ para el baremo de valoraciones de la situación de dependencia²⁴⁰ establecido por la Ley 39 de 2006. Siguiendo en la misma norma, su artículo 27 expresaba:

Las Comunidades Autónomas determinarán los órganos de valoración de situación de dependencia que emitirán un dictamen sobre el grado y nivel de dependencia. El consejo territorial acordará los criterios de composición y actuación de los órganos de valoración de las Comunidades Autónomas.

Así daba a entender el legislador la facultad que se les concedía a las Comunidades Autónomas, como se había visto en las anteriores normas citadas. Por otra parte, la Ley 39 de 2006²⁴¹ en su disposición adicional octava hace referencia en concreto a los textos normativos respecto a las figuras “minusválidos” o “personas con minusvalía”, y dice: “Se entenderán como personas con discapacidad”. Así queda entendido y cerrado el elemento conceptual de las distintas normativas sobre dependencia.

solicitar del IMSERSO u órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente, el reconocimiento de un grado de minusvalía superior al 33 por 100. En estos supuestos, será de aplicación el baremo recogido en el anexo 1 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre (RCL 2000, 222, 686), de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Minusvalía”.

239 Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Real Decreto 504 de 2007, del 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoraciones de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, del 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 39. (Disposición derogada)

240 Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Real Decreto 174 de 2011, que aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido en la Ley 39/2006, del 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 42. En su parte expositiva, el párrafo décimo señala: “Sin embargo, siendo necesario introducir mecanismos de flexibilidad en la utilización de los instrumentos de la valoración de la necesidad de asistencia de tercera persona, tal como se expresa en su preámbulo, el Real Decreto 1197/2007, de 14 de septiembre (RCL 2007, 1797) , por el que se modifica el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, incorporó al mismo una disposición transitoria única, que estableció un régimen transitorio para la determinación de ayuda de tercera persona”.

241 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.*

Como se observa, es de notable importancia el Real Decreto 1417 de 2006²⁴², por el que se establece el sistema arbitral para las quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad, en cuanto al sometimiento de las partes al sistema arbitral. En concreto, en su artículo 1.3 señala: “Será [de] carácter voluntario y deberá constar expresamente por escrito”. En este sentido, el legislador menciona la discapacidad para determinar el grado de dependencia; elemento erróneo, puesto que se debería aplicar el grado de dependencia, aunque se intentan proteger los derechos de las personas dependientes. Al mismo tiempo, el órgano calificador no se atribuye al Estado, sino que las competencias se conceden a las Comunidades Autónomas.

El régimen legislativo vigente entre España y las Comunidades Autónomas

El Tribunal Constitucional indicó en Sentencia 206 de 1997:

El artículo 41 de la Constitución Española no [da] paso para cerrar las posibilidades para la evolución del sistema de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se han querido o podido utilizar²⁴³.

Por tanto, con observancia del pronunciamiento del Tribunal Constitucional para la protección para la autonomía, y en atención de las personas dependientes, se puede incardinar como una rama más en el Sistema de la Seguridad Social, habiéndose asegurado el Estado las competencias sobre estas de forma casi excluyente, como señala el artículo 149.1.17 de la Constitución Española: “La legislación básica y el régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas”²⁴⁴. Por ello, es cierto que en materia de la delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la legislación estatal tiene que atender dentro de lo que marca las coordenadas, por lo que no puede incidir, con carácter general, en el sistema de delimitación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sin una

242 Ministerio de Presidencia, Real Decreto 1417 de 2006, del 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 297.

243 Tribunal Constitucional, Sentencia 206 de 1997 (Pleno), del 27 de noviembre, ponente: Rafael de Mendizábal Allende.

244 Constitución Española y Constitución Europea (2006), *op. cit.*, 59.

expresa previsión constitucional o estatutaria. Tampoco se encuentra facultado para incidir indirectamente en la delimitación de competencias mediante la interpretación de los criterios que sirven de base; por tanto, debe entenderse que las Comunidades Autónomas han de desempeñar un rol importante en la articulación del sistema de protección de las personas dependientes.

Se entiende además que esta protección está en el marco de los servicios sociales con relación a la necesidad de los beneficiarios de las familias donde están los dependientes. Por cierto, se tiene una expresa insatisfacción por el poco desarrollo de estas situaciones, por una cierta limitación presupuestaria de las Comunidades Autónomas y por las distintas medidas establecidas en función de la Comunidad, lo que provoca desigualdad protectora. La Ley 39 de 2006 intenta superar tales problemáticas.

Asimismo, la ley en mención, para el caso de las Comunidades Autónomas, tiene una forma variada y en gran parte en un estado embrionario, a falta de desarrollo por no haberse consignado las partidas presupuestarias suficientes. Al mismo tiempo, ha creado un sistema de protección mínimo o básico para los dependientes y sus familiares, con financiación íntegra por medio del Estado, hasta el punto de convertirse en un compromiso a través de los correspondientes convenios que colaboran entre el Estado y las Comunidades Autónomas, para que se impliquen y establezcan las partidas presupuestarias que aseguren la cobertura de las situaciones de los dependientes. En este sentido, cabe decir que el Tribunal Supremo se pronunció “para la evolución del Sistema de Seguridad Social”, por lo que depende del Sistema de la Seguridad Social Española. Por otro lado, el Estado español aseguró las competencias de las Comunidades Autónomas, lo que implica una desigualdad en la financiación de estas.

LA LEY 39 DE 2006 Y SU CONTENIDO SUSTANTIVO

La exposición de motivos de la Ley 39 de 2006²⁴⁵, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, manifiesta la magnitud del problema social que intenta acotar el concepto de dependencia en la atención a las personas en tal situación. Este, de hecho, constituye uno de los principales retos de la política social en los países desarrollados: atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía. En este sentido, el objeto de la Ley 39 2006 es señalado en su artículo 1:

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 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 español²⁴⁶.

Puede afirmarse que la norma tiene un carácter polimórfico de la dependencia, al determinar la pluralidad de la acción protectora para la satisfacción de las

.....
245 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, del 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 299.

246 *Ibid.*

necesidades que la integran y la competencia mediante la implicación de las diferentes administraciones. Se debe mencionar que hasta ahora las prestaciones se venían facilitando de forma inespecífica a las personas dependientes y de modo residual por parte del Estado, pero especialmente por los servicios sociales de las Comunidades Autónomas, los entes locales y las entidades del tercer sector con insuficiencia cualitativa y cuantitativa en cuanto a la desigualdad territorial.

La delimitación legal de la situación protegida en la Ley 39 de 2006 no contiene un apartado específico con una precisión en cuanto a la situación protegida. En cambio, hay dos preceptos: a) que el objeto de la ley lo determina la delimitación legal de la situación protegida, aunque no contiene un apartado específico que precise dicha situación; b) una definición instrumental, que, a efectos de aplicación de la ley, articula las cuatro nociones legales y determinantes en la materia: autonomía, dependencia, actividades básicas de la vida diaria y necesidades de apoyo para la autonomía personal.

De acuerdo con lo anterior, la noción de autonomía tiene su remisión en el sistema legal como lo menciona el artículo 2.1: “La capacidad percibida de controlar, afrontar y tomar decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias”²⁴⁷. En sí, representa la capacidad de autogobierno, constituye el concepto de autonomía sobre la propia vida y, por tanto, es el núcleo central del concepto. En lo que concierne a la dependencia, es definida en la Ley 39 de 2006 a partir del artículo 2.2:

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 diaria²⁴⁸.

La definición legal de la dependencia da cuenta de tres elementos importantes:

- Se trata de un estado de carácter permanente desde el punto de vista técnico en que se encuentra la persona.

247 *Ibid.*

248 *Ibid.*

•La Ley 39 de 2006 y su contenido sustantivo.

- Las razones de carácter objetivo derivadas de la edad, enfermedad o discapacidad unidas a la falta o pérdida de autonomía tanto física, mental, intelectual o sensorial.
- La necesidad de atención o ayuda importante de un tercero para llevar a cabo las actividades básicas de la vida diaria. En este sentido, es importante el concepto por su homologación ante los organismos internacionales, la cual se ha tratado por la vía de la cuestión social.

La dependencia como concepto jurídicamente relevante en el sistema español de protección social no es unívoco; en el ámbito de la seguridad social, la noción predominante que se ha configurado es *dependencia económica*, en cuanto requisito directo o indirecto de acceso a las prestaciones o de la dinámica prestacional. Además, se vincula a la autonomía personal, que se une con la situación en que una persona carece de la autonomía suficiente para realizar por sí misma los actos básicos o esenciales de la vida cotidiana, requiriendo ayuda de otra persona. Según lo anterior, se puede hablar de *dependencia personal*.

Los derechos y las obligaciones de las personas dependientes

Atendiendo a la Ley 39 de 2006, que en su artículo 4 contiene “los derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia”, es importante resaltar que emite los mismos derechos que están en el ordenamiento jurídico español; por ello, no son derechos *ex novo*, sino que se enmarcan en su interior para no perder la autonomía personal. En el mismo marco se entiende el artículo 1 de esta ley²⁴⁹, que reconoce el derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia; el contenido de ese artículo, en principio, debería enumerar los derechos para no introducir una apreciación subjetiva.

.....
 249 *Ibid.*, artículo 1: “1. 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 del Estado español. 2. El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia responderá a una acción coordinada y cooperativa de la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, que contempla medidas en todas las áreas que afectan a las personas en situación de dependencia, con la participación, en su caso, de las Entidades Locales”.

Por otro lado, se adentra en el ejercicio de los derechos que realizará de forma plena y libre, pasando a definir en el artículo 5²⁵⁰ los titulares de estos. En su contenido, se pone de relieve que no define el ámbito subjetivo de la Ley 39 de 2006 ni enumera todos los requisitos para ser titular de tales derechos y los beneficiarios de la cobertura, ya que en sí la rúbrica de titulares de derechos aborda las diversas categorías de sujetos que pueden tener el derecho a la cobertura por dependencia. De esta forma, el artículo 4²⁵¹ de la norma hace clara referencia al carácter transversal que proclama su artículo 3²⁵²: al comentar los derechos

250 *Ibíd.*, artículo 5: “1. Son titulares de los derechos establecidos en la presente Ley los españoles que cumplan los siguientes requisitos: a) Encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos. b) Para los menores de 3 años se estará a lo dispuesto en la disposición adicional decimotercera. c) Residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Para los menores de cinco años el período de residencia se exigirá a quien ejerza su guarda y custodia. 2. Las personas que, reuniendo los requisitos anteriores, carezcan de la nacionalidad española se registrarán por lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000 [...], 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. Para los menores que carezcan de la nacionalidad española se estará a lo dispuesto en las Leyes del Menor vigentes, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, así como en los tratados internacionales”.

251 *Ibíd.*, artículo 4: “1. 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. 2. Asimismo, las personas en situación de dependencia disfrutará de todos los derechos establecidos en la legislación vigente, y con carácter especial de los siguientes: a) A disfrutar de los derechos humanos y libertades fundamentales, con pleno respeto de su dignidad e intimidad. b) A recibir, en términos comprensibles y accesibles, información completa y continuada relacionada con su situación de dependencia. c) A ser advertido de si los procedimientos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, siendo necesaria la previa autorización, expresa y por escrito, de la persona en situación de dependencia o quien la represente. d) A que sea respetada la confidencialidad en la recogida y el tratamiento de sus datos, de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999 [...], de Protección de Datos de Carácter Personal. e) A participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual o mediante asociación. f) A decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno. g) A decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial. h) Al ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio. i) Al ejercicio pleno de sus derechos patrimoniales. j) A iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente Ley en el apartado 1 de este artículo. En el caso de los menores o personas incapacitadas judicialmente, estarán legitimadas para actuar en su nombre quienes ejerzan la patria potestad o quienes ostenten la representación legal. k) A la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, en cualquiera de los ámbitos de desarrollo y aplicación de esta Ley. l) A no sufrir discriminación por razón de orientación o identidad sexual. 3. Los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para promover y garantizar el respeto de los derechos enumerados en el párrafo anterior, sin más limitaciones en su ejercicio que las directamente derivadas de la falta de capacidad de obrar que determina su situación de dependencia. 4. Las personas en situación de dependencia y, en su caso, sus familiares o quienes les representen, así como los centros de asistencia, estarán obligados a suministrar toda la información y datos que les sean requeridos por las administraciones competentes para la valoración de su grado de dependencia, a comunicar todo tipo de ayudas personalizadas que reciban, a aplicar las prestaciones económicas a las finalidades para las que fueron otorgadas y a cualquier otra obligación prevista en la legislación vigente”.

252 *Ibíd.*, artículo 3: “Esta Ley se inspira en los siguientes principios: a) el carácter público de las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. b) La universalidad en el acceso de todas las personas en

•La Ley 39 de 2006 y su contenido sustantivo.

comunes de la ciudadanía, que como derechos son constituidos para las personas dependientes; sin embargo, no es obstáculo para que se sistematice este precepto, reiterando el carácter de derecho subjetivo que reviste el derecho a la promoción de la autonomía personal.

Cabe mencionar que a los extranjeros se les exigen los mismos requisitos que a los españoles en cuanto a la cobertura de la Ley 39 de 2006. Igualmente, la misma condición respecto a la posibilidad de la reglamentación es de aplicabilidad en el extranjero. Así también, la obligación de la regulación reglamentaria de la situación de los inmigrantes retornados.

Es, por consiguiente, un precepto abierto en el cual los objetivos no son la enumeración de los derechos y las obligaciones de los destinatarios de la Ley 39 de 2006, sino que subraya que la situación de dependencia no se puede derivar de la pérdida de derechos en el ordenamiento jurídico español a efectos globales. Asimismo, se ve como una declaración general que está inspirada en el principio de igualdad, proclamándose el derecho de las personas en situación de dependencia, sin distinción del lugar donde residan y accediendo en condiciones de igualdad a las prestaciones y servicios que están previstos en la norma, con los mismos criterios de igualdad territoriales o de cualquier naturaleza.

.....
 situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación, en los términos establecidos en esta Ley. c) La atención a las personas en situación de dependencia de forma integral e integrada. d) La transversalidad de las políticas de atención a las personas en situación de dependencia. e) La valoración de las necesidades de las personas, atendiendo a criterios de equidad para garantizar la igualdad real. f) 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 discriminación o menor igualdad de oportunidades. g) El establecimiento de las medidas adecuadas de prevención, rehabilitación, estímulo social y mental. h) La promoción de las condiciones precisas para que las personas en situación de dependencia puedan llevar una vida con el mayor grado de autonomía posible. i) La permanencia de las personas en situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en el que desarrollan su vida. j) La calidad, sostenibilidad y accesibilidad de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia. k) La participación de las personas en situación de dependencia y, en su caso, de sus familias y entidades que les representen en los términos previstos en esta Ley. l) La colaboración de los servicios sociales y sanitarios en la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que se establecen en la presente Ley y en las correspondientes normas de las Comunidades Autónomas y las aplicables a las Entidades Locales. m) La participación de la iniciativa privada en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia. n) La participación del tercer sector en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia. ñ) La cooperación interadministrativa. o) La integración de las prestaciones establecidas en esta Ley en las redes de servicios sociales de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de las competencias que tienen asumidas, y el reconocimiento y garantía de su oferta mediante centros y servicios públicos o privados concertados. p) La inclusión de la perspectiva de género, teniendo en cuenta las distintas necesidades de mujeres y hombres. q) Las personas en situación de gran dependencia serán atendidas de manera preferente”.

En este sentido, mediante la actualización de ciertas prestaciones económicas y de servicios, y del derecho a la situación de cobertura de dependencia, se requiere un sistema de organización y gestión a cargo de un amplio sector de entes públicos, pero tendría que atenderse al mismo tiempo respecto a los entes privados. Así, por una parte, en la eventual ubicación en el plano de la seguridad social, se tendrían que haber aplicado los principios y las reglas de este sistema, sabiendo que la gestión difiere según se esté ante prestaciones contributivas o no contributivas con correspondencia a la gestión de las Comunidades Autónomas.

Por otra parte, desde la perspectiva del derecho, se ha considerado como materia asistencial, siendo típico de las prestaciones de las Comunidades Autónomas, además de que están condicionadas por la insuficiencia de recursos y por los beneficiarios para estar frente a sus situaciones de dependencia, pues existen diversas fórmulas de gestión desde las que se implica una asunción directa por dichas comunidades y, al tiempo, por las entidades locales. El reto más importante para los poderes públicos no es solo afrontar los costes elevados que tiene la protección, sino inclusive organizar un sistema de atención a la dependencia capaz de responder efectivamente a las dificultades tanto técnicas como de gestión.

En sí, la Ley 39 de 2006 dispuso desde el principio la necesidad de innovar, en gran medida para que se produjera una revisión de la forma tradicional de atención a las personas con discapacidad, asegurando una adecuada capacidad de prestación de cuidados.

El derecho de información y la confidencialidad de datos en las personas dependientes

La Ley 39 de 2006 expresa en su artículo 4.2 el derecho “a recibir, en términos comprensibles y accesibles, información completa y continuada relacionada con su situación de dependencia”²⁵³. Lo anterior resulta importante por cuanto son los datos sobre su propia situación de dependencia; lo que refleja la ley es el derecho a recibir información clínica. También el artículo 4.1 expresa el derecho “a que sea respetada la confidencialidad en recogida y el tratamiento de sus datos, de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”²⁵⁴. Esto implica una remisión a la ley de protección

.....
253 *Ibíd.*

254 *Ibíd.*

•La Ley 39 de 2006 y su contenido sustantivo.

de datos de carácter personal, lo que resulta en una unión con la Ley 41 de 2002. De esta forma, las administraciones autonómicas tienen toda la información de la persona dependiente.

La información clínica o asistencial y el consentimiento informado

La Ley 41 de 2002²⁵⁵ contempla de forma diferenciada dos conceptos que se encuentran relacionados entre sí: la información clínica o asistencial y el consentimiento informado. Asimismo, queda regulado en sus artículos 4²⁵⁶ y 5²⁵⁷ quién debe informar, a quién y de qué forma, con el contenido del derecho a no saber y sus excepciones; por otro lado, determina quién debe consentir, cómo y cuándo no es necesario.

Conforme a lo dispuesto en todas estas normas, el derecho a la información clínica o asistencial presenta una configuración autónoma respecto a la decisión del paciente, que es su derecho; lo anterior, sobre la base de la información recibida acerca del sometimiento a la aplicación de la intervención o los tratamientos determinados. Así lo sostiene Arcos: “Es la base de la información asistencial correcta y así poder consentir de forma correcta que puede satisfacerse el derecho

.....
 255 Jefatura del Estado, Ley 41 de 2002, del 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 274.

256 *Ibid.*, artículo 4: “1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. 2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. 3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”.

257 *Ibid.*, artículo 5: “1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. 2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal. 3. Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. 4. El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho”.

del paciente a consentir de manera consciente o sus representantes o tutores²⁵⁸.

Por otro lado, la misma autora menciona:

Puede existir el riesgo dada la importancia fundamental en el contexto del Convenio de Oviedo, resulta debilitado o ineficaz en todos los supuestos en los que el paciente, por cualquier circunstancia, no pueda o no necesite autorizar ninguna intervención posterior, en los casos en que el paciente no va a ser quien decida finalmente, por falta de capacidad²⁵⁹.

En consecuencia, este derecho es muy importante para la dignidad y la autonomía personal, y también para la atención a las personas en situación de dependencia, que exigen el derecho a la información, máxime cuando todo lo relacionado con su cuerpo les afecta de forma trascendente: tanto su vida como el futuro.

El derecho a la autonomía personal y la tutela judicial

La Ley 39 de 2006 expresa en su artículo 4.2 que el dependiente tiene derecho “a decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficientemente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno”²⁶⁰. Asimismo, posterior a ello expone: “[Tiene derecho] a decidir libremente sobre el ingreso en centro residencial”, por lo que en sí la norma reconoce el derecho al autogobierno y cuenta con estas previsiones normativas.

De esta forma, esta ley emplea en su artículo 2 la expresión *autonomía*, definiéndola como “la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias, así como desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”²⁶¹. En esta misma línea, la Ley 51 de 2003 la definía de este modo: “La situación en que una persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho de libre desarrollo de su personalidad”²⁶².

258 María Luisa Arcos Viera, *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información* (Pamplona: Aranzadi, 2007), 16.

259 *Ibíd.*

260 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.*

261 *Ibíd.*

262 Jefatura del Estado, Ley 51 de 2003, del 3 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 289. (Disposición

•La Ley 39 de 2006 y su contenido sustantivo.

Por tanto, la Ley 39 de 2006 se refiere a la tutela sobre los bienes y su persona, con supeditación a la capacidad de obrar y con la previsión de la pérdida de su capacidad de autogobierno en su artículo 4.2²⁶³; por ello, está pensada para posibles complicaciones de salud y circunstancias de tipo asistencial y de cuidados.

Las obligaciones de los dependientes

En la Ley 39 de 2006, artículo 4.4²⁶⁴, se establecen dos tipos de obligaciones para las personas en situación de dependencia: por un lado, hace alusión a que las obligaciones de los dependientes en realidad no son únicamente de ellos, sino también de los centros de asistencia, familiares o representantes y cuidadores, no atribuyéndoles unos derechos propios, sino más bien al sujeto protector de las personas dependientes que son titulares y beneficiarios; por otro, suministrar toda la información y los datos que sean requeridos por las administraciones competentes para la valoración del grado y nivel de dependencia, y comunicar otro tipo de ayudas personalizadas que reciban las personas dependientes.

El deber de información sobre el grado de dependencia

Como se señaló, el artículo 4.4 de la Ley 39 de 2006 se refiere al deber de informar; por tanto, las personas en situación de dependencia y las personas que los representen tienen la obligación de informar y ofrecer los datos que sean necesarios y requeridos por las administraciones competentes para la determinación del grado y nivel de dependencia. De esta forma, como puede verse en sus artículos

derogada).

263 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.*, artículo 4.2: "2. Asimismo, las personas en situación de dependencia disfrutarán de todos los derechos establecidos en la legislación vigente, y con carácter especial de los siguientes: [...] f) A decidir, cuando tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno".

264 *Ibid.*, artículo 4.4: "Las personas en situación de dependencia y en su caso familiares o quienes les representen, así como centros de asistencia, estarán obligados a suministrar toda información y datos que les sean requeridos por las Administraciones competentes, para su valoración de su grado y nivel de dependencia; a comunicar todo tipo de ayudas personalizadas que reciban, y aplicar las prestaciones económicas a las finalidades para que fueron otorgadas; o a cualquier otra obligación prevista en legislación vigente".

37²⁶⁵ y 38²⁶⁶, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia crea una red de comunicaciones cuyo objetivo es garantizar la disponibilidad de información y la comunicación recíproca entre las administraciones.

En sintonía con lo anterior, cabe mencionar que la obligación del dependiente es la de informar, puesto que influye el grado de dependencia que se determina en una resolución administrativa donde se establece el reconocimiento de la situación²⁶⁷. Este grado será revisable cuando se produzca una mejoría o empeoramiento de la situación de la dependencia, o bien, cuando exista error de diagnóstico o en su aplicación en el baremo²⁶⁸. Además, podrá modificarse al momento de existir una variación de cualquiera de los requisitos establecidos para su reconocimiento o incumplimiento de las obligaciones reguladas en la ley²⁶⁹. En suma, la obligación de informar es muy importante para establecer y conservar los servicios y las prestaciones para cada situación de dependencia.

.....
265 *Ibid.*, artículo 37: "El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través del organismo competente, establecerá un sistema de información del Sistema para la autonomía y Atención a la Dependencia que garantice la disponibilidad de la información y la comunicación recíproca entre las Administraciones Públicas, así como la compatibilidad y articulación entre los distintos sistemas. Para ello, en el seno del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se acordarán los objetivos y contenidos de la información. El sistema contendrá información sobre el Catálogo de servicios e incorporará, como datos esenciales, los relativos a población protegida, recursos humanos, infraestructuras de la red, resultados obtenidos y calidad en la presentación de los servicios. El sistema de información contemplará específicamente la realización de estadísticas para fines estatales en materia de dependencia, así como las de interés general supracomunitario y las que se deriven de compromisos con organizaciones supraestatales e internacionales".

266 *Ibid.*, artículo 38: "El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de la utilización preferente de las Infraestructuras comunes de comunicaciones y servicios telemáticos de las Administraciones Públicas, pondrá a disposición del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia una red de comunicaciones que facilite y dé garantías de protección al intercambio de información entre sus integrantes. El uso y transmisión de la información en esta red estará sometido al cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, y a los requisitos de certificación electrónica, firma electrónica y cifrado, de acuerdo con la legislación vigente. A través de dicha red de comunicaciones se intercambiará información sobre las infraestructuras del sistema, la situación, grado y nivel de dependencia de los beneficiarios de las prestaciones, así como cualquier otra derivada de las necesidades de información en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia".

267 *Ibid.*, artículo 28: "1. El procedimiento se iniciará a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación. 2. El reconocimiento de la situación de dependencia se efectuará mediante resolución expedida por la Administración Autonómica correspondiente a la residencia del solicitante y tendrá validez en todo el territorio del Estado".

268 *Ibid.*, artículo 30: "1. El grado de dependencia será revisable, a instancia del interesado, de sus representantes o de oficio por las Administraciones Públicas competentes, por alguna de las siguientes causas: a) mejoría o empeoramiento de la situación de dependencia. b) Error de diagnóstico o en la aplicación del correspondiente baremo".

269 *Ibid.*, artículo 30.2: "Las prestaciones podrán ser modificadas o extinguidas en función de la situación personal del beneficiario, cuando se produzca una variación de cualquiera de los requisitos establecidos para su reconocimiento, o por incumplimiento de las obligaciones reguladas en la presente Ley".

•La Ley 39 de 2006 y su contenido sustantivo•

La aplicación de las prestaciones para sus finalidades

El artículo 4.4²⁷⁰ de la Ley 39 de 2006 también se refiere a la obligación de la aplicación de prestaciones económicas a los fines que les fueron otorgados a los dependientes. De este deber queda constancia en la ley como obligación de las administraciones públicas a velar por la correcta aplicación de los fondos públicos con destino al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, evitando así la obtención o el disfrute fraudulento de las prestaciones, al tiempo que se establecen medidas de control para perseguir la aplicación de destino diferente de las prestaciones económicas²⁷¹. Cabe añadir que las administraciones públicas autonómicas tienen una desigualdad entre ellas respecto a la financiación de la dependencia.

Los requisitos generales de la Ley 39 de 2006

El artículo 5.1 de esta norma especifica la relación de titulares para la adquisición de los derechos que están en las circunstancias siguientes: “a. Encontrarse en situación de dependencia las personas que tienen alguno de los grados establecidos. [...] c. Residir en territorio nacional y haberlo hecho durante cinco años”²⁷². Se puede observar que se enumeran dos requisitos y dentro de estos se integran los menores de edad de tres años; en consecuencia, la edad no es un requisito para la cobertura.

.....
 270 *Ibid.*, artículo 4.4: “Las personas en situación de dependencia y, en su caso los familiares o quienes lo representen, así como los centros de asistencia, estarán obligados a suministrar toda la información y datos que les sean requeridos por las Administraciones competentes, para la valoración de su grado y nivel de dependencia; a comunicar todo tipo de ayudas personalizadas que reciban, y a aplicar las prestaciones económicas a las finalidades para las que fueron otorgadas; o a cualquier otra obligación prevista en la legislación vigente. Las personas en situación de dependencia y, en su caso, sus familiares o quienes les representen, no estarán obligados a aportar información, datos o documentación que obren ya en poder de la Administración Pública que los solicite o que, de acuerdo con la legislación vigente, pueda esta obtener por sus propios medios”.

271 *Ibid.*, artículo 39: “Las Administraciones Públicas velarán por la correcta aplicación de los fondos públicos destinados al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, evitando la obtención o disfrute fraudulento de sus prestaciones y de otros beneficios o ayudas económicas que puedan recibir los sujetos que participen en el Sistema o sean beneficiarios del mismo. Igualmente establecerán medidas de control destinadas a detectar y perseguir tales situaciones. A tales efectos, las Administraciones Públicas desarrollarán actuaciones de vigilancia del cumplimiento de esta Ley y ejercerán las potestades sancionadoras conforme a lo previsto en el Título III de la misma, haciendo uso, en su caso, de las fórmulas de cooperación interadministrativa contenidas en esta Ley”.

272 *Ibid.*

Así, el primer requisito que enumera el artículo 5.1 estipula que debe “encontrarse en situación de dependencia en algunos de los grados establecidos”²⁷³. Esto es necesario para el reconocimiento de los derechos y las obligaciones con respecto a las personas en situación de dependencia. Por otro lado, el artículo 2.2 da la siguiente definición de *dependencia*:

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 o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal²⁷⁴.

Por otra parte, cabe mencionar los grados y las valoraciones de la situación de dependencia regulados en los artículos 26²⁷⁵ y 27²⁷⁶ de la Ley 39 de 2006.

.....
273 *Ibíd.*

274 *Ibíd.*

275 *Ibíd.*, artículo 26: “1. La situación de dependencia se clasificará en los siguientes grados: a. Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal. b. Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal. c. Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal. 2. Los intervalos para la determinación de los grados se establecerán en el baremo al que se refiere el artículo siguiente”.

276 *Ibíd.*, artículo 27: “1. Las Comunidades Autónomas determinarán los órganos de valoración de la situación de dependencia, que emitirán un dictamen sobre el grado de dependencia con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir. El Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia deberá acordar unos criterios comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de las Comunidades Autónomas que, en todo caso, tendrán carácter público. 2. Los grados de dependencia, a efectos de su valoración, se determinarán mediante la aplicación del baremo que se acuerde en el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para su posterior aprobación por el Gobierno mediante real decreto. Dicho baremo tendrá entre sus referentes la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF) adoptada por la Organización Mundial de la Salud. No será posible determinar el grado de dependencia mediante otros procedimientos distintos a los establecidos por este baremo. 3. El baremo establecerá los criterios objetivos de valoración del grado de autonomía de la persona, de su capacidad para realizar las distintas actividades de la vida diaria, los intervalos de puntuación para cada uno de los grados de dependencia y el protocolo con los procedimientos y técnicas a seguir para la valoración de las aptitudes observadas, en su caso. 4. El baremo valorará la capacidad de la persona para llevar a cabo por sí misma las actividades básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión para su realización por personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental. 5. La valoración se realizará teniendo en cuenta los correspondientes informes sobre la salud de la persona y sobre el entorno en el que viva, y considerando, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescritas”.

•La Ley 39 de 2006 y su contenido sustantivo•

Con estos, son beneficiarias las personas que se encuentren en alguno de los grados que están previstos: dependencia moderada, dependencia severa y gran dependencia; de este modo, se fijan los niveles en función de la autonomía y la intensidad de las personas. La norma da prioridad a la capacidad económica del solicitante, teniendo derecho toda persona que no cuenta con recursos económicos.

Asimismo, la norma dicta una serie de requisitos, como, por ejemplo, residir en el territorio nacional al menos cinco años. En este sentido, el legislador español no entiende que una persona es dependiente desde el momento en que se encuentra legalmente en España y, por ende, se desprotege a cierto grupo de personas que residen en el país menos de la cantidad de tiempo establecida. El legislador debería modificar el artículo 5.1 de la ley en comento, para que la edad no sea un requisito de cobertura y se incluyan como titulares del derecho a los menores de un año que se encuentren en cualquiera de las circunstancias o situaciones de dependencia y en cualquiera de los grados establecidos²⁷⁷; incluso bajar la cobertura de la dependencia a menores de un año.

La residencia en España de la persona dependiente

Existe una residencia mínima contemplada en la Ley 39 de 2006, artículo 5, que señala:

Residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Para los menores de cinco años el periodo de residencia se exigirá a quien ejerza su guarda y custodia²⁷⁸.

Se trata entonces de una exigencia generalizada en las prestaciones asistenciales. Al analizar el requisito de residencia, se observa el requisito de nacionalidad en la exigencia de una residencia previa, por lo que es factible la justificación en la aplicación de las técnicas de la cobertura de riesgos sociales. Así, puede decirse que es una previsión con antelación de la demanda de protección, considerando la existencia de un derecho subjetivo a las prestaciones, lo que en las limitaciones presupuestarias no tienen cabida. Incluso en este requisito los

277 Ibid.

278 Ibid.

sistemas de protección social intentan prevenir el turismo social. En sí, el establecimiento tiene un mayor juego, que es el requisito de la nacionalidad, ya que una eventual supresión o mitigación de este último puede verse neutralizado por la exigencia de un alto período de residencia. Conviene señalar que la norma no trata de requisitos que tengan que acreditar los españoles, sino que el artículo 5.2 de la Ley 39 de 2006 hace una extensión a las personas que carezcan de nacionalidad española.

Los españoles dependientes residentes en el extranjero

Respecto a los españoles residentes en el extranjero, la Ley 39 de 2006 le da habilitación al Gobierno para que pueda actuar respecto a ellos llevándonos a la inspiración en la Constitución Española²⁷⁹. De esta forma, las medidas que se han introducido por la ley objeto de estudio se caracterizan por su universalidad; así, es claro que los españoles dependientes residentes en el extranjero tendrán los mismos derechos que los españoles dependientes en España.

.....
279 Constitución Española, *op. cit.*, artículo 42: "El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia el retorno".

IGUALDADES Y DESIGUALDADES EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DE ESPAÑA FRENTE A LA APLICACIÓN DE LA LEY 39 DE 2006

Sobre la diversificación y la desigualdad en cuanto a la protección de las normas, se otorga a las Comunidades Autónomas la legitimación del principio de autogobierno para su planificación y con diferencias en el territorio nacional; asimismo, respecto a las diferentes leyes de servicios sociales, dan un panorama de aparente homogeneidad, pero la realidad muestra una puesta en práctica desigual y un insuficiente desarrollo normativo que impiden lograr los objetivos en los mismos enunciados o cuyo logro dependerá del interés puesto en programas específicos por parte de una comunidad autónoma.

Los servicios sociales desde el comienzo se preocupan de la desigualdad, lo que podría generar diversas normativas; en este sentido, desde una parte se puede establecer una concepción unitaria de la política de bienestar social financiada con cargo a los presupuestos generales del Estado, englobando la asistencia social y los servicios sociales articulada dentro de un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos o dentro de un sistema público de servicios sociales. Por otra parte, la descentralización era primordial para la funcionalización del sistema, tiene una cercanía mayor y de gran importancia, más eficaz y un mejor servicio, como

menciona el artículo 148.1.1²⁸⁰ de la Constitución Española; por tanto, la legislación autonómica se ha impuesto definitivamente como medio de modelo de sistema público, recayendo las responsabilidades en los entes autonómicos y locales.

De esta forma, si no se obtuvieran las competencias oportunas en esta materia, la administración general procuraría asegurar los niveles básicos de servicios para todo el Estado, facilitando los servicios que quedaron fuera del alcance de las Comunidades Autónomas y coordinando para realizar y reforzar aquellos puntos comunes que ayudarán a visualizar algo que se iba pareciendo a un sistema, esto es, a un conjunto estructurado de organizaciones formales. Se materializa a lo largo de los planes concertados, desarrollando las prestaciones sociales básicas que se configuraron en el mecanismo de coordinación entre la administración general del Estado y las Comunidades Autónomas²⁸¹, para lo cual ha existido una cofinanciación entre los distintos proyectos.

Así, mediante una igualdad básica en todo el territorio nacional para la protección de los dependientes, y con la influencia de la Ley 51 de 2003 para la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad²⁸², el legislador tomó como referencia, a efectos competenciales, el artículo 149.1.1²⁸³ de la Constitución Española, así como los derechos sociales encaminados a asegurar un cierto grado básico de servicios para todo el Estado español, con la garantía en el desarrollo del individuo y sus colectivos por medio de una intervención estatal en la prestación de servicios y la distribución de bienes.

Por otro lado, la disposición final octava de la Ley 39 de 2006²⁸⁴, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de depen-

.....
280 Constitución española, *op cit.*, artículo 148.1.1: "Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 1) Organización de sus instituciones de autogobierno".

281 La cooperación se plasmó por medio de un convenio administrativo cuyo objetivo era el reforzar las corporaciones locales respecto a la prestación de servicios sociales en lo referido al acuerdo con la disposición en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local.

282 Ley 51 de 2003, del 3 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 289.

283 Constitución española, *op. cit.*, artículo 149.1.1: "La regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en su cumplimiento de los deberes constitucionales".

284 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, del 14 de diciembre, De promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 299.

dencia, se funda según la competencia que el artículo 149.1.1²⁸⁵ de la Constitución atribuye al Estado para la regulación de la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, por lo que este precepto es demasiado corto observando la ley. Asimismo, el anteproyecto de la ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia dictamina que “debe acogerse a un título competencial claro y sólido, en evitación de posibles conflictos de competencias que puedan derivarse de una ambigüedad en este extremo”. En este sentido, encuentra su justificación en la homogeneidad de las políticas de protección de los discapacitados dependientes en las distintas Comunidades Autónomas. Teniendo en cuenta lo anterior, Rodríguez-Piñero menciona:

Las Comunidades Autónomas y el Estado Español deben coordinarse y complementarse para que exista un sistema equilibrado y global para la cobertura de las necesidades sociales y para el reparto adecuado de las tareas entre la Seguridad Social y la Asistencia Social al servicio de la ciudadanía, siendo esta labor que no suple la jurisprudencia constitucional²⁸⁶.

De esta forma, la distribución de competencias del Estado español se configura por medio del artículo 149.1.1²⁸⁷ de la Constitución Española, que tiene una gran importancia en el juego de las Comunidades Autónomas en el Sistema para la Autonomía y Atención de los Dependientes; un sistema en el que colaboran y participan todas las administraciones públicas.

El objeto de la Ley 39 de 2006 tiende a requerir un compromiso y la actuación de todos los poderes e instituciones públicas; por tanto, hace necesaria la coordinación y cooperación de las Comunidades Autónomas. En este sentido, cabe mencionar a Barcelón, que manifiesta a este respecto:

Ante la inexistencia de mecanismos constitucionales claros y explícitos de cooperación y colaboración, el artículo 149.1.1 de la Constitución Española es realmente

285 Constitución española, *op. cit.*, artículo 149.1.1: “La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

286 Miguel Rodríguez-Piñero Royo, “Seguridad Social y Asistencia Social en el Estado de las Autonomías”, *Revista Crítica de Teoría y Práctica*, n.º 1 (2003): 118.

287 Constitución española, *op. cit.*, artículo 149.1.1: “La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en su cumplimiento de los deberes constitucionales”.

un elemento de equilibrio que se ofrece para la cohesión en la protección de carácter poliédrico de la dependencia²⁸⁸.

En suma, cabe señalar que el Estado delega la potestad a las Comunidades Autónomas, lo que implica una descentralización en la Ley de Dependencia.

El desarrollo competencial en las Comunidades Autónomas en la materia de la autonomía y atención de la dependencia

La Ley 39 de 2006²⁸⁹ se adecúa a “un gran pacto” del Estado con las Comunidades Autónomas para la atención de las personas dependientes, con reconocimiento Estatal, por ser prestaciones que se encarnan en los servicios sociales y desempeñan un gran papel las Comunidades Autónomas, pues estas son titulares de la competencia en la materia de asistencia social.

Al observar la norma, se desglosa el factor que tiene el Estado español en la coordinación del sistema de protección de la dependencia, con una cierta uniformidad en la regulación de la materia y estableciendo un nivel mínimo en todo el territorio nacional; cuenta la participación en el sistema las Comunidades Autónomas y en todas las administraciones públicas. Así, el objeto de la Ley 39 de 2006 se señala en su exposición de motivos:

Tiene un compromiso y una actuación conjunta de todos los poderes e instituciones públicas, porque la coordinación y la cooperación entre Comunidades es un elemento fundamental y se declara en la norma, estableciendo uno de tantos principios que fundamentan “la cooperación administrativa²⁹⁰”.

Por tanto, es uno de los cauces más imperantes para la colaboración y participación de las administraciones públicas, ejercitando sus respectivas competencias en lo que concierne a la protección de la dependencia del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia; por ello, se debe hacer referencia al Consejo Territorial, que más adelante se desglosa.

.....
288 Susana Barcelón Cobedo, Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de Protección Social, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 60 (2006).

289 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.*

290 11 *Ibid.*

La dependencia y su regulación autonómica en la Comunidad Valenciana

En el contexto de la dependencia, puede entenderse no solamente que se proteja una cobertura mínima de este derecho de acción social en el ámbito material donde se enmarca, sino que a la vez se intenten buscar las condiciones básicas para el ejercicio de toda la población española, cualquiera que sea el territorio donde se viva. Asimismo, el legislador está obligado a reconocer la existencia de distintos niveles que dependerán de los acuerdos entre la administración general del Estado y las distintas Comunidades Autónomas, por lo que es imperativo que el primero tenga la obligación de intervenir en la nueva configuración que constituye una modalidad de protección social amplia y que complementa la acción protectora del Estado junto al Sistema de la Seguridad Social, potenciando el avance del modelo de Estado social.

Es evidente que el legislador estatal crea un nuevo sistema de protección social frente a las situaciones de dependencia, con la agregación autonómica que se identifica como el Sistema para la Atención a la Dependencia. En sí, la cobertura que ofrece el artículo 149.1.1²⁹¹ de la Constitución Española solo permite ordenar y limitar el ejercicio de las competencias en materia de asistencia social de las Comunidades Autónomas, por medio de normas básicas que dejan espacio a la diferenciación autonómica en su propio autogobierno.

Por todo lo expuesto, se refleja un modelo de coordinación por el marco legal establecido, que trata de formular las bases para la colaboración y la participación de todas las administraciones públicas en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. De igual manera, en la Comunidad Valenciana, la Generalitat Valenciana tiene la competencia exclusiva en materia de servicios sociales con atención a lo dispuesto en el artículo 49.1.27²⁹² del Estatuto de Autonomía, además del correspondiente desarrollo, en su ámbito territorial, de la Ley 39 de 2006²⁹³.

291 Constitución Española y Constitución Europea (2006), *op. cit.*, p.57.

292 Jefatura del Estado, Ley Orgánica 5 de 1982, del 1 de julio, de Estatuto de Autonomía Valenciana, *Boletín Oficial del Estado* (BOE) 164. Artículo 49.1.27: "1. La Generalitat tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 27.ª Instituciones públicas de protección y ayuda de menores, jóvenes, emigrantes, tercera edad, personas con discapacidad y otros grupos o sectores necesitados de protección especial, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación".

293 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.*

La regulación autonómica de la dependencia en la Comunidad Valenciana

En la gestión del ámbito territorial, los servicios y los recursos necesarios para la valoración y atención a los dependientes²⁹⁴ corresponden a las Comunidades Autónomas, las cuales emitirán un dictamen sobre el grado de dependencia, con especificación de los cuidados que la persona requiere²⁹⁵. Por otro lado, se encuentra la planificación, coordinación y dirección en el ámbito de cada territorio respecto a los servicios de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia²⁹⁶.

Cabe recordar los procedimientos de coordinación sociosanitaria que crean los órganos de coordinación para garantizar una efectiva atención²⁹⁷. Al mismo tiempo, les corresponde fijar el régimen jurídico y las condiciones de actividad de los centros privados concertados²⁹⁸, creando, manteniendo y actualizando el registro de centros y servicios, lo cual facilita la debida acreditación en función

.....
294 *Ibíd.* Artículo 11.1: "1. En el marco del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, corresponden a las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de las competencias que les son propias según la Constitución Española los Estatutos de Autonomía y la legislación vigente, las siguientes funciones: [...] b) Gestionar, en su ámbito territorial, los servicios y recursos necesarios para la valoración y atención de la Dependencia".

295 *Ibíd.* El artículo 27.1 señala: "1. Las comunidades autónomas determinarán los órganos de valoración de la situación de dependencia que emitirán un dictamen sobre el grado de dependencia con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir. El Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia deberá acordar unos criterios comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de las comunidades autónomas que, en todo caso, tendrán carácter público".

296 *Ibíd.* El artículo 11.1 estipula: "1. En el marco del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, corresponden a las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de las competencias que les son propias según la Constitución Española, los Estatutos de Autonomía y la legislación vigente, las siguientes funciones: a) Planificar, ordenar, coordinar y dirigir, en el ámbito de su territorio, los servicios de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia".

297 *Ibíd.* El artículo 11.1 reza: "1. En el marco del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, corresponden a las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de las competencias que les son propias según la Constitución Española, los Estatutos de Autonomía y la legislación vigente, las siguientes funciones: [...] c) Establecer los procedimientos de coordinación sociosanitaria, creando, en su caso, los órganos de coordinación que procedan para garantizar una efectiva atención".

298 *Ibíd.* El artículo 16.2 expresa: "1. Las prestaciones y servicios establecidos en esta Ley se integran en la Red de Servicios Sociales de las respectivas Comunidades Autónomas en el ámbito de las competencias que las mismas tienen asumidas. La red de centros estará formada por los centros públicos de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales, los centros de referencia estatal para la promoción de la autonomía personal y para la atención y cuidado de situaciones de dependencia, así como los privados concertados debidamente acreditados. 2. Las Comunidades Autónomas establecerán el régimen jurídico y las condiciones de actuación de los centros privados concertados. En su incorporación a la red se tendrá en cuenta de manera especial los correspondientes al tercer sector".

•Igualdades y desigualdades en las Comunidades Autónomas de España...•

de garantizar el cumplimiento de los requisitos y los estándares de calidad²⁹⁹. También tienen la obligación de desarrollar el cuadro de infracciones y sanciones que están recogidas en la Ley 39 de 2006³⁰⁰, a la vez que ejercen funciones de ejecución, como es el caso de la inspección y, en su caso, la sanción de los incumplimientos sobre los requisitos y los estándares de calidad de centros y servicios. Por otro lado, también se evalúa periódicamente el funcionamiento del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia; en la misma línea, aportan a la Administración General la información necesaria para la aplicación de los criterios de financiación³⁰¹.

En el cuadro de las situaciones de la dependencia está claro que las Comunidades Autónomas tienen un importante protagonismo en la realización del derecho en relación con la protección frente a la dependencia, pero centrándose en competencias de ejecución y, por tanto, de gestión de los servicios y las prestaciones. De esta forma, las competencias normativas que disponen tienen una clara identificación con la organización y regulación de los órganos de valoración de la dependencia, tanto los reconocimientos del derecho, la ordenación de los servicios, el régimen de acreditación y la actuación de los centros privados concertados.

La atribución competencial de funciones y servicios

El artículo 49.2³⁰² del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana establece que la Generalitat tiene competencia exclusiva en la materia de servicios sociales y de las instituciones públicas de protección y ayuda a los menores,

.....
 299 *Ibid.*. El artículo 11.1 expresa: "1. En el marco del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, corresponden a las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de las competencias que les son propias según la Constitución Española los Estatutos de Autonomía y la legislación vigente, las siguientes funciones: [...] d) Crear y actualizar el Registro de Centros y Servicios, facilitando la debida acreditación que garantice el cumplimiento de los requisitos y los estándares de calidad.

300 *Ibid.*. El artículo 47.1 dice: "1. Las Comunidades Autónomas desarrollarán el cuadro de infracciones y sanciones previstas en la presente Ley".

301 *Ibid.*. Expresa el artículo 32.2: "La aportación de la Comunidad Autónoma será, para cada año, al menos igual a la de la Administración General del Estado como consecuencia de lo previsto en este apartado y en el anterior".

302 Jefatura del Estado, Ley Orgánica 5 de 1982, *op. cit.*, artículo 49.2: "La Generalitat tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] 2. La Generalitat tiene competencia exclusiva sobre aquellas otras materias que este Estatuto atribuya expresamente como exclusivas y las que con este carácter y mediante Ley Orgánica sean transferidas por el Estado".

jóvenes, emigrantes, persona de la tercera edad, personas con discapacidad y otros grupos o sectores necesitados de protección, reinserción o rehabilitación. Así, el Real Decreto 251 de 1982, sobre transferencias de competencias, funciones y servicios del Estado en materia de servicios y asistencia sociales³⁰³, además del Real Decreto 2135 de 1984³⁰⁴, llevó a cabo el traspaso de las funciones y servicios sociales del Estado, en tanto que el Real Decreto 264 de 1985³⁰⁵ realizó dicho traspaso en el marco de la seguridad social.

La organización autonómica en la Comunidad Valenciana

El Sistema de Servicios Sociales de la Comunidad Valenciana tiene su estructuración en dos niveles para realizar intervenciones: un nivel se enmarca en servicios sociales generales o comunitarios; el otro nivel se centra en servicios especializados. Así, los servicios sociales generales constituyen la estructura básica del sistema y tienden a proporcionar una atención integrada, polivalente, dirigida a toda la población, con su correspondiente programación, implantación y gestión en la intervención general de la atención primaria. Su prestación se realiza por equipos interdisciplinarios en centros sociales dependientes de la Administración local; al mismo tiempo, los servicios sociales generales están integrados por el servicio de información, orientación y asesoramiento técnico, ayuda a domicilio, cooperación social; los programas de convivencia, prevención y reinserción social; y los programas de gestión de prestaciones económicas y de prevención.

Frente a lo anterior, Martínez manifiesta: “Los servicios sociales especializados están dirigidos a sectores de la población que por sus características necesitan de una atención más específica a efectos técnico como profesional”³⁰⁶. Por

.....
303 Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Real Decreto 251 de 1982, del 15 de enero, transferencias de competencias, funciones y servicios del Estado en materia de Servicios y Asistencia Sociales, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 39.

304 Presidencia del Gobierno, Real Decreto 2135 de 1984, del 10 de octubre, sobre ampliación del traspaso de funciones y servicios ya adaptación de los medios transferidos en régimen preautonómico a la Comunidad Autónoma de Valencia en materia de asistencia y servicios sociales, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 287.

305 Presidencia del Gobierno, Real Decreto 264 de 1985, del 23 de enero, sobre traspaso a la comunidad valenciana de funciones y servicios del Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO) de la seguridad social, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 58.

306 Luis Martínez-Sigluna Sepúlveda, “La organización administrativa de los servicios para la discapacidad en las Comunidades Autónomas y otras administraciones”, en AA. VV. *Tratado sobre discapacidad* (Navarra: Aranzadi, 2007): 1457.

•Igualdades y desigualdades en las Comunidades Autónomas de España...

consiguiente, se constata en el artículo 5 de la Ley 5 de 1997³⁰⁷, donde se expresan las competencias de la Generalitat Valenciana por medio de la Conselleria competente, que se destaca la elaboración de las distintas actuaciones de las administraciones públicas y la iniciativa privada en el establecimiento de las prioridades frente a la programación de las actuaciones. Para ello, se estipulan unas prelación en el programa de actuación, en las inversiones y en la puesta en marcha de los centros dedicados a la prestación de servicios sociales, con un establecimiento de un mínimo de calidad que han de cumplir todos en la creación y gestión de los servicios, centros y prestaciones, sin que exista perjuicio en la colaboración de otras entidades.

Posterior a ello, la Ley 11 de 2003³⁰⁸, en la que se aprueba el estatuto de personas con discapacidad y que regula la actuación de las administraciones públicas valencianas, está dirigida a la atención y promoción del bienestar y la calidad de vida de las personas con discapacidad, también determina las competencias de la administración de la Generalitat³⁰⁹. Entre sus actuaciones se encuentran la

.....
 307 Comunidad Valenciana, Ley 57 de 1997, del 25 de junio, por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 192. El artículo 5 se señala: "Corresponden a la administración de la Generalitat, a través de la Conselleria competente en materia de servicios sociales, las siguientes actuaciones: a) Elaborar un plan general de servicios sociales de carácter plurianual que tendría como objetivo reducir los desequilibrios territoriales y las deficiencias estructurales en dicha materia en el ámbito de la Comunidad Valenciana. A tal fin deberá ser oído el Consejo de Bienestar Social establecido en la ley. b) Coordinar las actuaciones de las distintas administraciones públicas y de la iniciativa privada, a fin de racionalizar y optimizar el uso de los recursos disponibles en materia de servicios sociales".

308 Comunidad Valenciana, Ley 11 de 2003, del 10 de abril, en la que se aprueba el Estatuto de Personas con Discapacidad Presidencia de la Generalitat, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 122.

309 *Ibid.* El artículo 5 establece: "Corresponden a la Administración de la Generalitat, por medio de la Conselleria competente en materia de atención a las personas con discapacidad, entre otras, las siguientes actuaciones: a) Aprobar un Plan Integral de Actuación para las personas con discapacidad de la Comunidad Valenciana, de carácter cuatrienal, con dotación presupuestaria propia, que tendrá como objetivos orientar, consolidar y establecer prioridades en las actuaciones e inversiones públicas y privadas en la materia objeto de esta ley. b) Investigar, formar, sensibilizar y difundir en la realidad que presenta el sector social de las personas con discapacidad, prestando especial atención a sus características específicas y necesidades. c) Disponer y organizar la recogida de datos estadísticos elaborando censos específicos de la demanda de servicios existentes y de los recursos disponibles, así como identificar nuevas necesidades, todo ello conforme con lo dispuesto en la legislación estatal de protección de datos de carácter personal. d) Establecer los criterios de calidad que han de cumplir todos los centros y servicios que actúen en el ámbito de las personas con discapacidad, con el fin de garantizar las condiciones en que estos son atendidos. Asimismo, también será competencia de la Generalitat el establecimiento de mecanismos de supervisión y control de la citada calidad en la actividad de los centros y en la prestación de servicios generalizados que reciben las personas con discapacidad, sean estos de titularidad pública, de entidades sin ánimo de lucro o de iniciativa privada. e) Asesorar y apoyar, técnica y económicamente, a las entidades locales y organizaciones y asociaciones públicas, especialmente la iniciativa social sin ánimo de lucro, que se dedican a colaborar en la creación, gestión, promoción y desarrollo de planes y programas de promoción de las personas con discapacidad; en la creación y gestión de los centros y en las prestaciones de los servicios regulados por la presente ley.

aprobación del Plan Integral de Actuación de forma cuatrienal, la sensibilización social, la elaboración de estadísticas de personas con discapacidad, el establecimiento de criterios de calidad que tengan que cumplir los centros y servicios, y el asesoramiento, apoyo técnico y económico a entidades y organizaciones, asociaciones públicas y privadas, con la coordinación de las distintas administraciones públicas.

En la actualidad, en el Consell de la Generalitat se crea la Conselleria de Bienestar Social, a la que le corresponden las competencias en la materia de políticas a favor de las personas discapacitadas. Asimismo, esta conselleria de se estructura mediante una Dirección General de Integración Social de Discapacitados, que tiene las funciones en materia de política integral de rehabilitación y tratamiento de las personas con discapacidad, integración, eliminación de barreras físicas y de comunicación.

La atribución de esta Dirección General de Integración Social de Discapacitados consta en la prestación de los servicios y la gestión de los centros para las personas con discapacidad que tengan la titularidad de la Generalitat Valenciana. Entre ellas, tiene atribución de dirección en las materias siguientes: la asistencia técnica y la autorización a los centros y servicios; la protección de la persona o los bienes de los incapacitados, siempre que estén sometidos a cargos de tutela de la Generalitat; y la gestión de conciertos, subvenciones y otro tipo de prestaciones económicas en materia de su competencia. Así, por efectos territoriales, la Conselleria tiene su estructuración de direcciones territoriales de bienestar social en cada una de las capitales de las provincias que componen la Comunidad Valenciana.

En otro ámbito, la Generalitat Valenciana tiene una comisión interdepartamental cuyo objetivo es la integración de las personas con discapacidad, regentada por el presidente de la Generalitat e integrada por un total de trece vocales, entre los que se encuentran el vicepresidente del Consell y siete titulares de Consellerias; en la misma línea se encuentra el Instituto Valenciano de Atención

Con el fin, dentro del respeto a la normativa vigente en la materia, se promoverá el establecimiento de los convenios de colaboración y la celebración de conciertos regulados en los artículos 50 y siguientes de la presente ley, que se estimen convenientes para el cumplimiento adecuado de objetivos previstos legalmente. f) Coordinar las actuaciones de las distintas Administraciones Públicas, sin perjuicio del respeto a su ámbito específico de competencias, y de la iniciativa social sin ánimo de lucro y privada, a fin de racionalizar y optimizar el uso de los recursos disponibles”.

a los Discapacitados, adscrito a la Conselleria de Bienestar Social, una entidad de derecho público cuyo objetivo es la protección, tutela e inserción sociolaboral de los discapacitados psíquicos y otro tipo de discapacidades, con el encargo de la prestación de los servicios sociales.

Por otro lado, cabe mencionar la figura del defensor del discapacitado, órgano comisionado por el Gobierno valenciano para defender los derechos de los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, y especialmente para la promoción y plena integración en la sociedad de la persona con discapacidad. El defensor del discapacitado es nombrado por el titular de la Conselleria competente; su función es recibir y tramitar las quejas, con información de los órganos administrativos, analizando la situación de las administraciones públicas y también de la iniciativa privada, con la puesta en conocimiento de las autoridades competentes sobre las irregularidades y elevando las propuestas o recomendaciones al Gobierno valenciano.

El Consejo Valenciano de Bienestar Social

El Consejo Valenciano de Bienestar Social tiene las funciones de órgano de participación en materia de los servicios sociales. Asimismo, tiene las facultades de ejercer el asesoramiento al Gobierno valenciano en materia de servicios sociales; conocer, valorar e informar de los proyectos legislativos y la planificación sectorial; promover el asociacionismo; fomentar actividades de promoción y desarrollo social; fomentar la participación de los diversos sectores sociales con las restantes administraciones públicas, creando consejos de bienestar social en un ámbito local, comarcal o provincial. Por tanto, el Consejo de Bienestar Social está adscrito a la Conselleria de Bienestar Social y obtiene los recursos económicos que le sean designados en los presupuestos de la Generalitat valenciana.

El Consejo Interterritorial de Servicios Sociales, Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia de la Comunidad Valenciana

En los antecedentes se puede asociar su regulación en el sistema de servicios al aspecto territorial de la Comunidad Valenciana mediante la realización de asignaciones de las competencias requeridas para su desarrollo normativo. Al mismo tiempo, su función es la de coordinar las políticas con las distintas administraciones

públicas de la Comunidad Valenciana en materia de servicios sociales, además de la creación y regulación del Consejo Interterritorial de Servicios Sociales. En sí, es un órgano que coordina, coopera e informa entre la Generalitat y las distintas entidades locales de la Comunidad, con el fundamento de crear cohesión del sistema de promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia.

Por tanto, entre las funciones que también ostenta el Pleno del Consejo Interterritorial de Servicios Sociales se encuentra la de conocer la situación de las prestaciones, asesoramiento en planificación y coordinación de las actuaciones, siempre en materia de servicios sociales, elevando estas propuestas y asesorando a la Conselleria de Bienestar Social y al Consejo Valenciano de Bienestar Social, también aprobando los reglamentos del funcionamiento del propio consejo.

La legislación de la dependencia en la Comunidad Valenciana

El Decreto 171 de 2007 del Consell³¹⁰, por el que establece el procedimiento para reconocer a las prestaciones del sistema valenciano para las personas dependientes, demuestra su relación con la Ley 39 de 2006³¹¹, por cuanto participa con todas las administraciones públicas. En sí, el Decreto 171 de 2007³¹² tiene las funciones de regulación, composición y valoración de las personas dependientes, el procedimiento de valoración y reconocimiento de situación de dependencia y el derecho de los servicios y prestaciones que ofrece el sistema valenciano de atención a la dependencia.

Competencia, función y composición de los órganos en la Comunidad Valenciana

Tienen la competencia para resolver las solicitudes de reconocimiento y, por consiguiente, las prestaciones que ofrece el Sistema Valenciano de Atención a la Dependencia a la Secretaría Autonómica de Bienestar Social. Por tanto, en la misma Conselleria de Bienestar Social se crea la Comisión de Valoración, constituido como órgano colegiado, dependiente de la Secretaría Autonómica de

310 Conselleria de Bienestar Social, Decreto 171 de 2007, de 28 de septiembre, del Consell, por el que se establece el procedimiento para reconocer el derecho a las prestaciones del sistema valenciano para las personas en situación de dependencia, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 65.

311 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.*

312 Decreto 171 de 2007, *op. cit.*

Bienestar Social y cuya función es emitir dictámenes técnicos de valoración de dependencia.

De acuerdo con lo anterior, entre las funciones que ostenta está la emisión de dictámenes técnicos sobre dependencia, con especificación de los cuidados requeridos del dependiente, que es una valoración para la presentación, ante el órgano administrativo competente, del reconocimiento de la situación de dependencia. Otra función que tiene la Comisión de Valoración es el ejercicio de la asistencia técnica y el asesoramiento, cuando sea requerido, en cuanto a los procedimientos contenciosos administrativos, siempre que sea órgano gestor; su composición está formada por un técnico de la Dirección General de Acción Social, un técnico de la Dirección General para las Personas con discapacidad y tres técnicos de la Secretaría Autonómica de Bienestar Social, pudiéndose incorporar en ciertos casos personal técnico de la Conselleria de Bienestar Social con varias titulaciones tanto en el área social como sanitaria, siempre coordinadas por la Secretaría Autonómica de Bienestar Social, y existiendo una “libre designación” para las personas en el órgano competente y las resoluciones de reconocimiento de la situación de dependencia.

De esta forma, todos los dictámenes emitidos por la comisión tienen que contener el diagnóstico, la situación, el grado y los cuidados de la persona dependiente; cabe mencionar el artículo 30³¹³ de la Ley 39 de 2006, y también se observará en otras normas, respecto a la diferencia que contempla la legislación autónoma, pues se puede elevar a definitiva o temporal la calificación de dependencia. Así, el inicio del procedimiento de revisión podrá llevarlo a cabo el propio interesado, su representante legal o el guardador de hecho y el titular de la Secretaría Autonómica de Bienestar Social; este último dictará y notificará la resolución expresa en el procedimiento que se ha iniciado para la revisión del reconocimiento de la situación de dependencia.

.....
313 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.* Artículo 30: “El grado o nivel de dependencia será revisable, a instancia del interesado o de sus representantes o de oficio por la Administración Pública competente”.

El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones del sistema en la Comunidad Valenciana

El reconocimiento de dependencia se iniciará por medio del interesado, siempre que no sea discapacitado civil, pues en este caso será por medio de su representante legal. Por otro lado, es importante tener en cuenta las condiciones que exige: la acreditación de cinco años de permanencia en territorio español y dos en la Comunidad Autónoma Valenciana; por tanto, no se obtendría la viabilidad necesaria si hubiera vivido en otra comunidad. Uno de los requisitos más importante es el papel que ejercen los ayuntamientos de la Comunidad Valenciana en su servicio municipal de atención a la dependencia, siempre que se haya suscrito el oportuno convenio en el registro municipal o en las direcciones territoriales³¹⁴.

El área de coordinación de la Secretaría Autonómica de Bienestar Social tiene la competencia para instruir el procedimiento, que se realizará de oficio siempre que sea procedente para la resolución. De esta forma, el Decreto 171 de 2007³¹⁵ crea la figura del perito, cuando dice en su artículo 9.1, párrafo tercero, que “podrá solicitar informe de otros profesionales cuando considere necesario”. Queda claro que el mismo órgano podrá elaborar un informe sobre la persona dependiente, por medio de otros profesionales no adscritos a la Conselleria de Bienestar Social. Asimismo, el Decreto 171 de 2007 entra en valoraciones de carácter procedimental más elaboradas que la Ley 39 de 2006³¹⁶.

Una vez realizados todos los procedimientos, la Comisión de Valoración podrá recabar cuantas informaciones necesite para la formulación de sus dictámenes, solicitando tanto la valoración de los propios profesionales como anteriormente había citado por medio de peritos ajenos a la Conselleria. El área de coordinación lo elevará al órgano competente para la resolución de la dependencia, con la existencia del principio de confidencialidad.

De esta forma, respecto a la resolución, el titular de la Secretaría Autonómica de Bienestar Social de la Conselleria de Bienestar Social dictará la resolución,

314 Conselleria de Bienestar Social, Decreto 171 de 2007, *op. cit.*, artículo 8: “Las personas solicitantes por homologación, que tuvieran reconocida previamente la pensión de gran invalidez, deberán presentar copia compulsada de la resolución de reconocimiento de la misma”.

315 *Ibid.*

316 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.*

que es procedente para el reconocimiento de la situación de dependencia con sus respectivos derechos, así como los servicios y prestaciones reconocidos. Ello aplicará en la resolución de agravación o mejoría, así como en todas las normativas vistas y que se producirán a partir del día siguiente a la fecha de presentación de solicitud de revisión el registro correspondiente.

En el programa individual de atención, el Decreto 171 de 2007³¹⁷ señala la importancia del concurso de los servicios municipales, los cuales establecerán un servicio del programa de atención a la dependencia; por tanto, la norma establece una novedad en el procedimiento de urgencia siempre que esté justificado por la comisión de valoración, siendo valorada de forma prioritaria, con la respectiva regularización administrativa. De todas formas, la ley de la Comunidad Valenciana es criticable en la medida en que exige requisitos como los cinco años de permanencia en territorio español y dos en la Comunidad Autónoma Valenciana, por lo que el legislador tanto estatal como de la Comunidad Valenciana deberían modificar las normas, pues queda el dependiente en un claro desamparo normativo.

La ley de dependencia en las entidades locales valencianas

Se puede considerar como entidades locales siempre que la población sea superior a veinte mil habitantes. De esta forma, es posible resaltar que en las entidades locales comprendidas en el territorio de la Comunidad Valenciana se administrarán con autonomía los asuntos propios de acuerdo con la Constitución Española. Se da a entender que las entidades locales tienen plena eficacia para el trámite y el registro de los expedientes de las personas dependientes; se puede decir también que la presentación de la solicitud de dependencia es de carácter preferente en el registro oficial del Ayuntamiento de la Comunidad Valenciana³¹⁸.

Respecto al procedimiento de revisión, están también legitimados para instar la revisión los servicios municipales de atención a la dependencia donde se efectúe el servicio o donde esté empadronado el beneficiario. Con todo esto, se demuestra la independencia de las entidades locales en la Comunidad Valenciana. Por otro lado, se debe resaltar la importancia de los centros y servicios públicos de

317 Conselleria de Bienestar Social, Decreto 171 de 2007, *op. cit.*

318 Conselleria de Bienestar Social, Decreto 171 de 2007, *op. cit.*, artículo 8: "Las personas solicitantes por homologación, que tuvieran reconocida previamente la pensión de gran invalidez, deberán presentar copia compulsada de la resolución de reconocimiento de la misma".

titularidad de las entidades locales de la Comunidad Valenciana y sus organismos, a efectos de la integración de la red de centros tanto a servicios públicos como concertados en el sistema de atención a los dependientes en la Comunidad Valenciana.

La regulación de la dependencia en las demás Comunidades Autónomas

En cuanto a la proyección de la Ley de 39 de 2006³¹⁹, se puede observar que existen elementos comunes y diferentes en las respectivas Comunidades Autónomas.

Los elementos diferenciadores en las regulaciones autónomas

En el Principado de Asturias se puede destacar la Ley 1 de 2003, de servicios sociales³²⁰, la cual distingue la inserción social de las personas con discapacidad; se proyectará entonces hacia el cuidado y el fomento de la inserción social de las personas con necesidades especiales, lo cual consiste en el conjunto de medidas y ayudas técnicas dirigidas a prestar los cuidados necesarios, a desarrollar sus competencias, fomentar su autonomía y favorecer la integración social y la participación. En esta norma se incluyen programas de atención temprana dirigidos a recién nacidos y niños para favorecer su evolución y desarrollo; siguiendo en la misma línea, la Comunidad de Extremadura se centra en la ayuda a domicilio, tiene una atención de carácter rehabilitadora para las personas que necesiten por no poder realizar sus actividades habituales.

Las prestaciones para una mejor calidad de vida

En cuanto a los elementos comunes, se puede decir primero que en la Comunidad de Andalucía se destaca la Ley 2 de 1988, de servicios sociales, en cuyo artículo 4 señala: “Los servicios sociales comprenden aquellos recursos, actividades y prestaciones organizadas para la promoción del desarrollo de los individuos y grupos sociales y para la obtención de un mayor bienestar social y una mejor calidad de vida”³²¹. En la comunidad de Castilla y León se puede señalar la Ley 5 de

.....
319 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.*

320 Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, Ley 1 de 2003, del 24 de febrero, de Servicios Sociales, *Boletín Oficial del estado (BOE)* 86.

321 Comunidad Autónoma de Andalucía, Ley 2 de 1988, de Servicios Sociales, *Boletín Oficial del estado (BOE)* 29.

•Igualdades y desigualdades en las Comunidades Autónomas de España...•

2003, de atención y protección a las personas mayores³²², que atribuye a la Ley de Servicios Sociales la función de mejorar su calidad de vida, la de sus familias y la de otras personas de su ámbito socioafectivo. También se encuentra la Comunidad de Galicia, en su Ley 4 de 1993, de servicios sociales³²³.

De esta forma, se definen los servicios sociales como un sistema integrado de protección social orientado a la prestación programada de atenciones y servicios que posibiliten la mejora de la calidad de vida y la participación de las personas o grupos, especialmente de aquellos que sufren algún tipo de carencia.

Las prestaciones económicas

Respecto a la comunidad de Cataluña, la Ley 13 de 2006, de prestaciones sociales de carácter económico³²⁴, se centra en el derecho a las prestaciones y en su artículo 23 regula la prestación para atender las necesidades básicas de las personas, siempre que no sean perceptoras de otra modalidad; en la misma línea cabe mencionar la Comunidad de Illes Balears, la cual está articulada su legislación mediante prestaciones técnicas y económicas³²⁵.

La prestación como residencia

La Comunidad de Castilla, en su Ley 3 de 1986³²⁶, de servicios sociales, se limita a otorgar prestaciones asistenciales mediante la puesta en marcha a disposición de residencias permanentes, como equipamientos sustitutivos del hogar, que deberán acoger preferentemente ancianos con grandes limitaciones para las actividades de la vida diaria, en las que se desarrollarán actividades recuperadoras y se propiciará el contacto con el medio familiar y social. Sin embargo, la Comunidad

.....
322 Comunidad de Castilla y León, Ley 5 de 2003, del 3 de abril, de atención y protección a las personas mayores de Castilla y León, *Boletín Oficial del estado (BOE)* 108.

323 Comunidad Autónoma de Galicia, Ley 4 de 1993, del 14 de abril, de servicios sociales, *Boletín Oficial del estado (BOE)* 112.

324 Comunidad Autónoma de Cataluña, Ley 13 de 2006, del 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico, *Boletín Oficial del estado (BOE)* 201.

325 Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, Ley 9 de 1987, del 11 de febrero, de acción social, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 114.

326 Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, Ley 3 de 1986, del 16 de abril, de servicios sociales, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 174.

de Galicia no contemplaba prestaciones específicas de dependencia en la Ley 4 de 1993, de servicios sociales³²⁷. Respecto a la Comunidad de Madrid, se puede decir que sí hay un elemento diferenciador poco común en su Ley 11 de 2003, de servicios sociales, tal como quedó expresado en su artículo 2.1:

1. Los servicios sociales tendrán por finalidad la promoción del bienestar de las personas, la prevención de situaciones de riesgo y la compensación de déficits de apoyo social, centrandó su interés en los factores de vulnerabilidad o dependencia que, por causas naturales o sobrevenidas, se puedan producir en cada etapa de la vida y traducirse en problemas personales³²⁸.

En el País Vasco, la Ley 5 de 1996³²⁹ es una ley muy formal que reconoce las prestaciones de servicios o programas de convivencia mediante actuaciones de ayuda en el propio domicilio de la persona interesada; también mediante alojamientos alternativos, aunque no se entendía si los alojamientos alternativos eran residencias, casa propia o ajena.

Las prestaciones de apoyo doméstico-social

En la Comunidad Canaria, siguiendo su Ley 9 de 1987³³⁰, cabe destacar una figura: la prestación de atenciones de carácter doméstico-social de apoyo psicológico, que las demás Comunidades Autónomas no contemplan. La Comunidad de Murcia está en la misma línea de actuación sobre la atención de apoyo psicológico y doméstico que las dos anteriores Comunidades Autónomas citadas, en su Ley 3 de 2003³³¹. Prosiguiendo en la misma línea, se puede observar la Comunidad de Extremadura, pues en su prestación básica de los servicios sociales tiene la finalidad de llevar a cabo diversas atenciones de carácter doméstico,

.....
327 Ley 4 de 1993, *op. cit.*

328 Comunidad de Madrid, Ley 11 de 2003, del 27 de marzo, de servicios sociales de la comunidad de Madrid, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 157.

329 Comunidad Autónoma del País Vasco, Ley 5 de 1996, del 18 de octubre, de servicios, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 17.

330 Comunidad Autónoma de Canarias, Ley 9 de 1987, del 28 de abril, de servicios sociales, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 126.

331 Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, Ley 3 de 2003, del 10 de abril, del sistema de servicios sociales de la región de Murcia, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 35.

social y psicológico para las personas que no puedan realizar las actividades básicas de la vida diaria.

Las prestaciones a las personas con carencias o desfavorecidos

En la Comunidad de Cantabria se debe destacar que la Ley 5 de 1992³³² se orientaba hacia las prestaciones complementarias de los servicios sociales, protegiendo a colectivos especialmente desfavorecidos, a las personas que estaban en situación de exclusión social. Por otro lado, también cabe destacar los elementos comunes de la Comunidad de Galicia que se recogen en la Ley 4 de 1993³³³, que manifiesta ser un sistema de protección social orientado a la participación de las personas o grupos, especialmente de aquellos que sufren algún tipo de carencia, marginación o desatención selectiva, lo que implica la asistencia social. La Comunidad de La Rioja, en su Ley 1 de 2002, artículo 34³³⁴, expresa que “los servicios sociales tienen la finalidad de contribuir al bienestar social mediante la prevención, eliminación o tratamiento, en su caso, de las causas que impidan o dificulten el pleno desarrollo de las personas o grupos que la integran”; por lo que esta ley generaliza a grupos, pero no los especifica.

Las prestaciones donde está explícita la persona dependiente

En la Comunidad del Principado de Asturias se puede destacar la Ley 1 de 2003³³⁵, pues alude genéricamente a la situación y futura prestación de dependencia para el cuidado de las personas. En este sentido, cabe mencionar que en las otras Comunidades autónomas no se comenta en su legislación sobre las prestaciones futuras de la persona con dependencia; la Ley de Dependencia tampoco alude a las futuras prestaciones del cuidado del dependiente, sino a los grados, ya

.....
 332 Comunidad Autónoma de Cantabria, Ley 5 de 1992, del 27 de mayo, de acción social, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 181.

333 Comunidad Autónoma de Ley 4 de 1993, *op. cit.*

334 Comunidad Autónoma de La Rioja, Ley 1 de 2002, de 1 de marzo, de servicios sociales, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 79.

335 Ley 1 de 2003, *op. cit.*, artículo 27: “Las prestaciones en materia de apoyo a las personas dependientes consistirán en el conjunto de actuaciones, recursos y medidas que tengan por fin dar una respuesta adecuada a sus necesidades y los correspondientes apoyos a sus familias cuidadoras”.

que el órgano calificador es el que valorará al dependiente y será el que vincula la prestación a la persona dependiente.

Los centros de las Comunidades Autónomas

Cabe destacar que la Comunidad Autónoma de Cataluña tiene un elemento diferenciador en cuanto a la modalidad prestacional en centros; en su Ley 22 de 2000, artículo 1, expresa: “El pacto de acogida consiste en la vinculación de una persona o una pareja casada o de manera estable o monoparental”³³⁶.

Otras diferencias en las comunidades autónomas

En la Comunidad de Cantabria se debe destacar que la Ley 6 de 2001³³⁷ daba cierto interés al sistema de atención a las personas dependientes en cuanto a las prestaciones, con una actuación más solidaria. Por otra parte, en la Comunidad de Navarra su Ley Foral³³⁸ incluye una cartera de prestaciones de servicios sociales, reconociendo la universalidad, pero no con una clara expresión. Finalmente, respecto a las ciudades de Ceuta y Melilla, en cuanto al elemento asistencial, están más unidas a la legislación estatal.

Los elementos comunes en las Comunidades Autónomas

La competencia de las Comunidades Autónomas en la dependencia

Por medio del artículo 148.1.20³³⁹, la legislación española permite a las Comunidades Autónomas asumir competencias en materia de asistencia social; por tanto, la legislación de estas regula la atención a la dependencia a través de

336 Comunidad Autónoma de Cataluña, Ley 22 de 2000, del 29 de diciembre, de acogida de personas mayores, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 29.

337 Comunidad Autónoma de Galicia, Ley 6 de 2001, del 20 de noviembre de protección social, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 230.

338 Comunidad Foral de Navarra, Ley Foral 15 de 2006, del 14 de diciembre, de servicios sociales, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 1.

339 Constitución Española, *op. cit.*, artículo 148.1.20: “Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencia en las materias siguientes: [...] 20ª Asistencia social”.

actuaciones de ámbito local, dirigidas a la cobertura de la asistencia de otra persona mediante ayudas y subvenciones.

La asistencia social necesaria en las Comunidades Autónomas

Los servicios sociales se dividen en servicios de atención primaria o generales y servicios especializados. Así, los servicios de atención primaria o generales son los más cercanos a los usuarios; su función es la prevención y detección de las necesidades de las personas con discapacidad, además de la prestación de los servicios, su composición es interdisciplinaria y polivalente. Por otro lado, en los servicios sociales de atención especializada su actuación es el área de la dependencia, por cuanto procuran la atención a los dependientes y discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales.

La Administración Autonómica

A la administración autónoma le corresponde la planificación y programación mediante la elaboración de planes de equipamiento y servicios sociales, por lo que ejerce las facultades de inspección sobre entidades, centros y servicios a través de la consejería competente en materia de bienestar social.

El órgano calificador en la Comunidad Autónoma

A los efectos del reconocimiento de la situación de dependencia, la Ley 39 de 2006³⁴⁰ regula un procedimiento estructurado en dos fases. La primera corresponde al órgano de valoración de la situación de dependencia que se haya determinado en cada comunidad autónoma. Este órgano debe emitir un dictamen pronunciándose sobre el grado de dependencia, con especificación de los cuidados que deban requerir. La segunda fase se regula en la ley: “El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia se efectuará mediante resolución expedida por la Administración Autonómica correspondiente a la residencia del solicitante y tendrá validez en todo el territorio del Estado”³⁴¹. Así, en esta segunda fase, con resolución favorable al reconocimiento de la situación

.....
340 Jefatura del Estado, Ley 39 de 2006, *op. cit.*

341 *Ibid.*

de dependencia, se puede determinar la existencia en términos de concepto y de derecho a la protección; además, conviene mencionar que todas las Comunidades Autónomas están regidas por centros tanto públicos o privados para las personas con discapacidad; lo anterior como un elemento prestacional o asistencial.

CONCLUSIONES

En el contexto de la problemática jurídica que ha dirigido este estudio sobre la dependencia, no se trata de recopilar ahora las conclusiones que en cada parte se han configurado. En este sentido se concretarán algunas cuestiones que no fueron explícitamente mostradas.

La edad y género del paciente son factores de riesgo importantes para el desarrollo de la dependencia. De esta forma, el patrón de enfermedades crónicas que se asocian a diversas limitaciones funcionales, por diversos niveles de grado de dependencia, está relacionado con la persona dependiente o discapacitada; este último concepto ha sido estudiado en las normas internacionales y empleado en países extracomunitarios como Colombia. Así, los conceptos de *dependencia* y *discapacidad*, cuando están en contrariedad de la norma, no pueden resolverse sino con la desaparición de este último en la Ley de Dependencia.

Como se mostró, la falta de voluntad del legislador no unificó en un solo concepto la dependencia mediante la interpretación sistemática de la Ley de Dependencia, sino que empleó el grado de discapacidad. Sobre la capacidad de las personas cuidadoras de la persona dependiente cabe mencionar las demandas de cuidado y las variables del contexto social en España, que no parecen estar relacionados con la sobrecarga que sufren los cuidadores en su salud mental y su calidad de vida. En este sentido, la imposición de la valoración subjetiva del cuidador no está por encima de las valoraciones objetivas de las necesidades que puede demandar la persona dependiente.

Al mismo tiempo, la función familiar guarda una gran relevancia en la entrevista de los cuidadores, lo cual está asociado a la sobrecarga de los cuidadores, su salud mental y su calidad de vida. Sin embargo, cabe señalar que en la actualidad en España prevalece en cierto modo la familia monoparental, que no se puede hacer cargo de las personas dependientes, por lo que estas son ingresadas a centros especializados tanto públicos como concertados, pertenecientes a las Comunidades Autónomas donde viven. También conviene mencionar las desigualdades de financiación que afectan a las Comunidades Autónomas y que indirectamente desfavorecen a las familias y los cuidadores de las personas dependientes, por lo que el Estado debería financiar adecuadamente a las Comunidades Autónomas.

BIBLIOGRAFÍA

- Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. *Código Civil español de 2006*. Madrid: BOE, 2006.
- Aguado Díaz, Antonio León. *Historia de las deficiencias*. Madrid: Escuela Libre y Fundación Once, 1995. <http://sid.usal.es/idocs/F8/8.1-5051/librohistoriadelasdeficiencias.pdf>.
- Álvarez de la Rosa, Manuel. *Invalidez permanente y seguridad social*. Madrid: Civitas, 1982.
- Arcos Viera, María Luisa. *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información*. Pamplona: Aranzadi, 2007.
- Ariño Villarroya, Antonio. “Documento marco”. En AA. VV., *Plan Estratégico del Voluntariado de la Comunidad Valenciana y Plan de acción del Voluntariado, 2005-2008*. Valencia: Comunidad Valenciana, 2007.
- Ballester Laguna, Fernando. *La excedencia por ejercicio de cargo sindical*. Granada: Comares, 2003.
- Barcelón Cobedo, Susana. “Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de Protección Social”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* 60 (2006): 13-34. <http://sid.usal.es/articulos/discapacidad/9546/8-2-6/las-situaciones-de-dependencia-personal-como-nueva-contingencia-protegida-por-el-sistema-de-proteccion-social.aspx>.
- Baviera Puig, Inmaculada. *La protección de la dependencia: un estudio global*. Pamplona: Thomson Aranzadi, 2007.
- Bayón Chacón, Gaspar. “Contratos especiales de trabajo”. En AA. VV., *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*. Madrid: Universidad Complutense, 1965.
- Benlloch Sanz, Pablo. *La actividad en régimen de voluntariado*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2007.

- Cáceres Rodríguez, Celsa. “Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS”. *Revista Electrónica sobre Audiología* 2 (2004): 74-77. <http://www.auditio.com/docs/File/vol2/3/020304.pdf>.
- Calvo Ortega, Rafael. “Delimitación de conceptos y análisis de los principales ordenamientos”. En AA. VV., *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*. Pamplona: Aranzadi, 2007.
- Cobo Gálvez, Pablo, y Antonio Martínez Maroto. “La atención a las personas en situación de dependencia”. En AA. VV., *Los derechos de las personas con discapacidad*, vol. I. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007.
- Comisión de las Comunidades Europeas 2001, 143 final. <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2001/ES/1-2001-143-ES-F1-1.Pdf>
- Comité de Ministros a los Estados Miembros. Recomendación (98) 9, del 18 de septiembre de 1998. <http://sid.usal.es/idocs/F3/LYN10476/3-10476.pdf>.
- Comunidad Autónoma de Andalucía. Ley 2 de 1988, de Servicios Sociales. *Boletín Oficial del estado (BOE)* 29.
- Comunidad Autónoma de Canarias. Ley 9 de 1987, del 28 de abril, de servicios sociales. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 126.
- Comunidad Autónoma de Cantabria. Ley 5 de 1992, del 27 de mayo, de acción social. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 181.
- Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Ley 3 de 1986, del 16 de abril, de servicios sociales. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 174.
- Comunidad Autónoma de Cataluña. Ley 13 de 2006, del 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 201.
- Comunidad Autónoma de Cataluña. Ley 22 de 2000, del 29 de diciembre, de acogida de personas mayores. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 29.
- Comunidad Autónoma de Galicia. Ley 4 de 1993, del 14 de abril, de servicios sociales. *Boletín Oficial del estado (BOE)* 112.
- Comunidad Autónoma de Galicia. Ley 6 de 2001, del 20 de noviembre de protección social. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 230.
- Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Ley 3 de 2003, del 10 de abril, del sistema de servicios sociales de la región de Murcia. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 35.
- Comunidad Autónoma de La Rioja. Ley 1 de 2002, de 1 de marzo, de servicios sociales. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 79.
- Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Ley 9 de 1987, del 11 de febrero, de acción social. *Boletín Oficial del estado (BOE)* 114.
- Comunidad Autónoma del País Vasco. Ley 5 de 1996, del 18 de octubre, de servicios. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 17.

•Bibliografía•

- Comunidad Autónoma del Principado de Asturias. Ley 1 de 2003, del 24 de febrero, de Servicios Sociales. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 86.
- Comunidad de Castilla y León. Ley 5 de 2003, del 3 de abril, de atención y protección a las personas mayores de Castilla y León. *Boletín Oficial del estado (BOE)* 108.
- Comunidad de Madrid. Ley 11 de 2003, del 27 de marzo, de servicios sociales de la comunidad de Madrid. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 157.
- Comunidad Foral de Navarra. Ley Foral 15 de 2006, del 14 de diciembre, de servicios sociales. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 1.
- Comunidad Valenciana. Ley 57 de 1997, del 25 de junio, por la que se regula el Sistema de Servicios Sociales en el ámbito de la Comunidad Valenciana. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 192.
- Comunidad Valenciana. Ley 4 de 2001, del Voluntariado de la Comunidad Valenciana. *Diari Oficial de la Generalitat Valenciana (DOGV)* 4.138.
- Comunidad Valenciana. Ley 11 de 2003, del 10 de abril, en la que se aprueba el Estatuto de Personas con Discapacidad Presidencia de la Generalitat. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 122.
- Concejo de Medellín. Concepto Jurídico sobre el Proyecto de Acuerdo 316 de 2015. <http://www.personeriamedellin.gov.co/index.php/informacion-al-ciudadano/documentos/conceptos-juridicos/category/9-conceptos-juridicos-2015?start=20>
- Confederación Suiza. Constitución Federal para la Confederación Suiza. constitucionweb.blogspot.com/2012/02/constitucion-federal-para-la.html
- Congreso de la República de Colombia. *Constitución Política*, 1991. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.
- Consejo Parlamentario, Ley Fundamental para la República Federal Alemana. <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.
- Conselleria de Bienestar Social. Decreto 171 de 2007, de 28 de septiembre, del Consell, por el que se establece el procedimiento para reconocer el derecho a las prestaciones del sistema valenciano para las personas en situación de dependencia. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 65.
- Constitución Francesa de 1958. https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/lng/constitution-espagnol_juillet2008.pdf.
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, del 13 de diciembre de 2006. www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf.
- Cordier, Alain, y Annie Fouquet. *La famille, espace de solidarité entre générations*, 2006. <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/064000404/index.shtml>
- De Asís, Rafael, Francisco Bariffi y Agustina Palacios. “Principios éticos y fundamentos Jurídicos”. En AA. VV., *Tratado sobre discapacidad*. Pamplona: Aranzadi, 2007.
- De Coulanges, Fustel. *La ciudad antigua. La autoridad en la familia*. Madrid: Edaf, 1982.

- De Lorenzo, Rafael y Agustina Palacios. "Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional". En AA. VV., *Los Derechos de las personas con discapacidad*, vol. I. Madrid: Lerko Print, 2007.
- Diniz, Debora. "Deficiência, direitos humanos e justiça". *Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos* 6, n.º 1 (2009). http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1806-64452009000200004&lng=pt&nrm=iso&tlng=es.
- Esping-Andersen, Jorgen, y Kund Gösta. *Los tres mundos del Estado de Bienestar*. Valencia: Alfons el Magnànim, 1993.
- Fernández González, Víctor. "Aplicando el derecho supletorio respecto a las relaciones laborales especiales". En AA. VV., *Lecciones de derecho del trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso Calvo*. Madrid: Universidad Complutense, 1980.
- Ganzenmüller Roig, Carlos. *Discapacidad y derecho. Tratamiento jurídico*. Barcelona: Bosch, 2005.
- García Calvete, Yolanda. "Delimitaciones de conceptos y análisis de los principales ordenamientos". En AA. VV., *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*. Navarra: Aranzadi, 2007.
- García Viña, Jordi. "La evolución jurisprudencial de la gran invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social (1990-2000)". *Revista Española del Derecho del Trabajo* 106 (2001): 621-622.
- Glendinning, Caroline. *Support for carers of older people, Some intranational and internacional comparisons*, 1.ª ed. Londres: Universidad de Manchester, 2004. <https://www.york.ac.uk/inst/spru/pubs/pdf/support.pdf>.
- Gobierno de España y Confederación Española de Organizaciones Empresariales. *Declaración para el Diálogo Social: "Competitividad, empleo estable y cohesión social"*, del 8 de julio de 2004. <https://personal.us.es/jesusacruz/declaraciondsocial.pdf>.
- González Ortega, Santiago. "La protección social de las situaciones de dependencia". En AA. VV., *Protección social de las personas dependientes*. Madrid: La Ley, 2004.
- Gorelli Hernández, Juan. *Las excedencias en derecho del trabajo*. Granada: Comares, 1999.
- Heras Hernández, María del Mar. *La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados*. Madrid: La Ley, 2006.
- Jefatura del Estado, Decreto 29 de septiembre de 1943, aumentando las prestaciones en el seguro obligatorio de accidentes de trabajo. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 300.
- Jefatura del Estado. Decreto 907 de 1966, de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, del 28 de diciembre, sobre bases de la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 96.
- Jefatura del Estado. Ley 13 de 1982, del 13 de abril, de integración social de minusválidos. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 103.

•Bibliografía•

- Jefatura del Estado. Ley 24 de 1972, del 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado (BOE) 149.*
- Jefatura del Estado. Ley 24 de 1997, del 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado (BOE) 169.*
- Jefatura del Estado. Ley 35 de 2006, del 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas y de modificación parcial de las leyes de los impuestos sobre sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio. *Boletín Oficial del Estado (BOE) 285.*
- Jefatura del Estado. Ley 39 de 2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia Jefatura del Estado, *Boletín Oficial del Estado (BOE) 299.*
- Jefatura del Estado. Ley 41 de 2002, del 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. *Boletín Oficial del Estado (BOE) 274.*
- Jefatura del Estado. Ley 43 de 2006, del 29 de diciembre, sobre mejora del crecimiento y del empleo. *Boletín Oficial del Estado (BOE) 312.*
- Jefatura del Estado. Ley 51 de 2003, del 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. *Boletín Oficial del Estado (BOE) 289.*
- Jefatura del Estado. Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1 de 1995, del 24 de marzo. *Boletín Oficial del Estado (BOE) 75.*
- Jefatura del Estado. Ley del Voluntariado, *Boletín Oficial del Estado (BOE) 247.*
- Jefatura del Estado. Ley Orgánica 1 de 1996, del 15 de enero, de protección del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado (BOE) 15.*
- Jefatura del Estado. Ley Orgánica 4 de 2007, del 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6 de 2001, del 21 de diciembre, de Universidades. *Boletín Oficial del Estado (BOE) 89.*
- Jefatura del Estado. Ley Orgánica 5 de 1982, del 1 de julio, de Estatuto de Autonomía Valenciana. *Boletín Oficial del Estado (BOE) 164.*
- Jefatura del Estado. Real Decreto 1451 de 1983, del 11 mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos. *Boletín Oficial del Estado (BOE) 133.*
- Jefatura del Estado. Real Decreto 290 de 2004, del 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad. *Boletín Oficial del Estado (BOE) 45.*

- Jefatura del Estado. Real Decreto-Ley 20 de 2012, del 13 de julio, Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 168.
- Kessler, Francis. El cuidado de las personas dependientes en Francia: la reforma permanente sin solución”. En *Protección social de las personas dependientes*, coord. por María Quintero Lima y Santiago González Ortega. Madrid: Wolters Kluwer, 2004.
- Leichsenring, Kai. *Providing integrated health and social care for older persons - A European overview*. Viena: European Centre for Social Welfare Policy and Research, 2003.
- Marrades Puig, Ana. “La ley general de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social: diversidad, dignidad e igualdad de oportunidades”. *Revista Española de la Función Consultiva* 24 (2015): 261-272. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5707870>.
- Martin, Philippe. *La dependance: 'emergence et construction juridique d'un risque social en Europe*. París: Caisse Nationale de Solidarité pour l'autonomie, 2011).
- Martínez-Sigluna Sepúlveda, Luis. “La organización administrativa de los servicios para la discapacidad en las Comunidades Autónomas y otras administraciones”. En AA. VV. *Tratado sobre discapacidad*. Navarra: Aranzadi, 2007.
- Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Real Decreto Legislativo 8 de 2015, del 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 261.
- Ministerio de Empleo y Seguridad Social. V Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 79.
- Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Ley General de la Seguridad Social de 2015, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 261.
- Ministerio de Finlandia. Constitución de Finlandia de 1999. www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/es19990731.pdf.
- Ministerio de Hacienda. Real Decreto Legislativo 2 de 2004, del 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la ley reguladora de las haciendas locales. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 59.
- Ministerio de Presidencia. Real Decreto 1417 de 2006, del 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 297.
- Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. Resolución 5929 de 2016, por la cual se modifica la Resolución 4244 de 2015. *Diario Oficial* 50.075. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-5929-de-2016.pdf>.
- Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Real Decreto 174 de 2011, que aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido en la Ley 39/2006, del 14 de

•Bibliografía•

- diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 42.
- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Real Decreto Legislativo 1 de 2013, del 29 de noviembre. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 289.
- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Real Decreto 1051 de 2013, del 27 de diciembre, por el cual se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39 de 2006. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 313.
- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Real Decreto 1364 de 2002, del 27 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para la el Reconocimiento, Declaración y Calificación de Grado de Minusvalía. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 245.
- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Secretaría de Estado de Servicios Sociales Familias y Discapacidad. *Atención a las personas en situación de dependencia*, 1.^a ed. Madrid: Autor, 2005.
- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Orden 12 de junio de 2001, sobre la creación, composición y funciones de la Comisión Estatal de Coordinación y Seguimiento de la Valoración de Grado de Minusvalía. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 152.
- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Orden Tas/2455/2007, del 7 de agosto, que dicta normas para la aplicación y desarrollo, en el año 2007, de los Reales Decretos que desarrollan la Ley 39 de 2006, de 14 de diciembre 2006 [...], en las Ciudades de Ceuta y Melilla. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 191.
- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Real Decreto 1414 de 2006, del 1 de diciembre, que determina la consideración de persona con discapacidad. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 300.
- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Real Decreto 1971 de 1999, sobre el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 22.
- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Real Decreto 504 de 2007, del 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39 de 2006, del 14 de diciembre, de promoción de la autonomía y atención a las personas en situación de dependencia. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 96.
- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Real Decreto 615 de 2007, del 11 de mayo, que regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 114.
- Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Real Decreto 727 de 2007, del 8 de junio, “Criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006 [...]”. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 128.

- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Real Decreto 251 de 1982, del 15 de enero, transferencias de competencias, funciones y servicios del Estado en materia de Servicios y Asistencia Sociales. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 39.
- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Real Decreto Legislativo 1 de 1995, del 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 75.
- Ministerio de Trabajo. Decreto 2065 de 1974, del 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 173.
- Ministerio de Trabajo. Decreto de 22 de junio de 1956, que aprueba el texto refundido de la Ley de Accidentes de Trabajo y del Reglamento. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 197.
- Ministerio de Trabajo. Orden de 17 de octubre de 1945, interpretativa del artículo 2 del Decreto de 23 de septiembre de 1943, relativo a la indemnización a los grandes inválidos, *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 331.
- Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales. Real Decreto 615 de 2007, del 11 de mayo, que regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 114.
- Ministerio Trabajo y Seguridad Social. “Reglamento general de inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas de trabajadores”. *Boletín Oficial del Estado (BOE)* 50.
- Montoya Melgar, Alfredo. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1878-1978)*. Madrid: Civitas, 1992.
- Nores Torres, Luis Enrique. “Servicios (III): el servicio de atención residencial”. En AA. VV., *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- O’Callaghan, Xavier. “Representación legal del incapaz: tutela, curatela y guarda de hecho”. En AA. VV., *Los derechos de las personas con discapacidad*, vol. I. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007.
- O’Shea, Eamon. *La mejora de la calidad de vida de las personas dependientes*. Galway: Universidad Nacional de Irlanda, 2003. <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/oshea-mejora-01.pdf>.
- Organización Internacional de Trabajo (OIT). Convenio 159, del 22 de junio de 1983, sobre readaptación profesional y empleo de personas invalidas. http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312304
- Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio relativo a la indemnización por accidentes del trabajo (entrada en vigor: 1 de abril 1927), adoptada en Ginebra en la 7.ª reunión de la OIT (10 junio 1925).
- Organización Mundial de la Salud. *Responsibilities for care throughout the Life Span*. Ginebra: OMS, 2002. <http://www.who.int/chp/knowledge/publications/ltclaws.pdf>.

•Bibliografía•

- Pablo Benlloch Sanz. *La actividad en régimen de voluntariado*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2007.
- Pickard, Linda. *Pagar por el cuidado a largo plazo para las personas mayores en Reino Unido: modelización de los costos y efectos distributivos de una gama de opciones*. Londres: Escuela de Economía y Ciencia Política de Londres, 2007. http://www.pssru.ac.uk/pdf/dp2336_2.pdf.
- Presidencia de la República del Brasil. Jefatura de Asuntos Sociales, Ley 8742 de 1993, Ley Orgánica de la Asistencia Social. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm.
- Presidencia del Gobierno. Decreto 1326 de 1963, para la aplicación del Texto Refundido de la Legislación de Accidentes de Trabajo en los Ministerios del Ejército, de Marina y del Aire, Guardia Civil, Policía Armada y Servicios dependientes. *Boletín Oficial del Estado (BOE) 143*.
- Presidencia del Gobierno. Real Decreto 2135 de 1984, del 10 de octubre, sobre ampliación del traspaso de funciones y servicios ya adaptación de los medios transferidos en régimen preautonómico a la Comunidad Autónoma de Valencia en materia de asistencia y servicios sociales. *Boletín Oficial del Estado (BOE) 287*.
- Presidencia del Gobierno. Real Decreto 264 de 1985, del 23 de enero, sobre traspaso a la comunidad valenciana de funciones y servicios del Instituto Nacional de Servicios Sociales (INSERSO) de la seguridad social. *Boletín Oficial del Estado (BOE) 58*.
- Reino de Dinamarca. Constitución de Dinamarca. www.viajeuniversal.com/dinamarca/dinamarca/constituciondinamarca.htm.
- Reino de los Países Bajos. Constitución del Reino de los Países Bajos de 1983. www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=7418.
- República de Irlanda. Constitución de Irlanda. http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/ireland/irelnd-s.htm.
- República de Italia. Constitución de la República Italiana. www.ces.es/TRESMED/docum/ita-cttn-esp.pdf
- República Helénica. Constitución de Grecia de 1975. <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=9463>
- República Portuguesa. Constitución de la República de Portugal de 1976. confinder.richmond.edu/admin/docs/portugalsp.pdf.
- Rodríguez Carrero, Gregorio. “Bases demográficas de la dependencia. Población en situación de dependencia y cuidados informales”. En AA. VV., *Comentario sistemático a la Ley de Dependencia, Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal en situación de dependencia y normas autonómicas*. Navarra: Aranzadi, 2008.

- Rodríguez-Piñero Royo, Miguel. “Seguridad social y asistencia social en el Estado de las Autonomías”. *Revista Crítica de Teoría y Práctica* 1 (2003): 105-118. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=314470>.
- Sajardo Moreno, Antonia. *Economía social y servicios sociales*, 1.^a ed. Valencia: Ciriec, 2001.
- Sánchez-Rodas Navarro, Cristina. *La excedencia por cuidados de familiares. El régimen jurídico de los cuidadores no profesionales*. Madrid: Tirant lo Blanc, 2008.
- Sempere Navarro, Antonio Vicente. “Antecedentes y estructura de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, ‘de Dependencia’”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social* 17 (2006): 255-272. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2230844>.
- Serrano García, Ignacio. “Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”. *Revista Jurídica del Notariado* (2004): 241-269.
- Tribunal Constitucional, Sala Segunda. Sentencia STC49 de 1983, ponente: Francisco Pera Verdeguer, TOL 79.216.
- Tribunal Constitucional. Sentencia 206 de 1997 (Pleno), del 27 de noviembre, ponente: Rafael de Mendizábal Allende.
- Tribunal de Navarra. Sentencia del 11 de enero de 2013, ponente: María Jesús Azcona Labiano.
- Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección Primera. Sentencia 1138 de 2003, ponente: Joaquín Delgado García, TOL.4.916.311.
- Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección: Única Jurisdicción – Penal. Sentencia 1138 de 2003, ponente: Joaquín Delgado García, TOL. 314.191.
- Tribunal Supremo, Sección Primera. Sentencia 747 de 2016, TOL.5.920.376, ponente: José Antonio Seijas Quintana.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia en febrero de 2019, impreso en papel propalibros de 75 g, en tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

EL DERECHO AL CUIDADO:
UN ESTUDIO COMPARADO
DEL MODELO ESPAÑOL
Y EUROPEO

15

La presente obra evidencia una investigación elaborada con fundamento en el paradigma hermenéutico/fenomenológico con un método de investigación documental, es una aproximación a la realidad que viven las personas dependientes, analizando la eficacia de las normas que protegen sus derechos fundamentales en el contexto europeo y español incluyendo las distintas comunidades autónomas. El tema abordado es de gran relevancia jurídica pero, sobre todo, de gran actualidad e interés social, se fundamenta sistemáticamente sobre tres pilares que marcan el análisis desde los que se ha abordado un estudio exhaustivo: el concepto de dependencia, los sujetos intervinientes y los derechos que les asisten. Se destaca no sólo el estudio de la evolución de la dependencia en España, sino la perspectiva de análisis comparado respecto a la protección de la dependencia en otros países europeos, para posteriormente afrontar las posibles desigualdades de la aplicación legislativa ofreciendo un aporte para estudiar el tema y proyectar una adecuada partida en el caso de Colombia, al tener en cuenta el progresivo y acelerado envejecimiento de su población.



UNIVERSIDAD **CATÓLICA**
de Colombia

Vigilada Mineducación

