

## LA LEY 39 DE 2006 Y SU CONTENIDO SUSTANTIVO

7

La exposición de motivos de la Ley 39 de 2006<sup>245</sup>, 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 español<sup>246</sup>.

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”<sup>247</sup>. 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 diaria<sup>248</sup>.

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 ley<sup>249</sup>, 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 5<sup>250</sup> 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 4<sup>251</sup> de la norma hace clara referencia al carácter transversal que proclama su artículo 3<sup>252</sup>: 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”<sup>253</sup>. 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”<sup>254</sup>. Esto implica una remisión a la ley de protección

.....  
253 *Ibid.*

254 *Ibid.*

•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 2002<sup>255</sup> 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 4<sup>256</sup> y 5<sup>257</sup> 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 tutores<sup>258</sup>.

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 capacidad<sup>259</sup>.

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”<sup>260</sup>. 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”<sup>261</sup>. 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”<sup>262</sup>.

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 4.2<sup>263</sup>; 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 4.4<sup>264</sup>, 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".

37<sup>265</sup> y 38<sup>266</sup>, 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 situación<sup>267</sup>. 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 baremo<sup>268</sup>. 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 ley<sup>269</sup>. 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 4.4<sup>270</sup> 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 económicas<sup>271</sup>. 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”<sup>272</sup>. 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”<sup>273</sup>. 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 personal<sup>274</sup>.

Por otra parte, cabe mencionar los grados y las valoraciones de la situación de dependencia regulados en los artículos 26<sup>275</sup> y 27<sup>276</sup> 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 establecidos<sup>277</sup>; 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 custodia<sup>278</sup>.

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 Española<sup>279</sup>. 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".