

"Francisco
de Vitoria"
GIZA
ESKUBIDEEN
BILDUMA

Jardunaldiak  Jornadas

COLECCIÓN
DERECHOS
HUMANOS
"Francisco
de Vitoria"

ESKUBIDE SOZIALEN EGUNGO EGOERA

LA ACTUALIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES



ararteko

Herriaren Defendatzaillea
Defensoría del Pueblo

20
urte años

Zuretzat lanean
Trabajando para ti

© ARARTEKO

Fotokonposaketa eta inprimaketa / Fotocomposición e impresión:
Gráficas Santamaría, S.A. • www.grificassantamaria.com
Paper ekologikoa / Papel ecológico
ISBN: 978-84-89776-34-0
L.G. / D.L.: VI 518-2009

**ESKUBIDE SOZIALEN
EGUNGO EGOERA**

**LA ACTUALIDAD
DE LOS DERECHOS SOCIALES**



AURKIBIDEA / ÍNDICE

- **Aurkezpena / Presentación**
(*Iñigo Lamarca – Ararteko*) 7

- **Los derechos sociales en los nuevos estatutos de autonomía**
(*Francisco Balaguer Callejón – Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada*)..... 11

- **Los derechos establecidos en la ley de dependencia**
(*José Antonio Montilla Martos – Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada*)..... 27

- **La efectividad del derecho social a la vivienda digna y adecuada**
(*Gerardo Pisarello – Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Central de Barcelona*) 49

- **La renta básica como derecho social**
(*Antonio de Cabo – Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid*) 71

AURKEZPENA

Ararteko erakundearen argitalpen batek lehenengo aldiz jasotzen du ikastaro bat jardunaldi egiturarekin. 2008ko otsailaren 25ean egin zen, Euskal Herriko Unibertsitateko Gizarte Zientzien eta Komunikazioaren Fakultatean. Jardunaldia *gizarte eskubideen egungo egoerari buruzkoa izan zen* eta antolatzaileak Arartekoa eta EHUko Zuzenbide Konstituzionala eta Pentsamenduaren eta Mugimendu Sozial eta Politikoen Historiaren Saila ziren. Konstituzio Zuzenbidean adituak diren unibertsitateko espezialistek lau hitzaldi eman zituzten.

Lehenengoa Autonomia Estatutu berrien gizarte eskubideei buruzkoa izan zen eta Granadako Unibertsitateko Konstituzio Zuzenbideko katedradunak eman zuen, Francisco Balaguerrek. Desberdintasunen artean, herritarrak gizarteko eskubideen aintzatespenarekin lotzen dituen modelo berri gisa planteatzen dira estatutuko aldaketak. Horrela, estatu soziala osatzeko lurralde aniztasuna nabarmentzen da, eraginkortasun juridikoaren gaineko interpretazioen xehetasun desberdinak aipatzeko kaltetan izan gabe. Edonola ere: "Estatutuko gizarte eskubideek lotzen dituztenez, botere publikoek euren politika estatutuko printzipioen arabera moldatu behar dute eta gizarte eskubideen eraginkortasuna sustatu behar dute".

Bigarren hitzaldia José Antonio Montillak eman zuen, Granadako Unibertsitatean Konstituzio Zuzenbideko katedradunak. Honek abenduaren 14ko 39/2006 Legean ezarritako eskubideei buruz hitz egin zuen, autonomia pertsonala sustatzeari eta mendetasun egoeran dauden pertsonak zaintzeari buruzko legeari buruz. Lege honen asmoa zen lehendik zeuden sistemen aniztasunaren aurrean gutxieneko berdintasunezko edukia bermatzea. Lege horretan herritar guztiak mendetasun egoeran daudenean arreta publikoa jasotzeko duten

PRESENTACIÓN

Por primera vez se recoge en una publicación de la institución del Ararteko un curso en formato de Jornada, celebrada en Leioa el 25 de febrero de 2008, en la Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación de la Universidad del País Vasco. Versó sobre la *actualidad de los derechos sociales* y fue organizada por la institución del Ararteko y el Departamento de Derecho Constitucional e Historia del Pensamiento y de los Movimientos Sociales y Políticos de la UPV-EHU. Se desarrollaron cuatro ponencias a cargo de especialistas universitarios en Derecho Constitucional.

La primera intervención trató sobre los derechos sociales en los nuevos Estatutos de Autonomía y fue impartida por el Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, Francisco Balaguer. Dentro de sus diferencias, se plantean las modificaciones estatutarias como un nuevo modelo que vincula la ciudadanía con el reconocimiento de derechos sociales. Se pone así de relieve el pluralismo territorial en la realización del Estado social, sin perjuicio de apuntar distintos matices interpretativos respecto de su eficacia jurídica. En todo caso: "Al estar vinculados por los derechos sociales estatutarios, los poderes públicos tienen que ajustar sus políticas a los principios y derechos estatutarios y promover la efectividad de los derechos sociales".

En segundo lugar, participó José Antonio Montilla, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada, quien habló sobre los derechos establecidos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Esta Ley pretendía garantizar un contenido mínimo igualitario ante la diversidad de sistemas preexistentes. En ella se reconoce un derecho universal de la ciudadanía a la atención pública de las situaciones de dependencia y se prevé un sistema para

eskubide unibertsala onartzen da eta hori burutzeko sistema bat ezartzen da. Hiru mailatan antolatzen da sistema hori eta baliabide eta zerbitzu egonkorren markoa barne hartzen du. Baliteke eremu horretan giza eskubideak defendatzeko konplexutasuna itxuraz kontra-jariak diren bi kontzepturen bateratzean egotea: "autonomia" eta "mendetasuna".

Montilla irakasleak azaltzen du Gizarte Segurantzatik kanpo gizarte mendetasun egoerak babesteko sistema eratu dela. Sistema hori gizarte laguntzaren barruan dago, Autonomia Erkidegoena ez beste inorena da eskumena eta Estatuaren 149.1.1 artikulua ohiaren eskumen tituluaren oinarizko ezaugarrietan geratzen da, bereziki eskubideen prestazioei buruzkoan. Horren ildotik, honakoa esanez amaitzen du: "...gizarte zerbitzuen autonomia sareak sortzean eta laguntza izaera duten eskubideen prestazioa onartzean, herritarrak *eskubide subjektibo osoen* onuradun bilakatu dira, jurisdikzioari jarriki ikuska daitezkeenak ... hasieran ongintzari lotuta hasi zen, edo elkartasuneko familia sareek emandako laguntzagatik arreta merezi zuelako, bederen; eta orain legeak botere publikoen aurrean babesten duen eskubide subjektiboa da. Nolanahi ere, eskubide berri hau epe motz eta laburrean baloratu daitezkeen parametroen barruan dago; esaterako baldintza ekonomikoak, borondate politikoa, administrazioen arteko lankidetzeta eta jurisprudentziaren garapena.

Bigarren hitzaldiaren ondoren, Gerardo Pisarello, Bartzelonako Unibertsitate Zentralean Konstituzio Zuzenbidean irakasle titularra, etxebizitza duin eta egokia izateko gizarte eskubidearen eraginkortasunari buruz aritu zen. Nazioartean, konstituzioan eta estatutuan etxebizitza edukitzearen eskubidea eratzea oinarri hartuta, eskumen maila eta eremu materialari buruz hitz egin zuen. Bere aburuz, "esku-hartzeak, eta hortaz, hirigintza, lurralde antolamendua eta etxebizitzaren arazoari dagozkien erantzukizunak ere, modu konplexuan banatzen dira

hacerlo efectivo, organizado en tres niveles en el que se incluye un marco estable de recursos y servicios. Quizá parte de la complejidad en la defensa de los derechos humanos en este campo reside precisamente en la conjugación de dos conceptos aparentemente contradictorios "autonomía" y "dependencia".

El Profesor Montilla explica cómo se ha configurado un sistema de protección social de las situaciones de dependencia al margen de la Seguridad Social, encuadrado en la materia de asistencia social, de competencia exclusiva de las CCAA y se detiene en los rasgos básicos del título competencial del Estado ex art. 149.1.1, específicamente en relación a los derechos de prestación. En este sentido, concluye que: "... con la creación de redes autonómicas de servicios sociales y el correspondiente reconocimiento de derechos prestacionales de carácter asistencial, los ciudadanos se han convertido en beneficiarios de *derechos subjetivos plenos*, jurisdiccionalmente fiscalizables ... lo que empezó vinculado a la beneficencia, o siquiera merecía atención por atenderse desde la red de solidaridad familiar, ha terminado convertido en un derecho subjetivo invocable, directa o indirectamente, ante los poderes públicos". En todo caso este nuevo derecho se enmarca dentro de parámetros, evaluables a medio y largo plazo, como son las condiciones económicas, la voluntad política, la colaboración interadministrativa y el desarrollo jurisprudencial.

A continuación, Gerardo Pisarello, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Central de Barcelona, se detuvo en la efectividad del derecho social a la vivienda digna y adecuada. A partir de la configuración del derecho a la vivienda en el ámbito internacional, constitucional y estatutario, se refiere a sus dimensiones competencial y material. En su opinión, "se ha generado un escenario en el que las intervenciones, y por tanto, las responsabilidades en materia habitacional, urbanística y de ordenación del territorio, se

Europako, estatuko, autonomiatako eta baita herrietako instantzietan ere". Pisarello jaunak nagusiki etxebizitza duina izateko eskubidearen eraginkortasuna eten duten bi faktore azpimarratu ditu: etxebizitza eskuragarririk ez egotea eta enpresen askatasuna zein lurzorua edo higiezin jabe izateko eskubidea behar bezala mugatzeko eta kontrolatzeko sistemarik ez egotea. Euskadi eta Katalunian aurrerapenak egon direla nabarmendu duen arren, etxebizitzaren eta hirigintzaren politika berriek, estatu mailan zein autonomiatan ukaezina den kontraesanari aurre egin behar diote krisialdian: Talde ahulenei benetako lehentasuna eman gabe eta, batez ere, merkatu librearen eta jabetzaren eskubidea larriki urratzen duten espekulaziozko eta gizartearen aurkako jarduerak modu egokian zigortu edo ekidin gabe, etxebizitza egokia eta hiri ingurune duina eta iraunkorra edukitzearen eskubideak duen irismena hedatzeko asmoa izatea."

Azkenik, Madrilgo Unibertsitate Konplutentsean Konstituzio Zuzenbideko katedraduna den Antonio de Cabok oinarritzko errenta gizarte eskubide gisa aipatu zuen eta horren osaera juridikoan dauden inplikazio desberdinak eta aplikazio praktikoa azaldu zituen.

Bukatzeke, eskerrak eman nahi dizkiegu hizlariari, esparru akademikotik eta elkarteetatik parte hartu duten guztiei, eta Euskal Autonomia Erkidegoko erakunde publikoetako ordezkariari eta autonomiatan herriaren beste defendatzaileen ordezkariari, jardunaldian parte hartzeagatik. Etorkizunean izango dugu aukera parte hartzen den foroetan gai honi berriro heltzeko, eragindako pertsonekin gizarte eskubideei buruz aritzeko espezialisten laguntza zuzenarekin edo mugimendu zibilen ordezkariekin. Hori eginez soilik izango dira desberdinak *eskubide bizia* edo, zehatzago esanda, eskubide aktiboa eta liburuetako eskubidea eta nahi den eskubidea. Horrela, etengabe Estatu soziala deritzonaren bila dabilta benetako pertsonen eguneroko bizitza hobetuko litzateke.

reparten de manera compleja entre las instancias europeas, estatales, autonómicas e incluso locales". Pisarello destaca dos factores que han bloqueado la efectividad del derecho a una vivienda digna: la ausencia de vivienda asequible y la falta de un sistema de límites y controles suficientes a la libertad de empresa y al derecho de propiedad inmobiliaria y del suelo. Aunque destaca los avances en comunidades como Cataluña y Euskadi, las nuevas políticas habitacionales y urbanísticas, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, deben enfrentarse a una contradicción evidente en épocas de crisis: "la pretensión de ampliar el alcance del derecho a una vivienda adecuada y a un entorno urbano digno y sostenible sin otorgar prioridad real a los colectivos más vulnerables y, sobre todo, sin prevenir ni sancionar de manera adecuada los ejercicios especulativos y anti-sociales más graves del derecho de propiedad y de la libertad de mercado".

Finalmente, Antonio de Cabo, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, se refirió a la renta básica como derecho social, desarrollando las diferentes implicaciones en su concepción jurídica y aplicación práctica.

Debemos terminar agradeciendo la participación de los ponentes, de las numerosas personas procedentes del ámbito académico y asociativo, y de los representantes de otras defensorías del pueblo autonómicas e instituciones públicas de la CAPV que participaron en la Jornada. Nos queda la oportunidad futura de retomar este tema dentro de un formato de foro participativo en que los especialistas puedan interactuar con las personas afectadas en el ejercicio de sus derechos sociales o con representantes de movimientos civiles. Sólo así el *derecho vivo* o, quizá de forma más precisa, el derecho en acción se contrastará con el derecho en los libros y el derecho anhelado, con el objeto de mejorar la vida cotidiana de las personas de carne y hueso que conforman ese ideal, en constante búsqueda real, llamado Estado social.

Laurogeigarren hamarkada hasieran, genero ikuspegitik, Carol Gilligan irakasle estatubatuarak proposatu zigun justizia, baita soziala ere, "beste ahots batez" aztertzea¹. Erantzukizuna eta zaintzaren etika kontuan hartuta. Zaintzaren sozializazioa lortzea da kontua². Horrela elkartasuna sentipen huts gisa gainditu ahal izango dugu eta praktika juridiko gisa ulertu ahal izango dugu, "elkarri lotuta egongo bagina bezala, denok elkarren beharra dugun egitura osatuta"³.

Leioa, 2008ko otsailaren 25a

A principios de los años ochenta, desde una perspectiva de género, la profesora estadounidense Carol Gilligan nos propuso analizar la justicia, también la social, desde "una voz diferente"¹, desde la ética del cuidado y la responsabilidad. Se trata de llegar a una socialización del cuidado². Así podremos superar la solidaridad como mero sentimiento a favor de la solidaridad como práctica jurídica, "entendiendo ésta como el hecho de estar soldados unos con otros, constituyendo una estructura en la que todos dependemos de todos"³.

Leioa, 25 de febrero de 2008

¹ Carol Gilligan. 1982. *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*. Cambridge: Harvard University Press.

² Ikusi María Jesús Izquierdo. 2003. Del sexismo y la mercantilización del cuidado a su socialización: Hacia una política democrática del cuidado. *Zaintzak kostua du: Zaintzaren kostu eta irabaziak. SARE Nazioarteko Kongresua (1. 2003 Donostia)*. Emakunde: Vitoria-Gasteiz.

³ Imanol Zubero Beaskoetxea. 2008. Solidaridad: Recuperar su sentido fuerte. *Conceptos para pensar el siglo XXI*, Andrés García Indak eta Carmen Marcuello Servósek koordinatua. Madrid: Catarata.

¹ Carol Gilligan. 1982. *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*. Cambridge: Harvard University Press.

² Cfr. María Jesús Izquierdo. 2003. Del sexismo y la mercantilización del cuidado a su socialización: Hacia una política democrática del cuidado. En *Zaintzak kostua du: Zaintzaren kostu eta irabaziak. Cuidar cuesta: Costes y beneficios del cuidado. Congreso internacional SARE (1º, 2003, Donostia-San Sebastián)*. Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer: Vitoria-Gasteiz.

³ Imanol Zubero Beaskoetxea. 2008. Solidaridad: Recuperar su sentido fuerte. En *Conceptos para pensar el siglo XXI*, coordinado por Andrés García Inda y Carmen Marcuello Servós. Madrid: Catarata.

LOS DERECHOS SOCIALES EN LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

1.- La proyección social del Estado autonómico

El Estado autonómico es un ámbito muy importante de proyección del Estado social que se refleja dentro y fuera del Título VIII CE dedicado a la Organización Territorial del Estado⁴. En realidad, la estructuración autonómica del Estado es un principio metodológico ineludible para el análisis constitucional en muchos ámbitos⁵ y, entre ellos, el del Estado social no es el menos importante.

La proyección del Estado social sobre el Estado autonómico se manifiesta, desde luego, en la distribución competencial operada por la interrelación Constitución-Estatutos de Autonomía respecto de las competencias más estrechamente relacionadas con la realización de políticas sociales (que son una parte del principio de Estado social). La Constitución hace posible la asunción por las CCAA de competencias en materias de gran importancia a estos efectos. Así, por virtud del artículo 148.1, en ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, gestión en materia de protección del medio ambiente, fomento de la cultura, promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio, asistencia social, sanidad e higiene. Por su parte, el art. 149.1 ha hecho posible la asunción de competencias sobre otros ámbitos materiales por las CCAA o la ampliación del nivel de facultades contempladas por el art. 148.1: sanidad y seguridad social, medio ambiente y educación, entre otros.

Más allá de la distribución competencial, que da lugar al reconocimiento del pluralismo territorial en la realización del Estado social (lo que abre multitud de perspectivas políticas y constitucionales⁶), el Estado social se proyecta también en principios constitucionales que orientan la acción de todos los poderes públicos. Se trata de principios congeniales con el del Estado social que promueven la igualdad entre los diversos territorios del Estado (40.1, 131.1, 138.1 CE), que obligan a la realización de la solidaridad

⁴ Cfr. sobre el Estado social en la doctrina española, Carlos de Cabo, *La crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1986. Cfr. igualmente, M.A. García Herrera y G. Maestro Buelga, *Marginalidad, Estado social y prestaciones autonómicas*, CEDECS, Barcelona, 1999 y J. Jiménez Campo, Voz "Estado social y democrático de Derecho", en J.J. González Encinar, (ed.), *Diccionario del sistema político español*, Akal editor, Madrid, 1984, p. 279. Sobre la relación específica entre Estado social y Estado Autonómico, cfr. C. Pérez Villalobos, *Estado social y Comunidades Autónomas*, Madrid, Tecnos, 2002. Cfr. igualmente mi trabajo "El Estado social y democrático de Derecho. Significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social", en J.L. Monereo (coord.) *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 89-113.

⁵ Cfr. mi trabajo "Das System der Rechtsquellen in der spanischen Verfassungsrechtsordnung", *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Mohr Siebeck, Tübingen, Bd. 49, 2001, pp. 413-442.

⁶ Cfr. P. Cruz Villalón, "Los derechos sociales y el Estatuto de Andalucía", en G. Cámara Villar (ed.) *Estudios sobre el Estado social*, Tecnos, Madrid, 1993. Cfr. igualmente, P. Lucas Murillo, "Normas programáticas, Estatutos y autonomía comunitaria", *Revista de Derecho Político*, n. 21, Madrid, 1984. Cfr. también mi trabajo, *Fuentes del Derecho, Vol. II: Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, Tecnos, Madrid, 1992.

(2, 138.1, 156.1, 158.2 CE), o que establecen prohibiciones y límites (138.2, 139.1 y 2, 157.2 CE). De especial interés resulta no ya el principio de igualdad de trato establecido en el artículo 139.1 (“Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”) sino, sobre todo, el de igualdad de status del artículo 149.1.1º, precepto por el que se atribuye al Estado la competencia sobre “la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

La relación entre Estado social y Estado autonómico se ha visto fuertemente potenciada en las últimas reformas estatutarias del Estado autonómico, mediante la incorporación de principios, objetivos y derechos de carácter social que vinculan a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma.

2.- La situación actual de las reformas estatutarias en relación con los derechos sociales

Hasta la fecha de terminación de este trabajo se han realizado seis reformas estatutarias. Las tres primeras fueron aprobadas por las Cortes Generales a lo largo del año 2006. La primera de ellas se culminó en la Comunidad Valenciana (Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, BOE de 11 de abril de 2006). La segunda aprobada por las Cortes Generales fue la de Cataluña que se sometió a referéndum (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, BOE de 20 de julio de 2006)). La tercera fue la de Andalucía, igualmente sometida a referéndum, por lo que se publicó ya en 2007, después de que se aprobara en referéndum (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, BOE de 20 de marzo de 2007).

En el año 2007 las Cortes Generales han aprobado otras tres reformas. La que hace la número cuatro fue la de Islas Baleares, aunque se publicó antes de la andaluza debido a que no necesitaba someterse a referéndum (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, BOE de 1 de marzo de 2007). La quinta ha sido la de Aragón (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, BOE de 23 de abril). La de Castilla y León ha sido la sexta y última reforma estatutaria concluida hasta ahora (LO 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de

Autonomía de Castilla y León, publicada en el BOE el 1 de diciembre). No llegaron a culminarse las proyectadas reformas de Canarias y Castilla-La Mancha.

A pesar de que se trata sólo de seis reformas sobre un total de diecisiete Comunidades Autónomas y dos Ciudades Autónomas, lo cierto es que estas reformas se han realizado sobre Comunidades que integran a la mayoría de la población española y que ocupan también la mayor parte del territorio del Estado.

Ciertamente, en lo que a la relación entre derechos sociales y Estatutos se refiere, no todas las reformas tienen el mismo desarrollo, tanto por lo que se refiere a la cantidad de derechos que se reconocen cuanto por lo que atañe a su consideración como derechos o principios así como por relación a las garantías que el Estatuto prevé en relación con esos derechos o principios. Los Estatutos más completos son, sin duda, los de Cataluña y Andalucía. No obstante, se puede decir que, en términos generales, todas las reformas configuran un nuevo modelo de Estatuto que no se limita ya a regular los aspectos institucionales y competenciales de la Comunidad Autónoma (como los primeros Estatutos) sino que establece una vinculación directa con la ciudadanía a través del reconocimiento de Derechos que –por la naturaleza de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas– son, esencialmente, Derechos sociales.

3.- Un nuevo modelo de Estatuto

Uno de los aspectos más destacables de los nuevos Estatutos es que en ellos la sociedad de la Comunidad Autónoma aparece por vez primera de un modo pleno. Los anteriores Estatutos, como los no reformados todavía, son básicamente normas que asignan competencias, que determinan la organización de los poderes públicos autonómicos y que contienen algunas reglas básicas sobre el sistema de financiación autonómica. Se trata, en definitiva, de Estatutos que regulan el poder público y que no establecen un vínculo entre el poder público y la sociedad, incluyendo, como máximo, algunos principios básicos de la organización del poder público en relación con la sociedad.

Por el contrario, los nuevos Estatutos tienen un contenido axiológico muy amplio que se manifiesta a través del reconocimiento de Derechos a la ciudadanía, de principios rectores, de objetivos y de valores. La sociedad de la Comunidad Autónoma está presente ahora en los Estatutos de Autonomía, de donde había estado ausente dado el marcado carácter institucional y competencial de los anteriores Estatutos.

Aunque esos derechos pueden considerarse como desarrollo de los derechos constitucionales (que están sometidos a la igualdad en las condiciones básicas de su ejercicio, ex art. 149.1.1.º), lo cierto es que su integración en los Estatutos de Autonomía no deja de ser significativa. En efecto, la referencia estatutaria a esos derechos puede cumplir una función importante de integración de los ciudadanos y las ciudadanas de la Comunidad Autónoma.

Por otro lado, si bien ya se habían incorporado a los primeros Estatutos algunos principios y objetivos, lo cierto es que la formulación específica de derechos en el articulado y el modo en que se incorporan ahora los principios supone un paso más en relación con la vinculación de los poderes públicos autonómicos. En efecto, a pesar de que se habían incluido principios y objetivos en algunos de los primeros Estatutos, no lo habían hecho de manera sistemática y ordenada con una vocación específica de eficacia manifestada en preceptos destinados a garantizar la vinculación de los poderes públicos. La inexistencia de cláusulas específicas de garantía debilitaba su fuerza normativa. Además, su inserción aislada en unos Estatutos cuya naturaleza era claramente institucional y procedimental también contribuía a difuminar su presencia normativa en el conjunto de la norma estatutaria.

Por ese motivo, la eficacia de los principios y objetivos de los primeros Estatutos resultaba más que dudosa. A falta de una previsión clara en relación con su capacidad de vinculación a los poderes públicos, en algunos de los estudios que realizamos sobre ellos partíamos de la tesis de que estos principios “sólo vinculan positivamente al legislador autonómico, pero que no lo hacen en sentido negativo. Es decir, no pueden impedir una actuación contraria a los mismos pero congruente con los principios constitucionales, pero sí pueden servir para legitimar una actuación favorable a los mismos”⁷. Toda vez que no había ninguna disposición relativa a su vinculación a los poderes públicos autonómicos, parecía lógico afirmar que no había en los Estatutos una voluntad específica de “estrechar el amplio cauce por el que el pluralismo discurre a nivel constitucional”⁸, sino tan sólo la descripción de

⁷ Cfr. mi trabajo *Fuentes del Derecho*, Vol. II, cit., p. 160.

⁸ Cfr. Francisco Balaguer Callejón (Coordinador), Gregorio Cámara Villar, Juan Fernando López Aguilar, María Luisa Balaguer Callejón, Ángel Rodríguez, José Antonio Montilla Martos, *Manual de Derecho Constitucional*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 2005, p. 355: “En relación con estos principios programáticos, se repiten aquí las cuestiones referidas a su valor normativo propias de los preceptos constitucionales de esa misma naturaleza. A ello se añade un problema peculiar que no se puede desconocer, como es el del grado de vinculación que tiene el legislador autonómico respecto de normas estatutarias que pueden estrechar el amplio cauce por el que el pluralismo discurre a nivel constitucional. Dicho de otro modo, ¿puede el legislador estatuyente restringir el ámbito de los principios programáticos constitucionales que vinculan al legislador (en este caso autonómico)? Los principios estatuarios sólo vinculan positivamente al legislador autonómico, pero no lo hacen en sentido negativo. Es decir, no pueden impedir actuaciones de los poderes públicos autonómicos que se orienten en otro sentido, siempre que éste sea congruente con los principios constitucionales, aunque sí pueden servir para legitimar una actuación favorable a los mismos”.

algunos objetivos que podrían considerarse prioritarios por los poderes públicos.

De ese modo, con la ordenación estatutaria anterior podía decirse que los poderes públicos autonómicos, si bien podrían basar sus políticas en estos principios, también podrían optar por el desarrollo de otros principios constitucionales. Cuestión distinta se plantea si, como ocurre en los nuevos Estatutos, se establece una vinculación clara de los poderes públicos en el propio Estatuto que garantiza su eficacia jurídica.

Hay que tener en cuenta, en efecto, que estamos ante un nuevo modelo de Estatuto. Un Estatuto que asume en plenitud su condición de norma fundamental de la Comunidad Autónoma, que rige un espacio constitucional propio, en el marco de la Constitución.

4.- Principios y objetivos en los nuevos Estatutos

Los principios y objetivos incorporados a los Estatutos actuales se integran en un Estatuto cuya naturaleza es diferente a los anteriores, en un contexto de más o menos amplias declaraciones de derechos. Comoquiera que esos principios y objetivos coinciden parcialmente con los derechos reconocidos en los Estatutos, encontramos ahí una cualidad normativa adicional a la que tenían los antiguos principios y objetivos, que les otorga una fuerza normativa específica⁹.

Hay que tener en cuenta que los principios y objetivos definen orientaciones de los poderes públicos destinadas básicamente a hacer efectivos los derechos reconocidos en los Estatutos. Esta vinculación específica entre derechos, principios y objetivos obliga a interpretar algunos de los mandatos estatuarios relativos a derechos con ese alcance indirecto en relación con los principios. Así, por ejemplo, cuando el artículo 11.3 EAr. establece que "Los poderes públicos aragoneses promoverán las medidas necesarias para garantizar de forma efectiva el ejercicio de estos derechos" por referencia los derechos constitucionales y estatuarios, está indicando, en realidad, que los poderes públicos de Aragón deben orientar sus políticas de acuerdo con los principios rectores y los objetivos definidos en el Estatuto para hacer posible la realización de esos derechos.

⁹ Cfr. al respecto, mi trabajo "Efectividad de los principios rectores y de los objetivos básicos", en Francisco Balaguer Callejón (Director), Luis Ortega, Gregorio Cámara Villar, José Antonio Montilla Martos, (Coordinadores), *Reformas estatutarias y Declaraciones de Derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.

Esta conexión entre derechos, principios y objetivos se evidencia, por ejemplo, en el artículo 37.1 EA, de acuerdo con el cual, "Los poderes de la Comunidad Autónoma orientarán sus políticas públicas a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Capítulo anterior y alcanzar los objetivos básicos establecidos en el artículo 10, mediante la aplicación efectiva de los siguientes principios rectores...". Como se puede ver, a través de los principios rectores de las políticas públicas se dotará de efectividad a los objetivos básicos y se garantizará el ejercicio de los derechos estatutarios.

Por otro lado, en algunos casos resulta difícil marcar la línea que diferencia la garantía de derechos y de principios y objetivos, dada la cercanía de contenidos y la garantía general que contempla el Estatuto. Es el caso de los Estatutos de la Comunidad Valenciana y de Islas Baleares en relación con la protección de los derechos sociales contemplada en los arts. 10.4 EV y 16.4 EB.

Pero además de la fuerza indirecta que el reconocimiento estatutario de derechos le confiere a los principios y objetivos incorporados a los Estatutos, hay también previsiones específicas de vinculación de los poderes públicos a estos principios y objetivos en algunos de los nuevos Estatutos.

Los nuevos Estatutos contienen, en efecto, cláusulas de vinculación a los poderes públicos en relación con los principios que establecen. Así, en el artículo 40.2 EA se indica que "Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía adoptarán las medidas necesarias para el efectivo cumplimiento de estos principios, en su caso, mediante el impulso de la legislación pertinente, la garantía de una financiación suficiente y la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas".

Igualmente, en el artículo 39 EC se afirma que "1. Los poderes públicos de Cataluña deben orientar las políticas públicas de acuerdo con los principios rectores que establecen la Constitución y el presente Estatuto. En el ejercicio de sus competencias, los poderes públicos de Cataluña deben promover y adoptar las medidas necesarias para garantizar su plena eficacia".

Por su parte, el artículo 16 ECL indica que: "Los poderes públicos de Castilla y León deben orientar sus actuaciones de acuerdo con los principios rectores que establecen la Constitución y el presente Estatuto. En el ejercicio de sus competencias, deben promover y adoptar las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de los siguientes objetivos...".

En cuanto a los Estatutos de la Comunidad Valenciana y de Islas Baleares, esta previsión de vinculación normativa se realiza, en los arts. 10.4 y 16.4 respectivamente, por referencia genérica a

“derechos sociales” tanto de los ciudadanos como “de los grupos y colectivos en que se integran”, que coinciden en gran medida en su enumeración con lo que los otros Estatutos caracterizan como “principios” y “objetivos”.

Por lo que se refiere a los objetivos básicos, el artículo 10.4 EA establece que: “Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía adoptarán las medidas adecuadas para alcanzar los objetivos señalados, especialmente mediante el impulso de la legislación pertinente, la garantía de una financiación suficiente y la eficacia y eficiencia de las actuaciones administrativas”.

Resulta evidente que los nuevos Estatutos no se han limitado a contener principios que disciplinan la actuación de los poderes públicos sino que han establecido claramente (cosa que no ocurría anteriormente) la vinculación de los poderes públicos autonómicos a esos principios. Ahora bien, establecida esa vinculación, hay que analizar también las garantías que se contienen en los nuevos Estatutos.

A este respecto, el artículo 40.1 EA establece que “El reconocimiento y protección de los principios rectores de las políticas públicas informará las normas legales y reglamentarias andaluzas, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y podrán ser alegados ante los jueces y tribunales de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Igualmente, el artículo 39 EC, en sus apartados 2 y 3, determina que “2. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios rectores informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. 3. Los principios rectores son exigibles ante la jurisdicción, de acuerdo con lo que determinan las leyes y las demás disposiciones que los desarrollan”.

Por último, el artículo 17.3 ECL precisa también el régimen jurídico de los principios rectores: “Los principios rectores de las políticas públicas que se enumeran en el Capítulo IV de este Título informan la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Son exigibles ante la jurisdicción de acuerdo con lo que determinen las normas que los desarrollen”.

Como se puede observar, estos preceptos siguen el modelo establecido en el artículo 53.3 CE, aunque expresando en positivo y no en negativo la posibilidad de que sean alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes o las normas que los desarrollen.

Teniendo en cuenta ese régimen constitucional de los principios, se puede decir que no generan, por sí mismos, derechos que sean directamente aplicables sin necesidad de desarrollo normativo.

Ahora bien, su valor normativo es indudable, si bien no están garantizados por los mecanismos que hacen posible su aplicación directa en ausencia de desarrollo legislativo. Los principios están sometidos a la exigencia de desarrollo normativo para que puedan desplegar su eficacia respecto de la ciudadanía. Pero, en cualquier caso, vinculan al legislador y pueden dar lugar a los mecanismos de control de la actuación normativa de los poderes públicos para determinar su ajuste a los preceptos estatutarios, si se produce una acción normativa claramente contraria a esos principios.

En estas condiciones, puede decirse que los principios vinculan a los poderes públicos, aunque las modalidades de su aplicación dependen de la configuración concreta que realice el legislador, si bien esa configuración puede ser objeto de control jurisdiccional para determinar su conformidad con los Estatutos.

5.-Los Derechos en los nuevos Estatutos

Los derechos reconocidos en los nuevos Estatutos de Autonomía¹⁰ suponen un cambio importante respecto de la condición normativa de los límites al legislador autonómico, ya que su carácter vinculante es un presupuesto necesario para que pueda hablarse de auténticos derechos. La legitimidad de su inserción en los Estatutos es, por lo demás, bastante clara, por cuanto que estos derechos estaban ya regulados por las leyes autonómicas¹¹ y se mueven dentro de las competencias de las Comunidades Autónomas.

La regulación de los derechos en los Estatutos debe realizarse dentro del marco competencial propio, para evitar que los derechos puedan quedar sin desarrollo normativo. Hay que tener en cuenta que el reconocimiento de derechos en los Estatutos no puede suponer una ampliación de las competencias que le corresponden constitucionalmente a las Comunidades Autónomas.

¹⁰ Sobre la incorporación de Derechos a los Estatutos, cfr. F. Caamaño, "Sí pueden (Declaraciones de Derechos y Estatutos de Autonomía", REDC, n. 79, enero-abril de 2007. Cfr. igualmente M. Aparicio Wilhelmi y G. Pisarello Prados, "El reconocimiento de derechos, deberes y principios en los Estatutos de Autonomía: ¿hacia una comprensión multinivel o en red de la protección de los derechos?", IEA, Barcelona, septiembre de 2007. Cfr. también Rodríguez-Vergara Díaz, A.: "Ciudadanía europea, derechos sociales y Estatutos de autonomía: tres propuestas de reforma", en J.M. Vidal Beltrán y M.A. García Herrera: *El Estado autonómico. Integración, solidaridad y diversidad*. Vol. I, Estudios Goberna, Colex/INAP, 2005, pp. 517-525. Por referencia a Andalucía, cfr.: Cámara Villar, G.: "Reflexiones sobre tres aspectos de la reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía: principios, derechos y deberes y Administración de Justicia", en la obra colectiva *Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía* (Vol II), Ciclo de Conferencias, Parlamento de Andalucía, Centro de Publicaciones no Oficiales, 2005, pp. 157-182. Cfr. igualmente, el estudio de G. Cámara sobre los Derechos en el Estatuto de Andalucía, en Francisco Balaguer Callejón (Coordinador) Gregorio Cámara Villar, José Antonio Montilla Martos, Ángel Rodríguez y Agustín Ruiz Robledo: *El nuevo Estatuto de Andalucía*, Editorial Tecnos, Madrid, 2007.

¹¹ Como indica F. Caamaño, nada se puede objetar a la regulación estatutaria de derechos que pueden ser y han sido regulados por las leyes autonómicas. Cfr. F. Caamaño, op. cit., pp. 33 y ss.

Partiendo de esas limitaciones competenciales, resulta clara la vinculación cualificada de los poderes públicos autonómicos en relación con los Derechos. Así, en el artículo 37.1 EC se establece que:

“Los derechos reconocidos por los capítulos I, II y III del presente Título vinculan a todos los poderes públicos de Cataluña y, de acuerdo con la naturaleza de cada derecho, a los particulares. Las disposiciones dictadas por los poderes públicos de Cataluña deben respetar estos derechos y deben interpretarse y aplicarse en el sentido más favorable para su plena efectividad”.

Del mismo modo, en el artículo 38 EA se indica que:

“La prohibición de discriminación del artículo 14 y los derechos reconocidos en el Capítulo II vinculan a todos los poderes públicos andaluces y, dependiendo de la naturaleza de cada derecho, a los particulares, debiendo ser interpretados en el sentido más favorable a su plena efectividad. El Parlamento aprobará las correspondientes leyes de desarrollo, que respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos establecido por el Estatuto, y determinarán las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos”.

Por su parte, el artículo 17.1 ECL determina que:

“Los derechos reconocidos en el Capítulo II de este Título vinculan a todos los poderes públicos de la Comunidad de Castilla y León y, de acuerdo a la naturaleza de cada derecho, también a los particulares, y son exigibles en sede judicial bajo las condiciones legalmente establecidas. Los derechos deben interpretarse y aplicarse del modo más favorable para su plena efectividad”.

El art. 13.2 EB así como los arts. 6.2 y 11.3 EAr., establecen esa vinculación tanto respecto de los derechos estatutarios cuanto de los constitucionales (lo que obviamente se deriva de la propia Constitución para todos los poderes públicos de todas las Comunidades Autónomas). Los arts. 13.2 EB y 6.2 EAr. disponen que los poderes públicos de la Comunidad Autónoma están vinculados por estos derechos y libertades y velarán por su protección y respeto. En el caso de Aragón, velarán también por promover su pleno ejercicio, o, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 11.3 EAr., por promover las medidas necesarias para garantizar de forma efectiva su ejercicio. Por su parte, el art. 8.2 EV establece la misma vinculación que los arts. 13.2 EB y 6.2 EAr., pero sólo en relación con los derechos constitucionales y los reconocidos en Tratados Internacionales y en el ámbito de la Unión Europea, sin mencionar a los derechos estatutarios.

En los arts. 10.4 EV y 16.4 EB se contienen disposiciones específicas que vinculan a los poderes públicos autonómicos a la

promoción de las condiciones necesarias para que los derechos sociales de los ciudadanos y de los grupos y colectivos en que se integran sean objeto de una aplicación real y efectiva.

Los nuevos Estatutos contienen, además, garantías específicas destinadas a asegurar la plena efectividad de estos derechos para la ciudadanía, evidenciando así que se trata de auténticos derechos generadores de un vínculo directo entre el Estatuto, en cuanto norma fundamental de la Comunidad Autónoma (en el marco de la Constitución, como es lógico) y la sociedad. Así, además de la previsión ya señalada del art. 17.1 ECL, por la cual los derechos “son exigibles en sede judicial bajo las condiciones legalmente establecidas”, en el artículo 39 EA, se establece que “Los actos de los poderes públicos de la Comunidad que vulneren los derechos mencionados en el artículo anterior podrán ser objeto de recurso ante la jurisdicción correspondiente, de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes procesales del Estado”. Igualmente, en el artículo 38 EC, se determina que “1. Los derechos reconocidos por los capítulos I, II y III del presente Título y por la Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña son tutelados por el Consejo de Garantías Estatutarias, de acuerdo con lo establecido por el artículo 76.2.b) y c). 2¹². Los actos que vulneren los derechos reconocidos por los capítulos I, II y III del presente Título y por la Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña serán objeto de recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de acuerdo con los procedimientos establecidos en las leyes”.

Por lo demás, los derechos estatutarios suponen la incorporación del desarrollo autonómico realizado en esta materia a lo largo de los años de vigencia de los anteriores Estatutos. No conllevan nuevas competencias para la Comunidad Autónoma, ni pueden suponer una ampliación de su ámbito competencial. Tampoco pueden afectar negativamente al régimen constitucional de los derechos. Así se establece claramente en los propios Estatutos cuando se indica, en primer lugar que los derechos y principios contenidos en ellos no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes (art. 37.4 EC; art. 13 EA, primer párrafo; art. 13.3 EB; art. 6.3 EAr., art.

¹² El artículo 76.2 EC establece que “El Consejo de Garantías Estatutarias puede dictaminar, en los términos que establezca la ley, en los casos siguientes: b) La adecuación al presente Estatuto y a la Constitución de los proyectos y las proposiciones de ley sometidos a debate y aprobación del Parlamento y de los Decretos leyes sometidos a convalidación del Parlamento; c) La adecuación al presente Estatuto y a la Constitución de los proyectos de Decreto Legislativo aprobados por el Gobierno”. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 76.4 EC: “Los dictámenes del Consejo de Garantías Estatutarias tienen carácter vinculante con relación a los proyectos de ley y las proposiciones de ley del Parlamento que desarrollen o afecten a derechos reconocidos por el presente Estatuto”.

8.3 ECL). En segundo lugar, se indica también que ninguno de los derechos o principios contemplados en el Estatuto puede ser interpretado, desarrollado o aplicado de modo que se limiten o reduzcan derechos o principios reconocidos por la Constitución o por los tratados y convenios internacionales ratificados por España (art. 37.4 EC; art. 13 EA, segundo párrafo; art. 13.3 EB; art. 6.3 EAr., art. 8.3 ECL).

Estas previsiones estatutarias están claramente inspiradas en el Tratado Constitucional que recogía, desde la perspectiva de la Unión Europea, preceptos similares. Esos preceptos se van a incorporar ahora al Derecho europeo mediante la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹³, de acuerdo con lo dispuesto por el Tratado de Lisboa (si este Tratado entra en vigor¹⁴), que le otorga el mismo valor jurídico que los Tratados¹⁵. En todo caso, basta leer los preceptos estatutarios relativos a derechos para darse cuenta de que estos derechos se mueven dentro de las competencias autonómicas, normalmente ya ejercitadas a través de leyes aprobadas previamente por las Comunidades Autónomas: las parejas de hecho, el testamento vital anticipado, los derechos sanitarios o educativos, han sido objeto de desarrollo legislativo previo por parte de las Comunidades Autónomas.

¹³ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51.2 de la Carta, "La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados". Por su parte, el artículo 53 establece que "Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros".

¹⁴ La entrada en vigor del Tratado de Lisboa estaba prevista para el 1 de enero de 2009, antes del resultado negativo del referéndum celebrado el 12 de junio de 2008 en Irlanda, que determinará, como mínimo, un aplazamiento de esa fecha. Nota de la edición: Para la entrada en vigor del Tratado es necesaria la ratificación de los 27 Estados miembros de la UE en pleno. La entrada en vigor del Tratado de Lisboa está prevista para finales de 2009, según lo acordado por los Jefes de Estado y de Gobierno así como los Ministros de Asuntos Exteriores de la UE en la cumbre que tuvo lugar a finales de diciembre de 2008. Se aspira a celebrar antes un segundo referéndum sobre el Tratado en Irlanda.

¹⁵ La Carta (en la versión incorporada al Tratado Constitucional) fue aprobada por el Parlamento Europeo el 29 de noviembre de 2007 y firmada el 12 de diciembre por los Presidentes del Parlamento, la Comisión y el Consejo, publicándose el 14 de diciembre de 2007 en el DOUE. El artículo 6 TUE, texto consolidado, dice lo siguiente: "La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados". La versión final de la Carta publicada en el DOUE se puede encontrar en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0001:0016:ES:PDF>. Vid. C. DE CABO MARTÍN, *Teoría constitucional de la solidaridad*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

6.- La reciente jurisprudencia constitucional sobre la incorporación de Derechos a los Estatutos

La legitimidad constitucional de los derechos estatutarios ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 247/2007 de 12 de diciembre (y reiterada en la STC 249/2007, de 13 de diciembre). A pesar del limitado objeto del recurso, el Tribunal ha pronunciado una sentencia directiva que clarifica el debate sobre los derechos estatutarios, declarando su legitimidad constitucional. En esta importante sentencia, el Tribunal considera que esos derechos son plenamente válidos en relación tanto con las previsiones de carácter institucional de los Estatutos (y los derechos subjetivos que se incorporen a esas previsiones) cuanto con las previsiones de carácter competencial, si bien en este último caso, entiende el Tribunal que los derechos vinculan al legislador autonómico, pero no son directamente aplicables en ausencia de desarrollo legislativo. Así, en el FJ 15 de la sentencia se indica que: “los Estatutos de Autonomía, que en el ámbito institucional del contenido estatutario pueden establecer derechos subjetivos por sí mismos, en el ámbito de atribución competencial requieren de la colaboración del legislador autonómico, de tal manera que las prescripciones estatutarias relativas a este último ámbito, cualquiera que sea el modo literal en que se enuncien, han de entenderse, según antes se acaba de decir, como mandatos, orientaciones u objetivos, dirigidos a los poderes públicos autonómicos para el ejercicio de competencias que el Estatuto atribuya”.

Esta última precisión me parece cuestionable por el alcance general y la fundamentación específica con que se presenta, ya que posiblemente está condicionada por el limitado objeto del recurso que da lugar a esta sentencia. Hay que tener en cuenta que el Tribunal ha elaborado una doctrina de extraordinario alcance sobre un solo precepto estatutario (no excesivamente relevante, por lo demás, desde la perspectiva de la incorporación de derechos a los Estatutos), lo que posiblemente ha condicionado alguna formulación concreta de la sentencia como la anteriormente indicada.

En todo caso, de acuerdo con lo que se expresa en el FJ 6 de la sentencia, el legislador estatuyente (que, no lo olvidemos, es a la vez estatal y autonómico) puede vincular al legislador autonómico mediante la inserción de derechos en los Estatutos: “la Constitución ha considerado adecuado al principio democrático que sea el legislador orgánico (art. 81 CE) y no el legislador ordinario, el que deba regular dentro de unos criterios estrictos, los

aspectos centrales, por ejemplo, de los derechos fundamentales, quedando ello reservado a las correspondientes mayorías parlamentarias cualificadas [por todas, STC 135/2006, de 27 de abril, FJ 2 c), con cita de otras]. Por tanto, los Estatutos de Autonomía también podrán establecer con diverso grado de concreción normativa aspectos centrales o nucleares de las instituciones que regulen y de las competencias que atribuyan en los ámbitos materiales que constitucionalmente les corresponden, pues no puede olvidarse que el Estatuto, aprobado como Ley Orgánica, es obra de un legislador democrático y que la regulación que realiza, como se ha dicho, es vehículo de la voluntad de autogobierno de un determinado territorio y expresión de la voluntad del Estado”.

Este criterio del tribunal es inobjetable, pues carece de todo sustento constitucional la pretensión de que el legislador estatuyente no puede limitar al legislador autonómico. Si el legislador estatuyente puede establecer con libertad en el Estatuto unas instituciones u otras o asumir unas u otras competencias dentro del marco constitucional, puede también modular ambos aspectos. Quien puede lo más puede lo menos y, por tanto, quien puede optar por incluir o no una competencia en los Estatutos puede optar también por condicionar el ejercicio de esa competencia en virtud de principios o de derechos que vinculen a los poderes públicos autonómicos.

De ahí que para el Tribunal, en el FJ 15 de la STC 247/2007, “nada impide que el Estatuto de Autonomía, en cuanto norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, al atribuir las competencias que han de ejercer los poderes públicos autonómicos, les impongan, de modo directo, criterios o directrices para su ejercicio o que lo hagan, de modo indirecto, mediante la formalización de enunciados o declaraciones de derechos a favor de los particulares. Se trata, en ambos casos, de mandatos al legislador y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la veste de que se revistan”.

7.- Conclusiones

La incorporación de derechos sociales a los Estatutos resulta especialmente relevante por diversos motivos. En primer lugar, porque supone una vinculación para las mayorías gobernantes en el futuro. Esas mayorías tendrán que respetar estos derechos sin poder legislar en contra de los preceptos estatutarios. No tendrían ese límite, sin embargo, si no se hubieran incorporado los derechos al Estatuto. Siendo un rasgo característico del Derecho constitucional moderno la limitación del poder de las mayorías, resulta evidente que la incorporación de derechos a los Estatutos

está destinada a ampliar el campo de libertad de la ciudadanía y debe ser valorada muy positivamente.

Ciertamente, las Comunidades Autónomas en las que no existe un reconocimiento estatutario de Derechos sociales pueden realizar también políticas sociales. Ahora bien, el reconocimiento estatutario de estos derechos convierte lo que antes era opcional para los poderes públicos autonómicos en obligatorio. Al estar vinculados por los Derechos sociales estatutarios, los poderes públicos tienen que ajustar sus políticas a los principios y derechos estatutarios y promover la efectividad de los derechos sociales.

En segundo lugar, la incorporación de derechos sociales a los Estatutos es también muy importante si tenemos en cuenta la importante dimensión de integración simbólica que tienen los derechos. Los Estatutos anteriores, pese a ser una referencia necesaria para las autoridades públicas y para los juristas, no establecían una vinculación directa e inmediata con la ciudadanía. La sociedad estaba prácticamente ausente de un Estatuto que se limitaba a regular los aspectos institucionales, competenciales y financieros de la autonomía.

Los nuevos Estatutos están destinados, sin embargo, a tener una mayor difusión y un alcance mucho más amplio. La vinculación de los poderes públicos autonómicos a una tabla de derechos estatutaria le otorga una vida propia a los nuevos Estatutos más allá de las instituciones y de la administración autonómica, donde los Estatutos anteriores desplegaron la mayor parte de curso vital. Los nuevos Estatutos son ahora, dentro del marco constitucional, la norma fundamental no sólo de la Comunidad Autónoma, sino también de la sociedad.

La ciudadanía está presente en los nuevos Estatutos y se irá reconociendo progresivamente en ellos gracias a los derechos estatutarios. A través de las nuevas temáticas que los Estatutos incorporan, los diversos sectores sociales podrán percibir que estas normas no sólo establecen instituciones y poderes públicos sino que les guían y les obligan a resolver los problemas que afectan a la ciudadanía.

En definitiva, a través del reconocimiento de derechos en los Estatutos, las Comunidades Autónomas han perfilado más claramente la cualidad constitucional del espacio público autonómico, definiendo las líneas prioritarias de actuación de los poderes públicos y estableciendo límites y orientaciones a las políticas públicas. Es de prever que por medio de este reconocimiento de derechos y principios, los nuevos Estatutos serán también en el futuro una expresión importante de la identidad constitucional específica de las Comunidades Autónomas.

LOS DERECHOS ESTABLECIDOS EN LA LEY DE DEPENDENCIA

JOSÉ ANTONIO MONTILLA MARTOS

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

1. Introducción

Se ha dicho, con razón, que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, es un hito en la construcción del Estado social de Derecho en España; incluso se ha presentado como el cuarto pilar del Estado del bienestar, junto a educación, sanidad y pensiones. Esto es así porque con esta Ley se garantiza el derecho universal de todos los españoles a ser atendidos por los poderes públicos cuando no puedan valerse por si mismos, más allá de la intervención de la familia o del mercado. El objeto de la Ley, según indica su artículo primero, es “regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia” (1.1). En resumen, configura una garantía mínima uniforme de un derecho subjetivo reconocido a las personas que por razón de edad, enfermedad o discapacidad necesitan la ayuda de otras para realizar actividades básicas de la vida diaria.

Este derecho de ciudadanía se garantiza a través de la creación ope legis de un modelo de atención integral al ciudadano, presentado en la Ley como sistema: el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD). El Sistema se articula, a su vez, en tres:

- a. un nivel de protección mínima establecido por la Administración General del Estado (AGE);
- b. un segundo nivel de protección acordado entre la AGE y la administración de cada una de las Comunidades Autónomas; y
- c. finalmente, un nivel adicional de protección que puede establecer libremente cada Comunidad Autónoma.

De ahí la importancia de esta Ley. Por un lado, reconoce un derecho universal de ciudadanía a la atención pública de las situaciones de dependencia; por otro, prevé un sistema para hacerlo efectivo, organizado en tres niveles en el que se incluye un marco estable de recursos y servicios. Y todo ello a partir de la denominada situación de dependencia, definida en el art. 2 de la Ley como el “estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida”. A través del SAAD se proporciona soporte a estas personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad para poder desarrollar tales actividades esenciales.

Se incluyen, por tanto, en los denominados sujetos débiles (C. de Cabo), a los que se atiende en el constitucionalismo del Estado social desde el principio de solidaridad grupal pues, como indicaba la STC 11/1981, el Estado social tiene, entre otras consecuencias, la de legitimar los medios de defensa de los intereses de grupos y estratos de la población socialmente dependientes.

Desde estas premisas, se pretende abordar en estas páginas dos cuestiones:

1. Por un lado, el proceso de configuración como derecho subjetivo reconocido por el legislador estatal lo que ha sido considerado hasta aquí como una prestación graciable, ubicada en el espacio competencial de las CCAA.
2. En segundo lugar, una vez concretada la naturaleza de este derecho y el marco competencial, repasaremos también las distintas prestaciones que se prevén en la Ley, aunque de una forma necesariamente descriptiva pues el desarrollo del Sistema está iniciándose.

2. El reconocimiento de un derecho subjetivo a la autonomía personal en el espacio competencial del Estado

2.1. La configuración de un derecho subjetivo reconocido por el Estado a la ciudadanía

La atención a las situaciones de dependencia se encuadra en el ámbito más amplio de la asistencia social. En el momento de aprobarse la Constitución y los Estatutos de Autonomía, la delimitación de la materia de asistencia social, como técnica pública de protección social, resultaba bastante clara. Era la versión actualizada de la beneficencia pública, en la que históricamente halla sus raíces (STC 146/1986/2). Desde esa concepción, la distinción con la Seguridad Social tampoco planteaba dudas en cuanto ésta, como heredera de los antiguos seguros sociales, se asentaba sobre un amplio conjunto de prestaciones de carácter contributivo.

En ese sentido, la asistencia social era una técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separaban de otras afines o próximas a ella (STC 146/1986/2).

Estos elementos distintivos eran básicamente tres:

1. En primer lugar, la existencia de una situación de necesidad, que obligaba, a su vez, a la prueba de que faltaban medios económicos para hacer frente a la misma¹⁶.
2. En segundo lugar, su carácter de red asistencial de *ultima ratio* y el carácter también residual de las situaciones contempladas¹⁷.
3. Y, en tercer lugar, directamente en el ámbito que nos ocupa, la discrecionalidad en su reconocimiento, sin configurar auténticos derechos subjetivos.

Las prestaciones de la Seguridad Social generaban derechos subjetivos para sus beneficiarios, por su carácter contributivo. Sin embargo, la asistencia social estaba sometida a una mayor discrecionalidad en su otorgamiento y, en puridad, no daba origen a derechos subjetivos plenos¹⁸.

Si fijamos el foco en el reparto de competencias entre el Estado y las CCAA apenas se planteaban problemas. La asistencia social, considerada como una prestación graciable, era una competencia exclusiva de las CCAA, que mejoraba el sistema prestacional desde fuera, externamente. El art. 148.1.20 CE la menciona entre las materias competenciales que podían ser asumidas desde la aprobación de los Estatutos por todas las CCAA, sin que el Estado se reserve ninguna capacidad de actuación.

Sin embargo, esa situación de partida se ha modificado en la actualidad. La parte de protección social, dejada exclusivamente a las CCAA a través de la materia de asistencia social, se vinculaba a situaciones marginales, con escaso peso en el conjunto del gasto de protección. Sin embargo, paulatinamente se ha extendido a nuevas situaciones de necesidad planteadas por la ciudadanía, en el marco del Estado social de Derecho, lo que tiene consecuencias también desde la perspectiva del reparto competencial.

Como han explicado los profesores García Herrera y Maestro, la distinción entre asistencia social y seguridad social ha quedado diluida en virtud de una concepción más global de la protección en el Estado social¹⁹. Ello ha dado lugar, desde la década de los ochenta del pasado siglo, a una notable conflictividad competencial entre

¹⁶ Cfr. M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1998, p. 545.

¹⁷ Cfr. C. MOLINA NAVARRETE, "Los nuevos Estatutos de autonomía y el reparto constitucional de competencias en las materias de empleo, trabajo y protección social", pp. 117-124.

¹⁸ Cfr. S. BARCELON, G. QUINTERO, "Delimitación competencial de la protección social de las situaciones de dependencia", *Relaciones laborales*, 2003, II, p. 203.

¹⁹ GARCÍA HERRERA, M.A. y MAESTRO BUELGA, G., "Prestaciones sociales y Comunidades Autónomas", en M.A. GARCÍA HERRERA (dir.), *El constitucionalismo en la crisis del Estado social*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 1997, pp. 395-466.

el Estado y las Comunidades Autónomas. Las CCAA reclaman la competencia, sobre todo el ámbito no contributivo, de la Seguridad Social, incluyéndolo en la asistencia social. El Estado, por su parte, reclama competencias en el ámbito asistencial, al adquirir un carácter que trasciende a la tradicional atención residual o complementaria, para configurar servicios sociales con vocación de sistema que requieren un planteamiento global de ámbito estatal²⁰.

El Tribunal Constitucional ha respondido a esta situación con una jurisprudencia casuística, en la que destaca la distinción entre asistencia social "interna" al sistema de Seguridad Social, de competencia estatal, y la asistencia social "externa", de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. De esta forma, se produce la concurrencia competencial de la modalidad no contributiva de la Seguridad Social y el título competencial autonómico de asistencia social²¹. El ejemplo paradigmático es acaso la STC 239/2002, que legitima la intervención desde la asistencia social "externa" para suplementar, de manera directa, el *quantum* de prestación de Seguridad Social no contributiva que reciben los beneficiarios de la misma, residentes en la Comunidad Autónoma que las aprueba, naturalmente a cargo de la propia Comunidad Autónoma²².

Si nos hemos adentrado en esta cuestión, ajena en sentido estricto al objeto de estas páginas, era para mostrar que la asistencia social ha perdido en la actualidad sus rasgos tradicionales, anodados al inicio. Ya no tiene un carácter residual, ni extraordinario, caracterizado por la discrecionalidad en su otorgamiento. Se advierten, por el contrario, diversos sistemas de servicios sociales para la prestación de servicios públicos que garantizan derechos sociales de carácter prestacional. Y esto se hace en el ámbito autonómico, pues no olvidemos que es competencia de las CCAA.

²⁰ Si bien de forma aislada, este argumento fue reconocido por el Tribunal Constitucional en la STC 146/1986/5 cuando indica que "pueden existir supuestos especiales o particulares que requieren un planteamiento global de ámbito estatal, a través de intervenciones de asistencia social de alcance supra autonómico".

²¹ Como indicaba la STC 76/1986/7, "es una exigencia del Estado social de derecho (art. 1 CE) que quienes no tengan cubiertas sus necesidades mínimas por la modalidad no contributiva del Sistema de Seguridad Social puedan acceder a otros beneficios o ayudas de carácter o naturaleza diferente, habida cuenta de que esta zona asistencial interna al sistema coincide con el título competencial del art. 148.1.20 CE. Esta confluencia no puede impedir a las CCAA que actúen en esa franja común cuando ostentan título competencial suficiente, máxime si se considera que, en determinadas coyunturas económicas, el ámbito de protección de la Seguridad Social pudiera conllevar limitaciones asistenciales y prestacionales que, por ello, precisen de complementación con otras fuentes para asegurar el principio de suficiencia al que alude el art. 41 CE".

²² Indica expresamente el Tribunal que "en el ejercicio de su competencia de Asistencia Social, podrá crear prestaciones que complementen a las establecidas en el Sistema de Seguridad Social, siempre y cuando se orienten a compensar un hecho diferencial socio-económico relevante para garantizar la igualdad real, no desnaturalice la prestación y se realice a cargo de sus Presupuestos". Cfr. ampliamente sobre esta sentencia, C. MOLINA NAVARRETE, "Polvos y lodos: complementos autonómicos a pensiones contributivas ¿fraude constitucional o justicia social?, Relaciones laborales, 2004, 13.

La consecuencia de este proceso de generalización de la asistencia social por la actuación de las CCAA es que los derechos subjetivos de carácter prestacional, reconocidos paulatinamente en éstas a través de la aprobación de leyes de servicios sociales u otras leyes sectoriales, y sus reglamentos de desarrollo, se hacen efectivos a través de servicios públicos y una tipología de servicios. Y esto sin perjuicio de cual sea la situación en un momento determinado en cada una de las CCAA pues en todas ellas se ha iniciado el proceso y el principio de emulación está provocando la extensión de ese reconocimiento de derechos. En definitiva, con la creación de redes autonómicas de servicios sociales y el correspondiente reconocimiento de derechos prestacionales de carácter asistencial, los ciudadanos se han convertido en beneficiarios de "derechos subjetivos plenos", jurisdiccionalmente fiscalizables.

Además, las reformas estatutarias culminadas en los últimos años, específicamente las de Cataluña (LO 6/2006) y Andalucía (LO 2/2007), suponen una garantía adicional, al trasladar esos derechos al bloque de la constitucionalidad. Así, en relación a la dependencia, el art. 24.2 EAC señala que "las personas con necesidades especiales para mantener la autonomía personal en la actividad de la vida diaria, tienen derecho a recibir la atención adecuada a su situación de acuerdo con las condiciones que se establezcan" y según el art. 24 EAA, "las personas con discapacidad y las que estén en situación de dependencia tienen derecho a acceder, en los términos que establezca la ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesaria para su desarrollo personal y social"²³. En consecuencia, la generalización de los servicios sociales autonómicos y su reconocimiento normativo se vincula a la configuración de nuevos derechos de prestación para los ciudadanos.

Todo ello ha ocurrido en el ámbito autonómico. La actuación del Estado se ha limitado a la suscripción de convenios-tipo de carácter anual, con el objeto de aportar fondos a las CCAA para que desarrollen programas sociales en ejercicio de sus competencias y, en su caso, a la participación en la distribución de esos fondos en el seno de la Conferencia Sectorial de Asuntos Sociales.

Concretémoslo ya en lo que específicamente nos ocupa: la atención a las situaciones de dependencia. ¿Cuál ha sido la actuación

²³ Y ello sin perjuicio del carácter de mandato al legislador que la STC 247/2007 atribuye a estos derechos estatutarios pues más allá de lo discutible de tal configuración resulta indiscutible que vinculan a los poderes públicos autonómicos, obligándolos al desarrollo legislativo de esos derechos estatutariamente reconocidos; son "mandatos al legislador y a los restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la veste de que se revistan" (STC 247/2007/15).

de las CCAA y, en su caso, del Estado hasta la entrada en vigor de la Ley 39/2006?

En el ámbito autonómico advertimos una diversidad de actuaciones de las CCAA al afrontar la atención a las personas en situación de dependencia. No se advierte un tratamiento homogéneo sino diversas iniciativas de regulación autonómica con distinto alcance y naturaleza. El análisis de las normas autonómicas aprobadas muestra la inexistencia de notas comunes que doten a los ciudadanos en cualquier lugar del territorio de una expectativa de asistencia con un contenido mínimo común como exige el principio de igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos (art. 149.1.1 CE) que no equivale, como concretamos después, a uniformidad. Ocurre que las prestaciones ofrecidas, el modo de determinar el grado de dependencia, o las edades marcadas como límite eran distintas en las diversas CCAA, por no referirnos a las que no prevén un específico modelo de atención.

En concreto, sólo cinco CCAA habían regulado legislativamente la atención a las situaciones de dependencia, si bien de forma asistemática. En dos casos la norma legal pretendía la protección de un colectivo concreto frente a determinadas situaciones de necesidad por dependencia (Andalucía, con la Ley 1/1999, de atención a personas con discapacidad y la Ley 6/1999, de atención y protección a las personas mayores y Castilla-León, con la Ley 5/2003, de atención y protección a las personas mayores). En otros dos supuestos se articulaba la protección específica de las personas dependientes dentro del marco establecido de servicios sociales (Asturias, pues la Ley 1/2003, de servicios sociales, contiene una definición de la dependencia y el sistema de servicios sociales incluye entre sus prestaciones medidas de apoyo a las personas dependientes y sus familias; y Madrid, cuya Ley 11/2003, de servicios sociales, dedica un título a la atención social de la dependencia). Sólo en un territorio se había aprobado una Ley cuyo objeto exclusivo era la atención a las personas dependientes. En Cantabria la Ley 6/2001 se dedica de forma específica a la atención y protección de las personas en situación de dependencia y organiza la acción protectora en tres niveles: la teleasistencia y el servicio de atención domiciliaria; los centros y servicios de atención diurna; y los centros y servicios de atención continuada las veinticuatro horas.

Ciertamente, los modelos o sistemas seguidos en los distintos territorios eran diversos y de ello resultaba un modelo de protección absolutamente heterogéneo. Es precisamente ese tratamiento diverso de lo que ya no son prestaciones discrecionales sino auténticos derechos, aunque reconocidos de forma diversa,

lo que habilitaba la regulación estatal de las condiciones básicas en virtud del art. 149.1.1 CE para garantizar un mínimo de derechos sociales comunes a toda la ciudadanía del Estado. Para que el Estado pudiera regular esas “condiciones básicas” no resultaba preciso que en todas las CCAA se hubiera producido ese reconocimiento de prestaciones como derechos subjetivos sino que resultaba suficiente la constatación de que se estaba produciendo esa regulación heterogénea para que el Estado pudiera garantizar un contenido mínimo común. Y ello, reiteramos, porque no estamos ante una opción de los poderes públicos al albur de la situación financiera del territorio, sino ante un derecho subjetivo de configuración legal. Por tanto, lo que empezó vinculado a la beneficencia, o siquiera merecía atención por atenderse desde la red de solidaridad familiar, ha terminado convertido en un derecho subjetivo invocable, directa o indirectamente, ante los poderes públicos.

En la atención a las situaciones de dependencia se estaba produciendo en España un proceso ciertamente diverso de conversión de prestaciones graciables en derechos reconocidos por el legislador autonómico, diferente en unos y otros territorios. Ante esta situación, no basta con reclamar una mayor atención por parte de las CCAA y, en consecuencia, un mejor reconocimiento de los derechos prestacionales. Podemos presumir que los avances en esta dirección pueden provocar una mayor dispersión en el tratamiento y, sobre todo, notables diferencias en la atención a la dependencia en las distintas CCAA en virtud de sus condiciones financieras. En esas condiciones, el Estado pretende garantizar un contenido mínimo igualitario en la atención a las situaciones de dependencia.

Puede convenirse, tras lo expuesto hasta aquí, que la Ley 39/2006 supone un notable cambio cualitativo respecto a la situación previa. Con ella, el Estado configura un Sistema de atención a las situaciones de dependencia de carácter estatal, el mencionado SAAD. Se pretende garantizar que efectivamente esas prestaciones graciables se van a convertir en derecho de ciudadanía en toda España, garantizándose un mínimo común que podrá ser completado por acuerdo con las CCAA (segundo nivel) e incluso ampliado por éstas (tercer nivel).

El obstáculo fundamental para esta propuesta radica, como puede también deducirse de lo expuesto hasta aquí, del reparto competencial pues esta actuación del legislador estatal incide en la materia competencial de asistencia social, de competencia exclusiva autonómica, y lo hace con el único fundamento constitucional del art. 149.1.1 CE. El legislador estatal podría haber

incluido el SAAD en la Seguridad Social, como ocurre en Alemania²⁴ o Austria, de manera que resultara financiado mediante las cotizaciones de trabajadores y empresarios²⁵. En ese caso, la competencia estatal para aprobar la Ley plantearía menos dudas. Pero ha soslayado esa opción, con lo cual aboca al debate competencial antes apuntado, dados los límites del título competencial aducido por el Estado.

Se han planteado distintas razones para explicar esta decisión de la Ley 39/2006. Por un lado, podría deberse a la preocupación por la viabilidad económica del sistema de pensiones, como principal componente de gasto de la Seguridad Social, que resultaría alterado por la incidencia de la acción protectora de la dependencia, al precisar una ingente cantidad de recursos económicos. Por otro, se trataría de permitir a las CCAA jugar un papel notable en el Sistema, lo que resultaría más complicado si se hubiera ubicado en la Seguridad Social, por el carácter estatal de esta materia y las limitaciones a la incidencia autonómica²⁶.

En cualquier caso, lo cierto es que se ha configurado un sistema de protección social de las situaciones de dependencia al margen de la Seguridad Social, encuadrado, por tanto, en la materia de asistencia social, de competencia exclusiva de las CCAA, desde el art. 149.1.1 CE que habilita al Estado para regular "las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos"²⁷.

Más allá de la valoración que merezca, interesa exponer la razón de este cambio, consecuencia, a mi juicio, de la evolución de la materia asistencia social. Se ha superado la idea de beneficencia o ayuda social, sustituida por la concepción de derechos sociales de carácter subjetivo y naturaleza prestacional estructurados

²⁴ Sobre el seguro de dependencia alemán introducido en los años 1994 a 1996 y el debate existente ante su situación actual de crisis, cfr. U. KÖBL, "El seguro de dependencia alemán: principales rasgos y problemas actuales", *Relaciones laborales*, 13, 2004, pp. 293-316.

²⁵ No creo, sin embargo, que resulte una obligación derivada del art. 41 CE, que vincula seguridad social con asistencia social, pues, como se ha explicado en el texto, se ha producido una distinción nítida de ambos títulos competenciales en virtud de lo indicado en los títulos de reparto competencial incluidos en el art. 149.1.17 CE, por un lado, y 148.1.20 CE, por otro.

²⁶ Estas dos explicaciones en B. SUÁREZ CORUJO, "Dependencia y Estado autonómico. El encaje competencial del Proyecto de ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia", *Relaciones laborales*, 14, 2006, p. 66. En su opinión, la opción "natural" hubiera sido, en todo caso, integrar la dependencia dentro del sistema de Seguridad Social y hacerlo en los mismos términos que plantea la Ley, esto es, garantizando el Estado unas prestaciones y servicios básicos en todo el territorio (pp. 67 y 72-73).

²⁷ El Libro Blanco sobre la "Atención a las personas en situación de dependencia en España" y el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto exponen los tres modelos de protección existentes en Europa: en primer lugar, el de protección universal y financiación mediante impuestos (países nórdicos, Holanda); en segundo lugar, el modelo bismarckiano de protección a través del sistema de Seguridad Social (Alemania, Austria) y, en tercer lugar, el modelo asistencial, dirigido esencialmente a ciudadanos carentes de recursos (países del sur de Europa). La Ley 39/2006 inserta a España en el tercer modelo pero con rasgos singulares en cuanto tiene un carácter universal, garantizado por el Estado, al menos en el nivel básico de protección.

en un sistema, que no se ha querido incorporar a la Seguridad Social. Esto es lo que permite intervenir al Estado con el título del art. 149.1.1 CE que le habilita para “regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad”.

En ese tránsito hacia la acción social las prestaciones asistenciales han dejado de ser discrecionales para configurar derechos subjetivos y, a partir de esa nueva situación, la competencia exclusiva de las CCAA resulta mediatizada por la intervención estatal para garantizar una igualdad mínima en el ejercicio de estos derechos en toda España. La justificación de la intervención estatal no radica, por tanto, en la falta de financiación autonómica, que puede ser atendida por la vía de los convenios para la aportación de fondos, sino en la garantía de una igualdad básica en el ejercicio de los derechos prestacionales derivados de la atención a las situaciones de dependencia, más allá de la actuación de cada Comunidad Autónoma. Estamos ante la garantía de la homogeneidad social básica característica de los Estados descentralizados. En Estados Unidos la cláusula de “equal protection” hace posible una cierta estandarización de la protección; en Alemania e Italia es, como se sabe, el principio de uniformidad en las condiciones de vida el que cumple esa función. En España, la Ley 39/2006 pretende esa homogeneidad básica de las prestaciones sociales de atención a las situaciones de dependencia como derechos subjetivos a través del art. 149.1.1 CE. Se tiende a convertir ese precepto en la cláusula de uniformidad de las condiciones de vida que no existe en nuestro ordenamiento constitucional²⁸.

2.2. ¿Es el art. 149.1.1 CE un título competencial adecuado para que el Estado pueda reconocer este derecho subjetivo de ciudadanía?

La cuestión ulterior que no podemos soslayar es si, efectivamente, el Estado podía utilizar el art. 149.1.1 CE como título competencial para aprobar esta Ley.

En la actualidad se han reforzado las competencias autonómicas en asistencia social, como muestran los nuevos Estatutos de autonomía aprobados en Cataluña, Andalucía, Baleares, Aragón o Castilla-León. No sólo se garantiza mejor el espacio competencial autonómico, con el desglose de las actividades públicas de

²⁸ Así lo indica expresamente la STC 13/1992/14 cuando se refiere a las “medidas prestacionales tendentes a asegurar un mínimo vital para los ciudadanos que garantice la uniformidad de las condiciones de vida, lo que se inserta lógicamente en las condiciones básicas de la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales que el art. 149.1.1 CE atribuye al Estado como competencia exclusiva”.

competencia autonómica²⁹, sino que el título asistencia social se denomina ahora servicios sociales. Se pretende con ello otorgarle un sentido omnicomprendivo y potencialmente más expansivo pues incorpora el conjunto de actividades y programas dedicados a mejorar el bienestar de las personas y grupos, en el que se incluye la atención a las situaciones de dependencia³⁰.

El cambio terminológico resulta coherente con el abandono de cualquier reminiscencia de la beneficencia pública como forma de atención eventual y residual para configurar un sistema de servicios sociales en el que se garantizan plenamente derechos subjetivos de carácter prestacional. Pero, como hemos advertido, precisamente ese reconocimiento de derechos hace posible la incidencia estatal para regular las condiciones básicas iguales en el ejercicio de estos derechos en toda España. La competencia exclusiva de la CA no impide, en cualquier caso, esta incidencia. La referencia del art. 110 EAC a que corresponde a la Generalitat "de manera íntegra, la potestad legislativa" no es óbice para la regulación prevista en el art. 149.1.1 CE, en virtud del principio de supremacía que obliga a interpretar el precepto estatutario conforme al constitucional. Debe interpretarse en el sentido del art. 42.2.1 del Estatuto andaluz: "íntegramente y sin perjuicio de las competencias atribuidas al Estado en la Constitución"³¹.

En cualquier caso, es sabido que el art. 149.1.1 CE no habilita para regular en relación a cualesquiera derechos sino únicamente a derechos constitucionales. Por tanto, debemos plantearnos si los derechos que ahora nos ocupan son "derechos constitucionales" pues se nos presentan, a lo sumo, como derechos estatutarios. La atención a las personas en situación de dependencia se ubica en los artículos 49 y 50 de la Constitución, pese a su carácter transversal, esto es, entre los principios rectores de la política social y económica. El art. 53.3 CE prevé la conversión de estos principios en auténticos derechos alegables ante la jurisdicción "de acuerdo con la legislación que lo desarrollen". Por ello, cuando el legislador los reconoce y les da la estructura normativa de derechos, son derechos constitucionales pues sólo requerían

²⁹ Sobre esta cuestión remito a mi trabajo, "La legislación básica tras las reformas estatutarias", REDC, 70, 2006.

³⁰ En cualquier caso, debe recordarse, con GARCÍA HERRERA y MAESTRO BUELGA que "no han sido nunca conceptos netamente diferenciados, ni en nuestro derecho positivo, ni siquiera en el derecho internacional (art. 14 de la Carta Social Europea). Cfr. op. cit. p. 431.

³¹ Es conocida la doctrina del Tribunal Constitucional en este sentido: "El Estatuto de Autonomía, al igual que el resto del ordenamiento, debe ser interpretado siempre de conformidad con la Constitución y, por ello, los marcos competenciales que la Constitución establece no agotan su virtualidad en el momento de aprobación del Estatuto de Autonomía" (STC 18/1982); "fuerza normativa (de la Constitución) que no se agota ni disminuye con la promulgación de los Estatutos de Autonomía, cuyos preceptos, por más que califiquen como exclusiva la competencia asumida *ratione materiae*, nada pueden frente a las normas constitucionales que, en su caso, reconozcan al Estado títulos competenciales sobre la misma materia" (STC 20/1988/3).

para serlo esa intervención mediadora del legislador, conforme al art. 53.3 CE, esto es, los derechos sociales con anclaje constitucional en los principios rectores de la política social y económica se convierten en derechos constitucionales en virtud de la intermediación legislativa pues esa conversión deriva de la propia regulación constitucional (art. 53.3 CE en relación al Capítulo III del Título I).

A estos efectos resulta indiferente que sea el legislador estatal, el legislador autonómico o concurren ambos. Dependerá del espacio competencial en el que se encuadre la materia respectiva en el reparto derivado del bloque de la constitucionalidad. Si es una materia de competencia autonómica deberá ser ese legislador el que proceda a la conversión en derechos de lo que, sin esa actuación del legislador, son únicamente principios rectores. Pero esos derechos son constitucionales pues se vinculan al artículo 53.3 CE y al precepto constitucional que contenga el principio rector concreto. En ese sentido, la intervención del estatuyente refuerza ese carácter de derechos constitucionales. No podemos olvidar que el Estado social es sobre todo Estado autonómico, con la intervención niveladora por abajo del Estado. También desde esa perspectiva, el Estado puede establecer las condiciones mínimas para que esos nuevos derechos, entre los que se incluye el que ahora nos interesa, sean ejercidos en iguales condiciones básicas en toda España.

Pero, aceptada inicialmente la intervención estatal a través del art. 149.1.1 CE por el reconocimiento autonómico de derechos constitucionales, la cuestión fundamental es su alcance, específicamente funcional, esto es, si ello le permite establecer un Sistema como el que aquí analizamos. La sentencia clave sobre esta cuestión acaso sea la 61/1997. Procede acotar, por tanto, algunos rasgos definitorios de este título competencial del Estado. El art. 149.1.1 CE reconoce la competencia para la "regulación de las condiciones básicas", esto es, habilita para la actuación normativa como "título competencial autónomo, positivo o habilitante (SSTC 61/1997 y 188/2001), con un "contenido propio, no residual". Por tanto, nada impide la regulación de estas situaciones con el amparo de este título competencial, constreñida al ámbito normativo, es decir, sin adentrarse en la ejecución ni en el diseño completo del régimen jurídico (STC 61/1997/7)³².

Cuando el Tribunal indica que no puede operar como un título horizontal capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento (STC 61/1997) debe interpretarse en el sentido anterior, esto es, sin negar el carácter de título propio, autónomo,

³² Resulta posible, de cualquier forma, la remisión reglamentaria cuando resulte necesaria para determinar las condiciones básicas.

positivo y habilitante. Pero, ¿qué puede hacer el Estado amparándose en ese título en el espacio competencial autonómico; cuál puede ser el alcance de esa regulación? En este punto, es conocida la distinción que introdujo la STC 61/1997 entre legislación básica y condiciones básicas del art. 149.1.1 CE. Si tenemos en cuenta la indefinición sobre qué es lo básico y cómo se determina³³, podemos pensar que esa distinción tiene un escaso alcance en la práctica. Sin embargo, a diferencia de lo ocurrido con lo básico, el Tribunal ha sido algo más concreto al definir el significado de las condiciones básicas. La STC 188/2001 aclara que condiciones básicas es “aquello que garantiza la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, de forma que el concreto régimen jurídico será determinado de acuerdo con el orden constitucional de competencias”. Tenemos, por tanto, la distinción primera: la regulación de las posiciones jurídicas fundamentales compete al Estado y el régimen jurídico a las CCAA. El art. 149.1.1 CE implica, en consecuencia, una “exigencia de igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales” (STC 251/2006/11), y eso es lo que podrá regular el Estado.

La regulación estatal que habilita el art. 149.1.1 CE tiene, en cualquier caso, algunas limitaciones que han sido concretadas, específicamente, por la STC 61/1997. Así:

- a. No puede suponer una normación completa y acabada del derecho de que se trate y, en consecuencia, las CCAA podrán aprobar las normas atinentes al régimen jurídico del derecho (STC 61/1997). De cualquier forma, no estamos ante una dimensión susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara, sino que será luego el legislador autonómico, competente en la materia, quien, respetando tales condiciones básicas, establezca su régimen jurídico de acuerdo con el orden constitucional de competencias (STC 61/1997/7 a).
- b. En segundo lugar, esa distinción de la relación bases-desarrollo tiene otra consecuencia pues señala la propia STC 61/1997 que el tratamiento habilitado por el art. 149.1.1 CE debe ser “entero”, no principal. Por tanto, las condiciones básicas no son los principios que rigen un desarrollo autonómico ulterior, sino la regulación de las posiciones jurídicas fundamentales en relación a un determinado derecho para garantizar la igualdad mínima de todos los españoles en su ejercicio³⁴.

³³ Cfr. mi trabajo “La legislación básica...”, cit.

³⁴ En otro sentido, debe apuntarse también que esta regulación de las condiciones básicas ex art. 149.1.1 CE no puede por sí misma llegar a imponer conductas determinadas a otros entes públicos habida cuenta que el destinatario de dicho título competencial es exclusivamente el ciudadano, en cuanto titular de derechos y deberes constitucionales.

Pero, más allá de los límites, la propia STC 61/1997/8 nos aporta una aproximación positiva al contenido material de las posiciones jurídicas fundamentales. Nos dice que serán las facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos pero también los criterios que guardan una relación necesaria o inmediata con las condiciones básicas como son el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho; los deberes, requisitos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho o los requisitos indispensables.

En cualquier caso, las condiciones básicas adquieren un sentido distinto en los derechos de prestación y, en concreto, en el derecho a la autonomía personal y a la atención de las situaciones de dependencia, como reconocimiento a sus titulares de la facultad para exigir ayudas en forma de servicios o en su defecto de prestaciones económicas sustitutivas. En concreto, puede alcanzar a determinados elementos que en estos derechos, a diferencia de los de libertad o políticos, resultan necesarios para garantizar un mínimo de calidad en la prestación pues como resulta conocido, en estos derechos se impone una obligación de resultado (expectativa positiva de prestación), y no sólo de comportamiento (expectativa negativa de no lesión). En ese sentido, el derecho a un mínimo igual en la atención a las situaciones de dependencia en toda España no puede ser ajeno aquí al grado de dependencia, a los requisitos mínimos para acceder al Sistema o a los criterios para el reconocimiento del derecho, por citar algunos ejemplos.

Dos aspectos tienen especial significado en este punto: la dimensión organizativa o institucional, y, por otro, las materias conexas a las condiciones básicas. En cuanto a la dimensión organizativa o institucional, la inclusión en las condiciones básicas del marco organizativo que posibilita el ejercicio del mismo se reconoce en diversas sentencias como la STC 154/1988, en relación a la inscripción censal; la STC 103/1999, en relación al registro de marcas; o la STC 290/2000, en relación a la Agencia de protección de datos. En esta última, se indica de forma nítida la posibilidad de que junto a la normación como aspecto esencial del artículo 149.1.1 CE, las regulaciones estatales dictadas al amparo de este precepto contengan una dimensión institucional cuando sea imprescindible para garantizar la eficacia del derecho o la igualdad de todos los españoles en su disfrute. Finalmente, tampoco podemos olvidar las cuestiones de carácter "conexo" a las condiciones básicas, en cuanto guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, específicamente cuando el Estado carece de otro título para intervenir, que establece la propia STC 61/1997,

y, sin duda, limita el carácter restrictivo que esta misma sentencia había dado al art. 149.1.1 CE³⁵.

Esto no afecta, conviene expresarlo con nitidez, a la distinción previa entre igualdad de posiciones jurídicas fundamentales y tratamiento jurídico uniforme. El artículo 149.1.1 CE habilita la regulación estatal para garantizar lo primero, pero con esa regulación no puede pretender la uniformidad de derechos, ni siquiera la promoción de la igualdad sustancial (STC 152/1988/4). A partir de la garantía de igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales ha de permitirse la pluralidad normativa de las CCAA y, con ello, la divergencia normativa³⁶. Sin duda, como indican las SSTC 173/1998 y 178/2004, estamos ante una habilitación para que las competencias autonómicas resulten condicionadas como consecuencia de estas "condiciones básicas" para garantizar la igualdad en el ámbito de los derechos constitucionales. Sin embargo, la actuación estatal debe limitarse a esa garantía de un mínimo común, a partir del cual se desarrolla la diversidad que caracteriza al Estado autonómico. En ese sentido, señala el Tribunal Constitucional que no "representa una suerte de prohibición para el legislador autonómico de un trato divergente respecto a la legislación estatal" y, en consecuencia, las CCAA pueden establecer diferencias entre sus normas (STC 98/2004). Debe entenderse que ese tratamiento diferenciado se produce a partir del mínimo común, de la regulación uniforme.

Hasta aquí los rasgos básicos del título competencial del Estado ex art. 149.1.1, específicamente en relación a los derechos de prestación. Desde esta interpretación creo que la Ley 39/2006 encaja en esta concepción, con algunos matices en el desarrollo del sistema y más allá de objeciones concretas³⁷. Pero, en lo que ahora nos interesa, habilita para el reconocimiento de derechos de las personas en situación de dependencia en toda España. Por tanto, la cuestión final que debemos abordar es la de ¿cuáles son esos derechos y sus condiciones de ejercicio?

³⁵ La enumeración de estas cuestiones conexas aceptadas por el Tribunal en la STC 61/1997, en M.A. CABELLOS ESPÍERREZ, op. cit. pp. 155-158.

³⁶ En ese sentido, no compartimos la posición del Dictamen número 279 del Consejo Consultivo de Cataluña cuando indica en su apartado IV.4 a) que la CA en el marco de sus competencias puede establecer una regulación propia completa y una supuesto propio de derechos subjetivos, de lo que se derivan "desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas CCAA" pues la Constitución no exige "un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado". Sin embargo, esto no es óbice para una regulación estatal que garantice las "posiciones jurídicas fundamentales".

³⁷ Sobre estas remito a mi trabajo "El debate competencial en torno a la Ley de Dependencia", en *Informe Comunidades Autónomas 2006*, Institut de Dret Public, Barcelona, 2007, pp. 853-878.

3. Los derechos de la ciudadanía en la Ley de Dependencia

Hemos señalado ya que los derechos reconocidos en la Ley 39/2006 a toda la ciudadanía son derechos de prestación, vinculados a la función asistencial. Los poderes públicos se comprometen a asegurar la realización de esos derechos determinando sus condiciones materiales de ejercicio. Desde esta perspectiva organizativa o procedimental, el elemento básico es la creación instrumental de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas implicadas, en sus distintos niveles. La creación de este Sistema implica la existencia de un marco o estructura estable provisora de servicios y recursos básicos para la atención integral a las personas en situación de dependencia.

Los titulares de los derechos previstos en la Ley son las personas sometidas a una situación de dependencia por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad. Estas circunstancias, ligadas a la falta o la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, hacen que precise de la atención de otras personas o de ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria para su plena autorrealización individual en el ámbito social. El art. 5 de la Ley concreta esa titularidad.

En este sentido, son titulares, en primer lugar, los españoles que se encuentren en situación efectiva de dependencia, en alguno de los grados establecidos, siempre y cuando hayan residido en territorio español, por lo menos durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud (requisitos éstos que se exigirán a quien ejerza la guarda y custodia del menor dependiente). Se limita el ejercicio para los españoles que residan fuera del territorio del Estado.

En cuanto a los extranjeros, la Ley remite a lo establecido en la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, siempre que reúnan los requisitos exigidos a los españoles. De ambas previsiones resultan varios aspectos reseñables respecto a las condiciones de ejercicio de estos derechos por parte de los extranjeros. En primer lugar, deben haber residido durante cinco años en España de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud. Sólo de forma genérica, sin que se concrete su alcance, el art. 5.3 de la Ley indica que "el Gobierno podrá establecer medidas de protección a favor de los españoles no residentes en España".

En segundo lugar, cumplida esa condición de ejercicio y encontrándose en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos, los extranjeros residentes "tendrán derecho a los

servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a los específicos en las mismas condiciones que los españoles" (art. 14.32), por tanto, se establece la absoluta igualdad en las condiciones de ejercicio entre españoles y extranjeros con permiso de residencia permanente en España.

A su vez, en tercer lugar, en relación a los restantes extranjeros el art. 14.3 señala que "los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas" pero no a las específicas. Deberá ser el Consejo Territorial del SAAD quien determine cuáles son las prestaciones sociales básicas que corresponden a cualesquiera persona que se encuentre en España al margen de su nacionalidad y su situación administrativa, pero puede presumirse que incluirá, cuando menos, el nivel de protección mínima al que se refiere el art. 7 de la Ley. Finalmente, en el supuesto de que los extranjeros sean menores, se estará a lo estipulado en las leyes del menor tanto estatal como o autonómicas vigentes y a los tratados internacionales de protección de sus derechos.

Más allá de los titulares debemos detenernos también en el objeto del derecho, esto es, ¿en qué consiste ese derecho universal subjetivo de ciudadanía? La Ley nos ofrece la respuesta primera: es el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones y servicios previstos en esta Ley. La cuestión ulterior es, lógicamente, la delimitación de estas prestaciones y servicios destinados a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria. La distinción no es baladí pues se prevén una serie de servicios y de no ser posible la atención mediante ellos se incorpora la prestación económica para la cobertura de gastos del servicio previsto en el Programa Individual de Atención. Incluso, con carácter excepcional, se podrá recibir una prestación económica a fin de que la persona dependiente sea atendida por cuidadores no profesionales.

El catálogo de servicios viene establecido en la Ley, sistematizando los servicios que ya se prestan en estas situaciones. Se distinguen cuatro niveles de atención, más allá de los servicios de prevención, que configuran el catálogo de servicios:

- a. Teleasistencia. Es un servicio muy implantado en la mayor parte de CCAA y generalmente gestionado por las diputaciones provinciales.
- b. Ayuda a domicilio, tanto para la atención a las necesidades del hogar como para los cuidados personales.
- c. Centros de día y noche. En estos se distinguen los centros de día para mayores, los centros de día para menores de 65

años, los centros de día de atención especializada y los centros de noche.

- d. Atención residencial en la que se distingue las residencias para personas mayores en situación de dependencia y los centros de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.

En realidad son servicios ya existentes que ahora se integran en un Sistema en red, que deberá ser completado para garantizar el ejercicio de los derechos. Son las CCAA quienes gestionan esta red de asistencia formada por centros de las propias CCAA, de los municipios e incluso privados concertados, debidamente acreditados para prestar el servicio de acuerdo a las previsiones que se establecen en la Ley. Además, el Sistema contará con centros estatales de referencia de atención a personas dependientes cuya construcción está prevista para los próximos años. Es el caso del centro del Alzheimer que se construirá en Salamanca; el de Enfermedades raras en Burgos o el de Trastorno Mental grave en Valencia.

La prestación económica se reconocerá cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado. Es, por tanto, para la adquisición de un servicio y establece su cuantía que puede alcanzar los 785 euros en el Grado III. También tiene un carácter excepcional la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidados no profesionales (de entre 390 y 487 euros) pues se pretende configurar un sistema de atención pública o privada concertada en el que la prestación económica directa tiene un carácter residual, cuando la prestación del servicio no resulta posible o no parece adecuada.

De hecho, el disfrute de estos servicios o prestaciones tiene su origen en el ejercicio de un derecho procedimental. Consiste en la facultad que se reconoce a las personas en situación de dependencia para iniciar acciones administrativas y jurisdiccionales para acceder, en condiciones de igualdad, a las prestaciones y servicios que la propia Ley prevé, en los términos que la misma establece (art. 4.2 j)). Por tanto, el procedimiento se inicia a instancia de la persona que esté afectada por algún grado de dependencia o por quien ostente su representación. Debe solicitarse el reconocimiento de la situación de dependencia que será efectuado mediante resolución de la administración autonómica, con validez en toda España. En esa resolución se determinará los servicios o prestaciones que corresponden al solicitante según su nivel y grado de dependencia que se le reconozca.

La financiación correrá a cargo del Estado en el nivel I, básico de protección, igual en toda España. En el nivel II (acordado entre

la Administración General del Estado y la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas) la aportación del Estado será del 50%, pero sumando los dos niveles. Eso significa que en ese nivel acordado, la aportación más importante corresponde a la Comunidad Autónoma. Finalmente, existe un nivel adicional de protección que podrá establecer con absoluta libertad cada Comunidad Autónoma. Los beneficiarios también participan en el coste de las prestaciones. La Ley dice que se tendrá en cuenta tanto la capacidad económica personal como el tipo y el coste del servicio. Será el Consejo Territorial del Sistema quien adopte los criterios de participación del beneficiario en el coste de los servicios (art. 33). Lo cierto es que hasta este momento no se ha pronunciado sobre esta esencial pero compleja cuestión, lo que debe ser objeto de crítica. En cualquier caso, como cláusula de salvaguardia, indica el art. 33.4 que "ningún ciudadano quedará fuera de la cobertura del Sistema por no disponer de recursos económicos".

Este derecho esencial a los servicios o prestaciones para garantizar la autonomía personal y atender a la situación de dependencia al que hemos hecho referencia de forma somera se completa en la Ley con otros derechos accesorios que ahora enumeramos. Así:

- a. las personas en situación de dependencia ven reconocido su derecho al pleno respeto de su dignidad e intimidad en el disfrute de sus derechos y libertades fundamentales (art. 4.2 a));
- b. se les atribuye el derecho a recibir información, en términos comprensibles y accesibles, completa y continuadamente, con respecto a su situación de dependencia (art. 4.2 b));
- c. el derecho a ser advertidos y a prestar su consentimiento, expreso y por escrito, acerca de la utilización que se pueda hacer, con fines docentes o investigadores, de los procedimientos que se les apliquen (art. 4.2 c));
- d. el derecho a que se vea respetada su confidencialidad en la recogida y el tratamiento de sus datos, de acuerdo con la legislación vigente (art. 4.2 d));
- e. el derecho a participar en la formulación y aplicación de las políticas que les afecten, a título individual o asociativo (art. 4.2 e));
- f. el derecho a decidir, cuando se tenga capacidad de obrar suficiente, sobre la tutela de su persona y bienes, para el caso de pérdida de su capacidad de autogobierno (art. 4.2 f));
- g. el derecho a decidir libremente sobre el ingreso en un centro residencial (art. 4.2 g));

- h. el derecho al pleno ejercicio de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios (art. 4.2 h));
- i. el derecho al pleno ejercicio de sus derechos patrimoniales (art. 4.2 i));
- j. el derecho a la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal, en cualquiera de los ámbitos de desarrollo y aplicación de la Ley (art. 4.2 k)); y
- k. el derecho a no sufrir discriminación por razón de orientación o identidad sexual (art. 4.2 l)).

A su vez, estos derechos se completan en la Ley con un listado de deberes u obligaciones que vinculan, tanto a los poderes públicos, como a los beneficiarios de aquéllos y, en su caso, a sus familiares o representantes. En este sentido, el art. 4.4 de la Ley dispone que 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. a suministrar la información y datos que les sean requeridos por las Administraciones competentes para la valoración del nivel y grado de dependencia (a menos que obren ya en su poder o puedan aquéllas obtener por sus propios medios);
- b. a comunicar todo tipo de ayudas personalizadas que reciban;
- c. a aplicar las prestaciones económicas a las finalidades para las que fueron otorgadas; y
- d. a cualquiera otra obligación prevista en la legislación vigente.

En fin, en su configuración básica como derecho subjetivo de ciudadanía a servicios y prestaciones que garanticen la autonomía personal y la atención de la situación de dependencia en el marco de un Sistema de atención, estamos ante un derecho de prestación en sentido estricto, con las características propias de esta tipología de derechos. Por su lado, su vinculación a una determinada organización administrativa, necesaria para materializarlos. Por otro, la necesidad de un desarrollo legislativo e incluso reglamentario para concretar las condiciones de ejercicio de ese derecho. El legislador determina la forma y los medios necesarios para hacer efectiva la prestación.

En cualquier caso, resulta importante destacar que este amplio margen de conformación, basado en parámetros de apreciación política, según factores, a menudo, de índole financiera, al requerir la necesaria cobertura presupuestaria del gasto que supone su realización efectiva podrá ser, una vez reconocido, controlable judicialmente. Los órganos jurisdiccionales llevarán a cabo los

juicios ordinarios de legalidad que se les susciten de acuerdo con los desarrollos configuradores efectuados; supuesto que seguramente resultará habitual en los próximos años en virtud del complejo despliegue de esta Ley y del Sistema de atención que configura.

4. Una conclusión

En conclusión, la Ley 39/2006 ha supuesto el reconocimiento de un novedoso derecho básico de ciudadanía: el derecho a la inclusión en condiciones de igualdad en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. El desarrollo de este Sistema y en definitiva la garantía de este derecho tiene tres características que lo definen: a) el contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado; b) la implantación gradual y progresiva de las prestaciones en un amplio periodo de tiempo que va de 2007 a 2015, por razones presupuestarias ante la ingente inversión requerida; y c) el carácter multinivel del Sistema en el que se brindan las prestaciones, con participación de todas las Administraciones públicas y la garantía del mínimo común por la Administración General del Estado.

Más allá del reconocimiento del derecho, perfeccionado por la Ley, los ulteriores rasgos que definen el despliegue de este derecho en la Ley (desarrollo paulatino y necesaria colaboración interadministrativa) muestran la complejidad de su garantía efectiva. Incluso, presumiendo la voluntad política de impulsar el Sistema y la existencia de la lealtad institucional imprescindible para su despliegue, su efectiva garantía dependerá también, por un lado, de los vaivenes derivados de la evolución económica y, por otro, del proceso de judicialización que, presumiblemente, acompañará a la implantación del Sistema.

**LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO SOCIAL
A LA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA**

GERARDO PISARELLO

*Profesor Titular de Derecho Constitucional
de la Universidad Central de Barcelona*

1. El derecho a la vivienda como derecho exigible: implicaciones constitucionales e internacionales *

El reconocimiento constitucional e internacional del derecho a la vivienda está vinculado a su consideración como una necesidad básica imprescindible para vivir con dignidad y seguridad, desarrollar libremente la propia personalidad y participar, incluso, en los asuntos públicos³⁹. La ausencia de vivienda digna pone en entredicho la integridad física y mental de las personas, su vida privada y familiar, y su libertad de residencia. Afecta a la salud y al medio ambiente, tanto en términos individuales como colectivos, y menoscaba el derecho al trabajo, a la educación e incluso a la participación. No es extraño, por eso, que la garantía del derecho a la vivienda se relacione, cada vez más, con la del derecho a vivir en un entorno urbano y rural inclusivo, sostenible y democráticamente gestionado, o si se prefiere, en lo que recientemente se ha denominado el “derecho a la ciudad”⁴⁰.

Esta centralidad del derecho a la vivienda para la configuración igualitaria y democrática del espacio urbano, así como su estrecho ligamen con otros derechos y bienes públicos fundamentales, explican su amplio reconocimiento ya desde los inicios del llamado constitucionalismo social. La Constitución de Weimar de 1919, después de establecer en su art. 153 que “la propiedad obliga” y que su uso ha de constituir un “servicio al bien común”, dedicó a la vivienda un artículo específico, el 155⁴¹. Desde entonces, casi todos los ordenamientos europeos han consagrado derechos habitacionales, bien de manera explícita⁴², bien de forma implícita, como derechos derivados del principio del Estado social y de la

* Una versión previa y reducida de este trabajo fue publicada en la Revista catalana de dret públic, nº 38, Barcelona, 2009.

³⁹ S. Leckie, *From Housing Needs to Housing Rights: An Analysis of the Rights to Adequate Housing Under International Rights Law*, International Institute for Environment and Development (Human Settlements Programme), Londres, 1992, pp. 20 y ss.

⁴⁰ La expresión “derecho a la ciudad” proviene, sobre todo, del ámbito del urbanismo crítico. Uno de sus principales difusores fue el filósofo francés H. Lefebvre (*Le droit à la ville*, Anthropos, París, 1968). Recientemente, la expresión ha sido retomada por geógrafos y urbanistas como D. Harvey (“The right to the city” en *Internacional Journal of Urban and Regional Research*, nº 27, 4, 2003, pp. 939-941), D. Mitchell (*The right to the city*, Guilford Press, Nueva Cork, 2003) o Jordi Borja (*La ciudad conquistada*, Alianza, Madrid, 2003). En el ámbito jurídico, el derecho a la ciudad ha sido reconocido de manera más o menos implícita en la Carta europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad, aprobada en Saint-Denis, Francia, en 2000 y suscrita por diversas ciudades españolas y catalanas. Desde el punto de vista constitucional, ha sido consagrado por primera vez en el art. 31 de la Constitución ecuatoriana de 2008. Dicho reconocimiento aparece ligado a la gestión democrática del espacio urbano, al ejercicio pleno de la ciudadanía y a la función social y ambiental tanto de la propiedad como de la ciudad misma.

⁴¹ Con anterioridad a la Constitución de Weimar, el art. 123 de la Constitución mexicana de 1917 había recogido el deber de las empresas de proporcionar a sus trabajadores habitaciones cómodas e higiénicas.

⁴² Así, por ejemplo, en los arts. 65 de la Constitución portuguesa; el art. 22.2 de la Constitución holandesa o el art. 23 de la Constitución belga, tras su reforma de 1994. Otras constituciones, como la italiana de 1948, sólo estipula el deber de la República de favorecer “el acceso del ahorro popular a la propiedad de la vivienda”.

dignidad de la persona o como contrapartida del reconocimiento de la función social de la propiedad⁴³.

En el ámbito internacional, el derecho a la vivienda se encuentra estipulado en el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948 y en el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), como parte del derecho a un nivel de vida adecuado⁴⁴. Según el Comité DESC, que es el órgano encargado de supervisar el cumplimiento del PIDESC, el carácter "adecuado" de una vivienda tiene que ver con la existencia de un entorno, "adecuado" también, para el ejercicio de otros derechos. Entre otros elementos, debe incluir: a) un régimen seguro de tenencia, que no tiene por qué ser la propiedad privada y que puede asumir diversas formas jurídicas, desde el alquiler social hasta el usufructo o la cesión de uso; b) la disposición de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras suficientes; c) la asunción de gastos soportables, que otras instancias internacionales han fijado en no más de un 30% de los ingresos de una persona; d) condiciones adecuadas de habitabilidad y accesibilidad física; e) una ubicación razonable, sobre todo para el ejercicio de otros derechos como el derecho al trabajo, la salud o la educación; y f) la adecuación, en general, de la vivienda a las necesidades culturales de sus destinatarios (Observación General nº 4).

El Comité también ha recordado que el derecho a la vivienda, como todos los derechos sociales, comporta para los poderes públicos no sólo obligaciones positivas, de prestación (como la construcción de viviendas públicas o las ayudas al alquiler), sino también negativas, de abstención (como la prohibición de desalojos arbitrarios) o de protección frente a actuaciones provenientes de terceros (como la prevención de abusos de propietarios, agencias inmobiliarias o bancos). Muchas de estas obligaciones tienen efectos inmediatos y son directamente exigibles, como ocurre con la prohibición de discriminación en los programas habitacionales, la prohibición de retroceso injustificado en las ayudas de vivienda o la prohibición de desalojos arbitrarios. Otras, en cambio, estarían supeditadas al principio de progresividad (art.

⁴³ La Ley Fundamental de Bonn de 1949, por ejemplo, no reconoce explícitamente el derecho a la vivienda ni, en general, derechos sociales. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha reconocido derechos habitacionales vinculados al principio del Estado social (art. 20), al principio de igualdad material (art. 3) y al principio de dignidad de la persona (art. 1). La Constitución francesa de 1958 tampoco contempla en su texto el derecho a la vivienda. No obstante, el Consejo Constitucional ha entendido que es un objetivo de valor constitucional fundado en el preámbulo incorporado en 1946. En Italia, por fin, la efectividad del art. 47.2 de la Constitución sobre fomento del acceso a la vivienda ha estado ligada al art. 42.2 que consagra la función social de la propiedad.

⁴⁴ Vid. M. Craven, "History, Pre-History and the Right to Housing in International Law", en S. Leckie (ed.), *National Perspectives on Housing Rights*, Kluwer International Law, La Haya, 2003, pp. 43 y ss. También pueden encontrarse derechos habitacionales en el Convenio para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5.e.iii); en el Convenio para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14.2.h) o en la Convención de los Derechos del Niño (art. 2.3), por mencionar algunos.

2.1 del PIDESC), es decir, a las posibilidades normativas y fácticas de satisfacer el derecho. Este principio, en todo caso, no autoriza a los poderes públicos a postergar sine die su concreción ni les otorga un margen absoluto de discrecionalidad en su actuación. Por el contrario, los poderes públicos deben demostrar, en caso de ser requeridos, a) que están realizando el máximo de esfuerzos (legislativos, administrativos); b) hasta el máximo de recursos disponibles (humanos, informativos, financieros); c) para satisfacer, al menos, el contenido esencial o mínimo del derecho; y d) dando prioridad a los casos más urgentes y a los colectivos en mayor situación de vulnerabilidad.

Esta tarea del Comité DESC puede complementarse con la de otros órganos similares tanto en el ámbito internacional como regional. En el Consejo de Europa, por ejemplo, el Comité de Expertos encargado de supervisar el cumplimiento de la Carta Social Europea revisada, de 1996⁴⁵, ha desarrollado una interesante “jurisprudencia” en torno al derecho a la vivienda consagrado en su art. 31⁴⁶. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha protegido derechos habitacionales, a pesar de que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) no contempla de manera explícita el derecho a la vivienda ni, en general, derechos sociales. Así, los derechos habitacionales han entrado en la jurisprudencia del TEDH en razón de su conexión con otros derechos civiles clásicos, como el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes (art. 3)⁴⁷; al debido proceso (art. 6)⁴⁸; a la vida privada y familiar, al domicilio y a la correspondencia (art. 8)⁴⁹; o al respeto a los propios bienes y a la propiedad, así como a las condiciones que autorizan su limitación (art. 1 del Protocolo I)⁵⁰.

⁴⁵ La versión revisada de la Carta no ha sido ratificada aún por el Estado español. La versión original de 1961, si bien no contempla de manera específica el derecho a la vivienda, evoca el deber de los Estados parte de promover “la construcción de viviendas adecuadas a las necesidades familiares”. Su art. 19.4 contempla asimismo la igualdad de trato entre trabajadores migrantes y nacionales, también en materia habitacional.

⁴⁶ Por ejemplo, en el caso *Federación Europea de Entidades Estatales que Trabajan con las Personas sin Techo (FEANTSA) c. Francia*, de 5 de diciembre de 2007, el Comité sostuvo que los poderes públicos no sólo debían adoptar medidas en materia habitacional sino también obtener resultados, comenzando por ofrecer información adecuada sobre la situación habitacional; y un calendario para la aplicación de sus políticas y respuestas, sobre todo, para los casos más urgentes y los colectivos más vulnerables.

⁴⁷ En el caso *Moldovan y otros c. Rumanía*, de 12 de julio de 2005, el TEDH consideró que las condiciones de vida de los demandantes, incluidas las habitacionales, y la discriminación racial de la que habían sido objeto por parte de las autoridades públicas, constituían un quebranto de su dignidad humana por la humillación y degradación que les habían provocado.

⁴⁸ En el caso *Connors c. Reino Unido*, de 27 mayo de 2004, el TEDH sostuvo que el desalojo del demandante no había respetado las garantías del debido proceso, ya que no había ofrecido una justificación adecuada de la injerencia pública en el hogar y la vida familiar.

⁴⁹ En el caso *López Ostra c. España*, de 9 diciembre de 1994, el TEDH protegió de manera indirecta el derecho a la vivienda a través del derecho a la vida privada y familiar, en un caso de contaminación, humo y malos olores producidos por una planta de tratamiento de residuos sólidos y líquidos.

⁵⁰ En el caso *Stretch c. Reino Unido*, de 3 de diciembre de 2003, por ejemplo, el TEDH sostuvo que la protección de los propios bienes incluía tutelar la expectativa de un arrendatario de suelo de continuar el alquiler.

El derecho a la vivienda no ha encontrado una protección similar en el ámbito de la Unión Europea (UE), por varias razones. Por un lado, las competencias sobre vivienda y urbanismo corresponden fundamentalmente a los Estados miembros, lo que no significa que la UE no haya incidido en la materia a través de algunas competencias indirectas, como cohesión social y territorial, la renovación urbana, la mejora de la eficiencia energética de los edificios, la protección de los consumidores y del medio ambiente, o la lucha contra la discriminación. Con esta cobertura normativa, de hecho, las instituciones y órganos de la UE han emitido diversos documentos sobre política habitacional y han aprobado Directivas que permiten tutelar derechos habitacionales y residenciales⁵¹. Una de las más relevantes ha sido la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas, con independencia de su origen étnico o racial. Entre otras cuestiones, esta Directiva ha permitido aplicar al sector de la vivienda técnicas de lucha contra la discriminación directa o indirecta, como la inversión de la carga probatoria en los casos en los que ésta pueda presumirse razonablemente⁵².

Lo cierto, sin embargo, es que el desarrollo de las competencias ligadas a la cohesión o a la inclusión social ha estado supeditado al impulso de la libre circulación de servicios, capitales y mercancías. A resultas de ello, las políticas de la UE han incidido en la configuración de los mercados de viviendas, pero no han conducido a una armonización garantista de los derechos habitacionales y residenciales⁵³. Por el contrario, el peso decisivo otorgado por la UE a las libertades de mercado en relación con los derechos sociales se ha reflejado en buena parte de su normativa, incluida la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), proclamada en Niza en 2000. La CDFUE, tal como resultaba incorporada al fallido Tratado constitucional de 2004 y como figura en el Tratado de Lisboa, no consagra el derecho a una vivienda digna y adecuada, sino “una *ayuda a la vivienda* para garantizar una existencia digna a toda persona que no disponga de recursos suficientes”. Además, el alcance de este derecho queda sujeto a “las modalidades establecidas por el Derecho

⁵¹ Tanto el Parlamento europeo como el Comité de las Regiones han emitido resoluciones y opiniones a favor de la elaboración de una política habitacional a escala europea. En 2006, un grupo integrado por diferentes partidos del Parlamento Europeo, llamado *Urban Housing*, propuso incluso una suerte de Carta que convirtiera al derecho a la vivienda en un derecho fundamental europeo.

⁵² Este principio, como se insistirá luego, adquiere especial relevancia en la lucha contra prácticas como el acoso o *mobbing* inmobiliario, esto es, el ejercicio de coacciones o molestias contra arrendatarios o propietarios en situación de vulnerabilidad con el objeto de forzarlos a abandonar su vivienda.

⁵³ Para una lectura crítica en este sentido, Vid. P. Kenna, *Los derechos a la vivienda y los derechos humanos*, trad. B. Pujadas, Prohabitatge, Barcelona, 2006, pp. 93 y ss.

comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales” así como, en general, al objetivo de conseguir una economía de mercado “abierta” y de “alta competitividad”. En cualquier caso, se trata de un antecedente relevante para la construcción dogmática del derecho a la vivienda no sólo en el ámbito estatal, sino también europeo.

2. El derecho a la vivienda en la Constitución española de 1978 y en los Estatutos de Autonomía

En el ámbito específicamente estatal, tanto la Constitución de 1978 (CE, en adelante), como, recientemente, algunos Estatutos de Autonomía, recogen previsiones relativas al derecho a la vivienda⁵⁴. Este reconocimiento constituye un punto de referencia básico para perfilar tanto la dimensión material del derecho como su vertiente competencial.

La CE sitúa al derecho a una vivienda digna y adecuada entre los “Principios rectores de la política económica y social” contenidos en el Capítulo III del Título I, que a su vez lleva como rúbrica “De los derechos y deberes fundamentales”⁵⁵. El contenido del derecho aparece ligado al principio del Estado social (art. 1.1 CE), pero también al principio de dignidad de la persona y a su libre desarrollo (art. 10.1 CE). El derecho a la vivienda también puede conectarse con los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la intimidad (art. 18 CE) o a la libertad de residencia (art. 19 CE). Y si se observan fenómenos como la segregación y la discriminación espacial, las relaciones entre el derecho a la vivienda, el principio de igualdad formal (art. 14 CE) y material (9.2 CE), el derecho a la salud (art. 45 CE) o a la educación (art. 27 CE) también parecen evidentes⁵⁶.

⁵⁴ Reconocen específicamente el derecho a la vivienda, por ejemplo, el art. 26 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC, en adelante); el art. 25 del Estatuto de Autonomía de Andalucía (EEA, en adelante) o el art. 22 del Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares (EAB, en adelante). Lo recogen por su parte como principio rector el art. 27 del Estatuto de Autonomía de Aragón (EAAR, en adelante) y el art. 16.14 del nuevo Estatuto de Castilla y León (EACyL, en adelante).

⁵⁵ Sobre el art. 47 CE puede verse, entre otros, M. Bassols Coma, “Derecho a la vivienda: artículo 47”, en O. Álzaga Villamil (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo IV, Cortes Generales, Madrid, 1996; J. M. Muñoz Castillo, *El derecho a una vivienda digna y adecuada. Eficacia y ordenación administrativa*, Colex, Madrid, 2000; J. Ponce, “Prólogo”, a P. Kenna, *Los derechos a la vivienda y los derechos humanos*, op. cit., pp. 13 y ss.; A. Jiménez Blanco, “El derecho a una vivienda digna y adecuada”, en J.L. Monereo et. al. (coord.) *Comentarios a la Constitución social y económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 1711-1726; P. Garrido, “El derecho a una vivienda digna y adecuada”, en J. Tajadura (dir.), *Los principios rectores de la política social y económica*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2004, pp. 369 y ss.

⁵⁶ El vínculo entre derecho a la vivienda y derecho a la educación ha sido incisivamente abordado por J. Ponce en *Segregación escolar e inmigración. Contra los guetos escolares: Derecho y políticas públicas urbanas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2007.

Esta conexión entre el derecho a la vivienda y otros derechos sociales y civiles clásicos -especialmente visible en algunos Estatutos de Autonomía⁵⁷-, hace que el carácter “digno y adecuado” de la misma deba definirse a partir de su relación con el resto de derechos tutelados por el ordenamiento y con las diferentes declaraciones y convenios sobre derechos humanos ratificados por el Estado español (art. 10.2 CE), desde la Carta Social Europea o el Convenio Europeo de Derechos Humanos hasta el propio PIDESC⁵⁸.

El reconocimiento constitucional del derecho a la vivienda tampoco puede considerarse como un simple derecho privado, desvinculado del hábitat y del entorno objetivo en el que se ejerce. De hecho, el propio art. 47 CE impone a los poderes públicos obligaciones que exceden la dimensión individual del derecho: desde la regulación del uso del suelo de acuerdo con el interés general, para impedir la especulación, hasta la garantía de la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los entes públicos. Junto a estas obligaciones, la CE y los Estatutos de Autonomía prevén otros principios rectores y mandatos en materia habitacional, urbanística y de ordenación del territorio, que comprenden deberes como los de usar racionalmente los recursos disponibles, orientar las políticas habitacionales hacia la cohesión social o promover la vivienda pública.

La pretensión de generalizar el derecho a la vivienda sería vacua, en todo caso, si no se previeran mecanismos para el gobierno democrático de la economía, así como límites y vínculos a los derechos patrimoniales⁵⁹. Por tanto, la garantía de los derechos habitacionales y residenciales aparece íntimamente conectada a la función social del derecho de propiedad (art. 33 CE), a la posibilidad de someter la libertad de empresa a las exigencias de la planificación (art. 38 CE), a la eventual reserva al sector público de recursos o servicios esenciales (art. 128.2 CE), a la planificación de la actividad económica general para atender las necesidades colectivas (art. 131.1 CE) y a la subordinación, en definitiva, de todas las formas de riqueza al interés general (art. 128 CE).

⁵⁷ Ya en el ámbito del derecho internacional, la Declaración de Viena de 1993 dejó sentada la interdependencia e indivisibilidad entre todos los derechos humanos civiles, políticos y sociales. Las reformas estatutarias, sobre todo la catalana, han contribuido a reforzar este principio y a matizar, en cierto modo, el esquema binario que subyace a la CE. Así, por ejemplo, el EAC reconoce el derecho a la vivienda como un derecho “del ámbito civil y social” (Capítulo I, Título I). El art. 16 del EAB se encarga de recordar que los derechos sociales, en general, “representan un ámbito inseparable de los valores y derechos universales de las personas”.

⁵⁸ Diferentes jurisdicciones han apelado a los estándares establecidos por el Comité DESC en sus Observaciones Generales. Por ejemplo, el Tribunal constitucional sudafricano en su célebre caso, *Gobierno de la República de Sudáfrica y otros c. Irene Grootboom y otros*, del 4 de octubre de 2000.

⁵⁹ Sobre esto ha insistido sobradamente L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

La función social del derecho de propiedad inmobiliaria y del suelo y la correlativa prohibición de su ejercicio abusivo (art. 7.2 del Código Civil) opera, es sabido, como elemento de delimitación del contenido constitucionalmente protegido. Y de la misma manera que ha autorizado políticas de reforma agraria⁶⁰, puede brindar cobertura a políticas de reforma urbana orientadas a la generalización tanto del derecho a la vivienda como del más amplio derecho a vivir en ciudades y pueblos sostenibles⁶¹.

Desde el punto de vista subjetivo, el derecho a la vivienda aparece atribuido por el art. 47 CE a “a todos los españoles”. Sin embargo, como se ha recordado en la propia jurisprudencia constitucional, la dicción literal del precepto no es, en sí, un obstáculo para su reconocimiento a todas las personas o para su específica atribución a colectivos en situación de desventaja⁶². Varias Comunidades Autónomas, de hecho, han vinculado la titularidad de los derechos sociales reconocidos en sus Estatutos a la simple “vecindad administrativa” (art. 12 EAA) o a la simple “personalidad” (arts. 15.2, 15.3 y 26 EAC). Asimismo, sin perjuicio del carácter tendencialmente universal de los derechos sociales, han previsto su singular reconocimiento a personas sin “recursos suficientes” (art. 26 EAC) o sin “medios” (art. 22 EAB), a los colectivos “más necesitados” (art. 27 EAAr; art. 37.22 EAA) o “en desventaja” (art. 16.14 EACyL); a los “jóvenes” (art. 27 EAAr), a las “personas mayores” (art. 13.5 EACyL), a las “mujeres maltratadas” (art. 22 EAB), a las “personas dependientes” (art. 22 EAB) o simplemente a “aquellas en cuyo caso estén justificadas las ayudas” (art. 22 EAB). Este principio de preferencia de las personas y colectivos en mayor situación de vulnerabilidad, en realidad, está en sintonía, como se ha visto, tanto con el PIDESC como con la Carta Social Europea.

⁶⁰ Vid. STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley andaluza 8/1984, de reforma agraria, FJ 2, 4, y 5.

⁶¹ Según el Tribunal Constitucional, el único límite que el art. 33 marca a las actuaciones públicas dirigidas a asegurar estos objetivos sería la desnaturalización del propio derecho de propiedad, de manera que éste resultara irreconocible o se tornara impracticable. Esta eventual desnaturalización del derecho de propiedad, que se produciría, por ejemplo, si no se salvaguarda su rentabilidad, o si las medidas de intervención pública fueran desproporcionadas, marcarían la frontera entre una delimitación legítima y una limitación ilegítima del mismo. O si se prefiere: entre una delimitación del contenido esencial del derecho de propiedad amparada en razones sociales como las que pueden derivarse de la garantía del derecho a la vivienda, y una intervención expropiadora y, por tanto, indemnizable. Para un análisis más meditado de esta cuestión, vid. R. Colina Garea, *La función social de la propiedad en la Constitución española de 1978*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 321 y ss.; y E. J. Vidal Gil, *Los derechos de solidaridad en el ordenamiento jurídico español*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 232 y ss.

⁶² Según la jurisprudencia constitucional (entre otras, la STC 107/1984, FJº3), el derecho a la vivienda sería uno de aquellos que pueden pertenecer o no a los extranjeros según lo dispuesto en tratados y leyes. Sin embargo, alguna doctrina ha defendido su extensión a los extranjeros desde una interpretación sistemática del art. 47 CE en conexión con el art. 10 CE, referido a la dignidad y al libre desarrollo de las personas, y el 9.2 CE, concerniente a la libertad e igualdad de los “individuos”, “grupos” o “ciudadanos”. Así, J. Ponce, “Prólogo” a P. Kenna, *Los derechos a la vivienda y los derechos humanos* pp. 19 y 20. La LO 4/2000, reformada por la LO 8/2000, sólo reconoce a los extranjeros residentes las ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles. Algunas comunidades autónomas, sin embargo, han extendido este reconocimiento a los extranjeros sin residencia legal invocando sus competencias en materia de asistencia y bienestar social.

Otra de las implicaciones jurídicas que cabe extraer del reconocimiento constitucional y estatutario del derecho a la vivienda tiene que ver con su posible alegación ante juzgados y tribunales. La cuestión de la *justiciabilidad* del derecho a la vivienda, y en general, de los derechos sociales, es una de las más espinosas de la dogmática jurídica. El punto de partida a la hora de abordarla suele ser el art. 53.3 CE, que afirma que los principios rectores “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, y que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Esta última expresión acostumbra a interpretarse como un elemento que condiciona la exigibilidad judicial de los derechos del Capítulo III a la previa acción del legislador⁶³. No obstante, se trata de un argumento que, en las condiciones actuales, puede matizarse y, sobre todo, desdramatizarse.

Para comenzar, tanto en la CE como en algunos Estatutos de Autonomía, la tutela de la vivienda se presenta como un principio objetivo y, a la vez, como un derecho subjetivo, vale decir, en parte como un conjunto de mandatos y principios dirigidos a los poderes públicos y en parte como un derecho alegable ante los tribunales⁶⁴. Esto es lógico, dado que el derecho a la vivienda, al igual que el resto de derechos sociales, civiles y políticos, presenta un contenido cierto y directamente exigible, y una “zona de penumbra” que debe ser desarrollada por vía legislativa. La expresión “vivienda digna y adecuada” en efecto, no es más vaga o indeterminada que la expresión “derecho a la vida” o “derecho de propiedad” (basta pensar en supuestos como el aborto, la eutanasia o la propiedad intelectual). Todos ellos son derechos con un contenido constitucional mínimo o esencial cuyo desarrollo exige, sin embargo, la configuración legislativa. Mientras mayor sea el desarrollo legislativo, mayores serán las facetas del derecho que podrán alegarse ante los tribunales, sin que la eventual ausencia de legislación comporte el vaciamiento jurídico o la imposibilidad de toda invocación.

Lo cierto, en cualquier caso, es que en materia de derecho a la vivienda, es posible encontrar un sinnúmero de leyes estatales y autonómicas, así como de instrumentos internacionales y europeos, que desarrollan el contenido del derecho. En consecuencia, aunque sea difícil derivar ex Constitutione la absoluta e incondicional justiciabilidad de todos los contenidos del derecho a la

⁶³ Ver, entre otras, la STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6, o la STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4.

⁶⁴ El EAC y el EAA, por ejemplo, reconocen el derecho a la vivienda, al mismo tiempo, como derecho (arts. 26 y 25, respectivamente) y como principio rector de las políticas públicas (arts. 47 y 37.22). Sólo lo hacen como principio rector el EAAR (art. 27) y el EACyL (art. 16.14).

vivienda, no son pocos los aspectos del mismo que resultarían exigibles ante los tribunales ordinarios. De hecho, los tribunales ordinarios ya tutelan, de facto, diferentes contenidos del derecho a la vivienda, comenzando por aquellos que tienen que ver con el principio de igualdad (art. 14 CE) o que pueden conectarse a otros derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad, a la información o al debido proceso⁶⁵. Es más, resulta significativo que el adverbio “sólo” utilizado por el art. 53.3 para determinar la eficacia jurídica de los principios rectores, haya desaparecido en algunos Estatutos de autonomía, optándose por una fórmula que se compadece mejor con el principio de aplicación más favorable a su plena efectividad y con la actual realidad jurídica⁶⁶.

Junto a la dimensión material del derecho a la vivienda, es menester abordar su dimensión competencial y establecer qué instancia territorial puede o debe hacerse cargo de la satisfacción del derecho. Esto es especialmente relevante en Estados compuestos –federales, regionales, autonómicos– en los que la protección de derechos sociales puede tener lugar en diferentes niveles estatales e infra-estatales. En el caso español, la proyección del principio del Estado social (art. 1.1 CE) y de la igualdad material (9.2 CE) al ámbito autonómico y local implica una articulación compleja de la garantía de los derechos sociales, incluidos los residenciales. En relación con esta última cuestión, el punto de partida es el art. 148.1.3 CE, que autoriza a las Comunidades Autónomas a asumir competencias plenas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

Aparentemente, este precepto deja un margen estrecho a las intervenciones de otras instancias territoriales. Sin embargo, como se ha visto ya, las políticas de la Unión Europea han tenido un impacto significativo en esta materia, y el propio Estado central ha incidido en ella, valiéndose de diferentes títulos competenciales. Ha apelado, por ejemplo, a la regulación de las bases y coordinación de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), a la ordenación del crédito (149.1.11 CE) y, desde una perspectiva si se quiere menos “economicista”, a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio

⁶⁵ Que no sea posible –como quiere *la reductio ad absurdum* al uso– reclamar judicialmente una vivienda gratuita de manera incondicional, no quiere decir que no existan elementos del derecho que puedan alegarse ante un tribunal. Las jurisdicciones contencioso-administrativa, civil o penal, de hecho, recurren con frecuencia a medidas cautelares y otros instrumentos procesales en casos que podrían considerarse ligados al ejercicio del derecho a la vivienda. Así, por ejemplo, cuando deben resolver, la aplicación discriminatoria o la falta de información adecuada en ayudas o programas habitacionales, la realización de desalojos arbitrarios o la existencia de abusos de propietarios cometidos contra arrendatarios en situación de vulnerabilidad.

⁶⁶ El art. 39.3 del EAC establece que los principios rectores “son exigibles ante la jurisdicción”, de acuerdo con lo que determinen “las leyes y las demás disposiciones que los desarrollan”. El art. 40 EAA, por su parte, estipula que “podrán ser alegados ante los jueces y tribunales de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

de los derechos y deberes constitucionales (149.1.1 CE)⁶⁷. Pero también se ha servido de sus competencias sobre legislación mercantil (art. 149.1.6 CE) y civil (art. 149.8 CE); sobre procedimiento administrativo común, expropiación forzosa y concesiones administrativas (art. 149.1.18 CE); o sobre protección del medio ambiente (149.1.23 CE).

Naturalmente, este marco normativo ha generado no pocos conflictos entre el Estado central y las Comunidades Autónomas, así como una nutrida jurisprudencia dirigida a delimitar el área de intervención pública y el alcance, principalmente, de los arts. 149.1.1, 11 y 13 CE. A resultas de ello, se ha generado un escenario en el que las intervenciones, y por tanto, las responsabilidades en materia habitacional, urbanística y de ordenación del territorio, se reparten de manera compleja entre las instancias europeas, estatales, autonómicas e incluso locales. En términos muy esquemáticos, podría decirse que el Estado –extralimitándose a veces– ha coordinado la vivienda como sector económico, regulado las condiciones básicas para su ejercicio como derecho y establecido la política fiscal en la materia (excepto en Navarra y el País Vasco)⁶⁸. También ha elaborado normativa básica sobre edificación y construcción; ha definido actuaciones susceptibles de protección, regulando su financiación, el nivel de protección o la aportación de recursos; y ha legislado sobre derecho hipotecario y registral y expropiación forzosa.

Las comunidades autónomas, por su parte, han sido competentes, dentro de lo asumido por sus respectivos estatutos, para desarrollar su propia legislación en materia de vivienda y urbanismo. Respecto de la financiación de actividades protegidas, han participado en el Plan Estatal de Vivienda y han gestionado su aplicación en el ámbito territorial a través de Planes propios. Ello no les ha impedido, en todo caso, contar con un régimen propio de ayudas que, en ocasiones, son complementarias de las estatales y, en otros casos, medidas que comprenden actuaciones no previstas a nivel estatal, tanto en materia de vivienda como de suelo residencial.

⁶⁷ En su Sentencia 152/1988, de 20 de julio, por ejemplo, el Tribunal Constitucional sostuvo que la política de vivienda debía “tener un marcado acento social, en atención al principio rector que establece el art. 47 de la Norma fundamental”. También aclaró, sin embargo, que el art. 47 no constituía por sí mismo un título competencial autónomo a favor del Estado. Por lo que se refiere al art. 149.1.1. CE, consideró que facultaba al Estado “para regular las condiciones no ya que establezcan, sino que garanticen, la igualdad sustancial de los españoles en el ejercicio de sus derechos constitucionales”. Esta función de garantía básica es la que el Estado debía desempeñar al instrumentar sus competencias sobre las bases y coordinación de la planificación económica del subsector vivienda y sobre las bases de ordenación del crédito. Finalmente, y evocando lo ya sostenido en la Sentencia 146/1986, de 25 de noviembre, recordó que “la promoción de la igualdad sustancial y la acción estatal destinada al efecto deben desplegarse teniendo en cuenta las peculiaridades de un sistema de autonomías territoriales”.

⁶⁸ El alcance de estas competencias fue en buena parte discutido en la célebre Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, en la que se resolvían diversos recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo.

Estas competencias estatales y autonómicas no han excluido, desde luego, la intervención de las administraciones locales, cuyo relevante papel en la política habitacional y urbanística ha sido definido, entre otras, por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) y por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local⁶⁹.

3. Políticas habitacionales y desarrollo legislativo del derecho a la vivienda

Si bien el ordenamiento español es, como se ha visto, uno de los que de manera más exigente han recogido los derechos habitacionales, las políticas de vivienda no han sido capaces de dar adecuado cumplimiento al mandato constitucional y a los compromisos internacionales adquiridos en la materia. En términos globales, el sistema infra-constitucional de garantía de los derechos residenciales se ha inscrito en una concepción débil del principio del Estado social (art. 1.1. CE) en la que ha sido el mercado, de manera dominante, el que ha regulado y asignado los recursos habitacionales y urbanísticos. Esta política social residual hunde sus raíces en el régimen franquista, caracterizado por un proteccionismo selectivo e ineficiente, incapaz de articularse con una política urbanística de largo aliento o de hacer del acceso a la vivienda un servicio público tendencialmente universal⁷⁰.

En el resto de Europa, la situación es sensiblemente diferente. Si bien en las últimas décadas ha irrumpido una cierta tendencia hacia la privatización y liberalización de las políticas habitacionales, el punto de partida era muy diferente al español. Tras la Segunda Guerra Mundial, y en el contexto de consolidación del constitucionalismo social, las políticas habitacionales de la mayoría de países del centro y del norte de Europa se caracterizaron por una fuerte intervención del poder público sobre el mercado con el objeto de dar respuesta a las necesidades sociales⁷¹. Nada

⁶⁹ Así, las administraciones locales tienen importantes competencias en materia de planificación urbana y de gestión del suelo dedicado a procesos de urbanización. Entre otras cuestiones, pueden gestionar y administrar su patrimonio público de viviendas y suelo y establecer, en este marco, los convenios que consideren oportunos con diferentes instituciones públicas y privadas para la promoción de viviendas protegidas en sus diferentes modalidades (así, entre otros, los arts. 25.2 y 28 LRBRL).

⁷⁰ Esta política se encuentra reflejada de manera paradigmática en la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen de suelo y ordenación urbana, o en el propio texto de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, aprobado por el Decreto 4106/1964, de 24 de diciembre, que pretendía atemperar la liberalización de la propiedad urbana careciendo, sin embargo, de una política social real en materia habitacional. Al respecto, vid. P. Garrido, "El derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada", cit., p. 376 y ss.

⁷¹ Para un análisis de las políticas europeas de urbanismo y vivienda pueden consultarse, entre otros, C. Trilla, *La política de vivienda desde una perspectiva comparada*, Colección Estudios Sociales nº 9, La Caixa, Barcelona, 2001; J. Ponce Solé (coord.), *Derecho Urbanístico, Vivienda y Cohesión Social y Territorial*, Marcial Pons, Madrid, 2006; o el completo Informe extraordinario de la Institución del Ararteko al Parlamento Vasco, *Las políticas públicas de vivienda dirigidas a la población joven en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, Institución del Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 2007, pp. 99-152.

de esto ha ocurrido en el caso español, donde no es exagerado afirmar que, salvo iniciativas aisladas, no ha existido nunca una auténtica política social en materia de vivienda. Los incumplimientos más frontales de los mandatos constitucionales sobre el derecho a la vivienda han sido el resultado de una política habitacional históricamente insuficiente y coyuntural, de una ordenación del territorio y del desarrollo urbano muy dependiente de la iniciativa privada y de un contexto económico que ha convertido el sector inmobiliario en un campo de operaciones generador de grandes beneficios a corto plazo.

Entre los factores que han bloqueado de manera más o menos sostenida la efectividad del derecho a una vivienda digna y adecuada pueden destacarse dos: la ausencia de vivienda asequible y la falta de un sistema de límites y controles suficientes a la libertad de empresa y al derecho de propiedad inmobiliaria y del suelo. Estos fenómenos están en el origen de otros que también contradicen valores y principios constitucionales y que tienen un impacto igualmente negativo sobre la eficacia del derecho a la vivienda: la especulación inmobiliaria y urbanística y la segregación y discriminación residencial.

Como se ha apuntado ya, tanto el PIDESC como la Carta Social Europea vinculan el carácter "adecuado" de la vivienda, entre otras cosas, a que sea "asequible". En el ámbito europeo, la vía principal para alcanzar este objetivo ha sido la promoción del alquiler social, esto es, un alquiler público con precios inferiores a los del mercado. En el caso español, en cambio, el régimen de tenencia favorecido por las políticas habitacionales ha sido la propiedad privada. Con el objetivo declarado, precisamente, de crear un "mercado de propietarios de vivienda", se introdujeron incentivos fiscales y facilidades para el crédito, como las amparadas por la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario. Sin embargo, lejos de facilitar vivienda asequible, estas políticas generaron elevados índices de sobre-endeudamiento y ejercieron una presión al alza sobre los precios del mercado⁷². La crisis de las hipotecas *sub-prime* ha acabado por corroborar un desplome anunciado.

Como contrapartida, el parque de alquiler público ha sido casi inexistente. La vivienda pública por excelencia ha sido la vivienda de protección oficial (VPO), inicialmente prevista en el Real Decreto-ley 31/1978, de 31 de octubre. Sin embargo, la VPO, tal como se ha concebido, no ha sido sinónimo de "asequibilidad". Por un lado, porque ha representado un porcentaje muy bajo del total de viviendas construidas en el Estado. Pero sobre todo,

⁷² Según datos del INE (Instituto Nacional de Estadísticas), entre 1995, antes del boom inmobiliario, y 2007, cuando finalmente el sector comenzó a manifestar signos de desaceleración, el precio de las viviendas se incrementó en un 202%.

porque ha sido pensada como un instrumento para motorizar el crecimiento económico y, de paso, garantizar vivienda en propiedad a sectores medios y medios altos. A resultas de ello, se ha convertido en un tipo de vivienda “protegida” pero no necesariamente “social” (asequible para los colectivos más vulnerables de la población) ni “sostenible” (compatible con una utilización racional de los recursos habitacionales y del territorio).

Esta ausencia de vivienda genuinamente asequible, de alquiler o de compra, se ha visto agravada por la progresiva desregulación del mercado privado de alquiler. Esta tendencia se manifestó claramente ya con el Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril, sobre medidas de política económica, y se consolidó con la propia Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Combinadas con la inexistencia de un parque suficiente de viviendas públicas, estas medidas dispararon fenómenos como el acoso o *mobbing* inmobiliario contra inquilinos con contratos de renta antigua⁷³ y condenaron a la inseguridad jurídica a numerosos arrendatarios⁷⁴.

Otro fenómeno estructural producido por la falta de control público sobre los ejercicios anti-sociales de la propiedad y de la libertad de empresa ha sido la especulación urbanística e inmobiliaria. Aunque responden a muchas causas, estas prácticas se vieron amparadas en leyes como la 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen de Suelo y Valoraciones, que prácticamente convirtió todo el suelo no protegido de manera explícita en suelo urbanizable. Así, y con la censura de la propia UE, se alentó la financiación de los ayuntamientos a través de la recalificación de terrenos y con ello, la corrupción urbanística, al tiempo que se generó un modelo de crecimiento con un impacto social y ecológico claramente reñido con el “orden constitucional ambiental” (arts. 45, 46 y 47 CE) y con la propia solidaridad inter-territorial (art. 138.1 CE).

Tras su Misión a España, el Relator Especial de la ONU para el derecho a una vivienda adecuada sostuvo que las políticas impulsadas en las últimas décadas han hecho de ésta uno de los países de la UE con más viviendas construidas, más viviendas vacías y menos vivienda asequible⁷⁵. De ese modo, se ha consolidado un

⁷³ El acoso o *mobbing* inmobiliario (vid. supra nota 14) consiste principalmente en la adopción por parte de los propietarios de un inmueble de medidas orientadas a forzar su abandono por parte de inquilinos con contratos de renta antigua. Estos contratos se caracterizan por ser indefinidos y establecer precios notablemente inferiores a los del mercado. De ahí que sus víctimas sean sobre todo personas de avanzada edad.

⁷⁴ La Ley 29/1994, de Arrendamientos Urbanos, establece un período de duración de los contratos de alquiler de hasta 5 años. Durante ese período, los incrementos en el alquiler no pueden ser mayores al índice de precios al consumidor. Posteriormente, sin embargo, la Ley posibilita aumentos indiscriminados.

⁷⁵ Vid. el Informe del Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida apropiado, Sr. Miloon Kothari, A/HRC/7/16/Add.2, de 7 de febrero de 2008.

modelo inmobiliario y urbanístico económicamente especulativo, ambientalmente insostenible y socialmente excluyente, que ha colocado en una situación de abierta vulnerabilidad a capas amplias de la población, comenzando por personas mayores, jóvenes, y trabajadoras y trabajadores en situación de precariedad laboral, tanto autóctonos como migrantes.

En los últimos años, en todo caso, han tenido lugar algunos intentos de estrechar la brecha que separa los compromisos constitucionales e internacionales sobre el derecho a la vivienda de las políticas habitacionales concretas. En el ámbito estatal, el Real Decreto 553/2004, de 17 de abril, sobre reestructuración de departamentos ministeriales, previó la creación de un Ministerio de Vivienda, encargado de ejercer las competencias correspondientes a la Administración General del Estado. Uno de los propósitos declarados del Ministerio ha sido reforzar el papel de la vivienda protegida y de contribuir a un mayor equilibrio entre las formas de tenencia, fomentando el régimen de alquiler e intentando equipararlo, como mínimo, al régimen de propiedad. El Plan de Vivienda Estatal 2005-2008⁷⁶, de hecho, ha intentado centrarse en esos objetivos, entre otras cuestiones, ampliando el término de calificación de las viviendas con protección pública⁷⁷. Sin embargo, el grueso de la actuación estatal ha girado en torno a la VPO de precio concertado, un tipo de vivienda cuya asequibilidad para los sectores más vulnerables es claramente limitada.

En relación con el fomento del alquiler, se han puesto en marcha dos clases de medidas, con resultados contradictorios. Por un lado, se ha creado una Sociedad Pública de Alquiler con el objetivo de mediar entre propietarios privados y arrendatarios y facilitar los alquileres⁷⁸. El volumen de pisos alquilados a través de este organismo, no obstante, ha sido sensiblemente inferior a lo esperado⁷⁹. Por otra parte, se han previsto ayudas monetarias tanto a los demandantes de vivienda como a sus propietarios. Aquí, los problemas han tenido que ver, sobre todo, con la selectividad de los grupos beneficiados (principalmente jóvenes); con las condiciones impuestas para acceder a las ayudas (que no siempre las colocan, en un tiempo razonable, a disposición

⁷⁶ Real Decreto 801/2005, de 1 de abril.

⁷⁷ En su borrador, el Plan incluía que las viviendas sujetas a régimen de protección pública lo mantendrían durante toda su vida útil, pero la fórmula no pudo conservarse, entre otras razones, por la fuerte oposición de algunas Comunidades Autónomas. Finalmente, el art. 5 del Real Decreto estipuló que las viviendas sujetas a régimen de protección pública lo conservarían durante 30 años, contados desde su calificación definitiva, aunque las Comunidades Autónomas pudieran establecer un plazo superior.

⁷⁸ Acuerdo del Consejo de Ministros, de 8 de abril de 2005.

⁷⁹ Según datos de la propia Sociedad Pública de Alquiler, en dos años y medio sólo se han suscrito 8.410 contratos de alquiler en todo el Estado. Mientras, en 2007, los precios de alquileres en ciudades como Barcelona o Madrid se incrementaron en más de un 8%.

de los colectivos más desaventajados); y con su limitado impacto en un contexto de ausencia de alquiler social y de controles suficientes sobre el mercado privado de alquiler⁸⁰. El otro punto débil de estas medidas es que muchas de las ayudas ofrecidas a los propietarios ni siquiera han estado sujetas al cumplimiento de deberes como la rehabilitación de las viviendas, con lo cual se han convertido en subvenciones indirectas a usos anti-sociales de la propiedad.

Más auspiciosas, desde una perspectiva garantista, han sido en cambio las reformas introducidas por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo. Esta nueva normativa, elaborada en la línea de las leyes de suelo autonómicas más avanzadas, como la Ley vasca 2/2006, de suelo y urbanismo, pretende revisar el paradigma del “todo urbanizable” vigente hasta fechas recientes. En ella se contemplan, por primera vez, los derechos habitacionales de todos los ciudadanos y no sólo de los propietarios (arts. 4 y 5); se vincula el derecho a la vivienda a la función social de la propiedad del suelo (art. 9); y se recupera la noción de la ciudad como un espacio colectivo en el que disfrutar y ejercer la ciudadanía. Con el objetivo de garantizar suelo para vivienda asequible, se establece una reserva mínima del 30% del nuevo suelo residencial para vivienda protegida, intentando con ello moderar los precios de la vivienda libre y facilitar el acceso a quienes se ven excluidos de este mercado (art. 10)⁸¹.

Por su parte, se intenta bloquear la corrupción urbanística en el ámbito municipal imponiendo a los ayuntamientos obligaciones que van desde la constitución de patrimonio público de suelo, a la ampliación del régimen de incompatibilidades de concejales y directivos municipales o la identificación de los propietarios de fincas beneficiadas con recalificaciones (DA 9ª). Otro de los objetivos importantes de la ley es conseguir un desarrollo urbano y territorial más sostenible (art. 2), para lo cual se prevé que sólo se pueda urbanizar el suelo necesario e idóneo para hacer ciudad, obligando a la protección del resto, y se introducen estrictos requisitos de evaluación ambiental previa de los desarrollos

⁸⁰ El 14 de agosto de 2008 el Consejo de Ministros aprobó un Anteproyecto de Ley de Medidas de Fomento del Alquiler de Viviendas y la Eficiencia Energética de los Edificios. Significativamente, uno de los propósitos de esta norma es agilizar los desahucios por falta de pago. Con ello se buscaría dar mayor “seguridad jurídica” a los propietarios e incentivarlos a alquilar. Lo más probable, sin embargo, es que en ausencia, una vez más, de un parque público de viviendas sociales, este tipo de medidas perjudiquen a los arrendatarios en mayor situación de vulnerabilidad. Se favorecería, por tanto, la “seguridad jurídica” de los propietarios, sin distinción, al precio de extender la “inseguridad jurídica” entre los colectivos más desaventajados.

⁸¹ La aparición de la Ley estatal de suelo, de hecho, ha motivado la reforma de la normativa autonómica en la materia. En Cataluña, por ejemplo, el Gobierno autonómico emitió el Decreto-Ley, de 16 de octubre, de medidas urgentes en materia urbanística, con el objeto de elevar las reservas de suelo para viviendas protegidas hasta el 30% previsto en la norma estatal. Entre otras cuestiones, el Decreto-Ley dispone que en los municipios de más de 10.000 habitantes y capitales de comarca, se deberá reservar hasta el 40% del techo residencial previsto (art. 9).

urbanísticos (art. 15). Todo ello en un marco normativo que, para desactivar la especulación en el mercado del suelo, introduce un principio clave: la valoración del suelo por su situación real y no por sus expectativas, lo cual desincentiva las prácticas de clasificación y retención puramente especulativas (arts. 20 y ss.).

Algunas de estas medidas, en realidad, ya habían sido impulsadas desde algunas Comunidades Autónomas. En efecto, si bien el desarrollo de las políticas habitacionales en el ámbito autonómico fue durante décadas tan débil como en el ámbito estatal, a partir de finales los años noventa comenzó a abrirse paso una filosofía normativa diferente, sobre todo en Comunidades Autónomas como la vasca o la catalana.

El Plan Director de Vivienda 2002-2005 del País Vasco, aprobado a través del Decreto 315/2002, de 30 de diciembre, fue el primero en introducir la calificación permanente de la vivienda protegida, proscribiendo la posibilidad de su venta en el mercado libre. Junto a esta medida, se impulsó un aumento considerable de las ayudas al alquiler y se puso en marcha un programa para movilizar viviendas vacías –el Programa *Bizigune*– y adjudicarlas a colectivos desaventajados a cambio de una renta social. Este programa ha tenido un éxito bastante mayor al de otros programas de mediación. No obstante, algunas instituciones, como el *Ararteko*, han criticado el hecho de que suponga una subvención indirecta a arrendadores privados de vivienda urbana que, en muchos casos, estaban utilizando su propiedad con fines especulativos⁸².

En realidad, muchas de las iniciativas en materia habitacional en la Comunidad Autónoma vasca acabaron por plasmarse en la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo. Esta normativa recoge novedades que luego repercutirían, incluso, en la elaboración de la legislación estatal. Así, se recogen diversas tipologías de vivienda protegida, desde las de régimen general, hasta las viviendas sociales, incluidas algunas modalidades para colectivos en especial situación de vulnerabilidad como los llamados “alojamientos dotacionales”. Otro de los puntos importantes de la ley son las reservas mínimas de suelo para vivienda protegida. En suelo urbanizable, por ejemplo, se prevé que el 75% de las nuevas construcciones se dedique a vivienda con algún régimen de protección. De este 75%, un 55% se reserva a viviendas de protección oficial de régimen general y especial (para colectivos

⁸² Esta fue una de las críticas realizadas por el Ararteko en su Informe extraordinario al Parlamento Vasco, *Las políticas públicas de vivienda dirigidas a la población joven en la Comunidad Autónoma del País Vasco*. Las organizaciones empresariales, empero, criticaron la fórmula por razones opuestas. En su opinión, era menester otorgar mayores garantías y seguridad jurídica a los propietarios, agilizando, por ejemplo, los desahucios de inquilinos morosos. Vid., al respecto, la nota 77.

más vulnerables) (art. 80)⁸³. El *Ararteko* ha lamentado que la ley no haya aprovechado para establecer de manera expresa reservas destinadas a vivienda genuinamente asequible, como la vivienda social de alquiler. En cambio, ha celebrado que el nuevo texto califique como permanente el régimen de las viviendas protegidas.

También en Cataluña se han impulsado algunas medidas en materia de política habitacional que rompen, parcialmente, con la filosofía liberalizada de las últimas décadas. Así, por ejemplo, la Ley 2/2004, de 4 de junio, de mejora de barrios, áreas urbanas y villas que requieren una atención especial, ha sido considerada como una auténtica ley "anti-gueto"⁸⁴ y está destinada a fomentar procesos de renovación urbana en núcleos problemáticos, bien por el envejecimiento de la población y de las infraestructuras, bien por la falta de cohesión social o por el deterioro económico. Otra de las iniciativas emblemáticas en la materia ha sido la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda.

La nueva ley catalana es la primera en abordar la cuestión habitacional en términos, no de simple política pública urbana, sino de derechos⁸⁵. Incluye diversos elementos que pueden destacarse: desde la consideración de la política habitacional como un servicio de interés general, dirigido a garantizar el derecho constitucional a la vivienda y a la ciudad (art. 4), hasta la previsión de supuestos específicos de incumplimiento de la función social de la propiedad, como el abandono permanente e injustificado de inmuebles, el hacinamiento o la vulneración de deberes de rehabilitación y la conservación (art. 5); pasando por la consagración del acoso inmobiliario como una práctica discriminatoria ante la cual puede llegar a justificarse la inversión de la carga de la prueba (arts. 45-47). En la línea de la ley francesa de 2000⁸⁶, la ley catalana se propone conseguir una mayor "solidaridad urbana" (Título V, Cap. II) mediante la consecución en veinte años de un parque mínimo de viviendas destinadas a políticas sociales, del 15% en los municipios de más de 5000 habitantes y las capitales de comarca (art. 73).

⁸³ En la Comunidad Autónoma vasca ya existía desde 1994, ex lege, una reserva en suelo urbanizable del 65% de las nuevas viviendas a construir, que llegaba al 20% en el caso de viviendas a construir en suelo urbano. Estas reservas para vivienda protegida eran ya las mayores entre las Comunidades Autónomas que disponen de ellas. Vid., al respecto, J. Burón, "El impacto del artículo 47 de la Constitución en la normativa vasca de vivienda", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 230, Madrid, 2006.

⁸⁴ J. Ponce, *Segregación escolar e inmigración*, cit., p. 64.

⁸⁵ En septiembre de 2007, la Junta de Andalucía inició la tramitación de un proyecto de Ley del derecho a la vivienda con el objeto de "garantizar a los andaluces una casa, en alquiler o en propiedad, sin que el esfuerzo económico para adquirirla supere en ningún caso un tercio de sus ingresos familiares". Sin embargo, la propuesta aún no ha sido aprobada.

⁸⁶ Ley 2000-1208, de 13 de diciembre, de solidaridad urbana.

Asimismo, con el efecto de mejorar la transparencia y la equidad en el acceso a la vivienda con protección pública, se prevé la constitución de un Registro único de solicitantes (art. 92)⁸⁷. Uno de los puntos, en todo caso, más controvertidos de la ley, ha sido su art. 42.6, que prevé la posibilidad de acordar el alquiler forzoso de viviendas vacías o permanentemente desocupadas, en ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada y una vez agotadas una serie de medidas de incentivo al propietario⁸⁸.

La aprobación final de la ley, en todo caso, vino precedida por un "Pacto Nacional por la Vivienda" (*Pacte Nacional per l'Habitatge 2007-2016*) acordado con el sector empresarial y algunas organizaciones de la sociedad civil. El Pacto se plantea, entre otras cuestiones, luchar contra la exclusión residencial y aumentar la previsión de ayudas para colectivos en situación de vulnerabilidad. Igualmente, anuncia medidas contra el acoso inmobiliario y la degradación intencionada de inmuebles, así como inspecciones administrativas dirigidas a garantizar la calidad de la vivienda. Es difícil, en cualquier caso, anticipar el resultado de medidas que, en muchos casos, consisten más en incentivos que en obligaciones concretas para los agentes privados. Igualmente, aunque el Pacto promueve la rehabilitación y el régimen de alquiler, prevé un elevado volumen de vivienda en régimen concertado (con precios más altos que los del régimen general) y un aumento de la construcción, sin mayores consideraciones por su impacto ambiental.

Sin perjuicios de los avances, las nuevas políticas habitacionales y urbanísticas, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, parecen atravesadas por una contradicción especialmente evidente en épocas de crisis: la pretensión de ampliar el alcance del derecho a una vivienda adecuada y a un entorno urbano digno y sostenible sin otorgar prioridad real a los colectivos más vulnerables y, sobre todo, sin prevenir ni sancionar de manera adecuada los ejercicios especulativos y anti-sociales más graves del derecho de propiedad y de la libertad de mercado.

Actuaciones, como éstas, en realidad, no deberían depender de una opción política coyuntural. Deberían formar parte de toda

⁸⁷ Muchas de estas medidas fueron el eje de ataques por parte de grupos políticos de la oposición y sectores empresariales. En el Anteproyecto inicial de la ley, por ejemplo, la prolongación del régimen de calificación de vivienda protegida alcanzaba los 90 años, pero finalmente se redujo a 30. Igualmente, aunque la ley establece un Registro Único de Solicitantes de vivienda protegida, los promotores privados pueden reservarse hasta un 30% de las viviendas de la promoción para adjudicarlas al margen de los sorteos (art. 101).

⁸⁸ Consultado acerca de la constitucionalidad y estatutoriedad de esta medida, el Consejo Consultivo de Cataluña entendió (Dic-tamen nº 282, de 29 de noviembre de 2007) que no suponía una afectación desproporcionada del derecho de propiedad, aunque sí una vulneración del principio de igualdad, ya que la indefinición de lo que era una zona residencial "fuerte y acreditada" o la falta de especificación de los mecanismos de detección de las viviendas abandonadas podían introducir un trato discriminatorio entre diferentes propietarios. En consecuencia, y antes de aprobar la ley, el Parlamento de Cataluña modificó el art. 42.6 para aclarar estos extremos.

política que aspirara a concretar, en el ámbito de la vivienda y del urbanismo, el mandato constitucional de promoción del principio del Estado social (art. 1.1 CE) de la igualdad real (art. 9.2 CE), de la solidaridad territorial (art. 138.1) y de la sostenibilidad ambiental (arts. 45, 46, 47), así como los compromisos internacionales asumidos por el Estado español en materia de derechos habitacionales y residenciales. Seguramente, la concreción de estos mandatos no pasa por la asunción mimética y acrítica de políticas adoptadas en otros países europeos. Pero sí por prestar atención a las “mejores prácticas” dirigidas a reforzar la exigibilidad y la universalidad del derecho a la vivienda⁸⁹. En términos generales, estas prácticas garantistas han asumido algunos elementos comunes: la priorización, desde luego, de la construcción de vivienda social y sostenible sobre la subvención y el abaratamiento de la financiación de vivienda libre; la apuesta por la movilización de vivienda vacía sobre la construcción indiscriminada; o el incentivo, como régimen principal de tenencia, del derecho de superficie y del alquiler social sobre la propiedad privada⁹⁰.

Seguramente, estas líneas de actuación son insuficientes para resolver una situación de emergencia habitacional que exige reformas estructurales –financieras, fiscales, y económicas en general–, no sólo en el ámbito de la vivienda, sino también en otros como el laboral o el de la seguridad social. Pero pueden permitir acercarse, al menos, a unos estándares internacionales, estatales, autonómicos e incluso municipales sobre el derecho a la vivienda y sobre el más amplio derecho a vivir en ciudades y pueblos inclusivos y sostenibles, tan exigentes como poco observados en la práctica.

⁸⁹ En Escocia, por ejemplo, existe una ley sobre personas sin hogar, (*Homelessness Scotland Act*), de 2003 que obliga a las autoridades locales a asegurar, para el año 2012, un alojamiento adecuado para todas las personas sin techo, como primer paso para asegurar el derecho general a una vivienda adecuada. De manera similar, la ley francesa 2007-290, de 5 de marzo de 2007, sobre exigibilidad del derecho a la vivienda, ha desarrollado el derecho de las personas en situación de necesidad a reclamar ante un tribunal contencioso-administrativo la denegación injustificada del acceso a una vivienda por parte de las autoridades públicas. También en este ámbito ha habido intentos interesantes: el ya mencionado anteproyecto andaluz que pretendía garantizar el derecho a no destinar a la vivienda más de un 30% de los ingresos, o el reciente anuncio de un anteproyecto de ley vasca que pretende convertir el acceso a una vivienda en alquiler en un derecho tendencialmente universal.

⁹⁰ En este sentido, pueden consultarse las lúcidas y comprometidas observaciones de J. Burón, “El impacto del artículo 47 de la Constitución en la normativa vasca de vivienda”, cit.; y “La política de viviendas del Gobierno Vasco”, en *Documentación Social*, nº 138, Madrid, 2005, pp. 119 y ss.

LA RENTA BÁSICA COMO DERECHO SOCIAL

ANTONIO DE CABO

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid

Un acercamiento a la renta básica*

En las dos últimas décadas las propuestas a favor de una renta básica han saltado del restringido ámbito de ciertos círculos políticos y académicos a ocupar un espacio social cada vez más amplio. En el estado español son numerosas las Comunidades Autónomas que han aprobado o pretenden aprobar alguna forma de Renta Básica. Igualmente, las Cortes Generales tienen planteadas diferentes iniciativas sobre la materia y su discusión ha entrado ya en varias ocasiones en los debates parlamentarios.

El presente escrito pretende contribuir de forma sencilla a clarificar algunos puntos en torno a este tema. En particular, trata de exponer la situación que da lugar al debate sobre la renta básica (su contexto histórico), de ofrecer una definición mínima y de exponer sus elementos diferenciadores de otras propuestas parecidas pero no idénticas, de rastrear sus precedentes y justificaciones doctrinales, y, sobre todo, de enumerar las principales cuestiones que el debate sobre la renta básica deja abiertas. Se pretende, en definitiva, establecer de la forma más clara la situación actual y de ofrecer elementos para el debate político y doctrinal que permanece abierto en torno a ella.

Quizá lo primero que convenga aclarar es que, probablemente, la renta básica más que un derecho o una prestación singulares es un enfoque en torno a la satisfacción de ciertas necesidades básicas. En este sentido, su integración en un ordenamiento con otras prioridades puede resultar más complejo que la mera aprobación de una norma que la establezca.

De hecho, el contexto histórico en que surge el debate sobre la renta básica sólo puede explicarse como respuesta a las limitaciones del modelo de derechos sociales en el estado social.

Como es sabido, al margen de otras consideraciones doctrinales, los derechos sociales en Europa surgen como juridificación (en su caso, constitucionalización) de la garantía de las condiciones de reproducción de la clase trabajadora y, por tanto, con un contenido esencialmente prestacional. Estas prestaciones, por razones que derivan en última instancia del equilibrio de fuerzas en la lucha de clases, se ligan a la realización del trabajo que es, a su vez, un derecho que se garantiza durante las décadas de la segunda posguerra mundial con políticas tendentes (con notable éxito) al pleno empleo.

* Los temas y puntos de vista aquí expuestos pueden ampliarse en VV.AA., La renta básica como nuevo derecho ciudadano, G. Pisarello y A. de Cabo (Eds.), Editorial Trotta, Madrid, 2006, donde, igualmente, se encontrarán las oportunas referencias bibliográficas.

Dicho de otra manera, las prestaciones en que consisten los derechos sociales presentan dos caracteres fundamentales: su vinculación al trabajo y su vinculación a la necesidad. Ello implica que su vigencia sociológica está íntimamente ligada a la situación socioeconómica. Cuando lo común es el pleno empleo, derechos asociados a los trabajadores (con empleo formal) viene a equivaler (aproximadamente) a derechos de todos. Cuando la necesidad tiene una distribución homogénea (necesidades que el salario no puede cubrir y, sólo excepcionalmente, ausencia del salario), las previsiones sobre prestaciones son (relativamente) fáciles de gestionar.

La crisis que asalta a las economías y, subsidiariamente, a los estados occidentales a partir de mediados de los años setenta, sirvió para poner en evidencia las taras (tanto de origen como sobrevenidas) de dicho modelo.

En esencia, dichas patologías pueden agruparse en torno a ocho puntos.

1. *Trabajismo*. Al haberse unido las prestaciones al mercado formal de trabajo, los derechos sociales contribuyeron al ensalzamiento del trabajo obrero a costa de la desvalorización de otras formas de trabajo (reproductivo, de cuidado, de la economía informal) con la consiguiente degradación de los grupos e individuos que los ejercían.
2. *Patriarcalismo*. El mercado de trabajo de la posguerra mundial se construye con un modelo netamente patriarcal en el que las mujeres son desplazadas de sus puestos en la economía de guerra hacia los márgenes o el exterior del sistema. El varón cuenta no sólo con el salario, sino con las prestaciones sociales como instrumentos de poder y control sobre la mujer.
3. *Estigmatización*. Conforme la situación económica se deteriora y el coste del mantenimiento de las prestaciones se vuelve más difícil de asumir por el sistema, el grupo de trabajadores sanos con trabajo tiende a conceptualizar a los receptores como parásitos del sistema, subsumiéndolos en categorías como la de minusválido, económicamente no activo, etc.
4. *Ugly sister contest*. Al depender el monto de la ayuda de la cantidad de necesidad demostrada (y al ser difícil encontrar una alternativa salarial para la satisfacción de la misma), se establece una carrera por demostrar (y, en su caso, poseer) el mayor grado posible de "minusvalía", estimulando, así, la incapacidad como forma de mantener la subsistencia.
5. *Trampa de la pobreza*. La escasez de posibilidades de empleo y la baja calidad de los mismos y de los salarios que los

acompañan encierran a un número creciente de personas en la trampa de la pobreza. Es decir, la situación en la cual sus recursos de subsistencia empeoran, en lugar de mejorar, si obtienen un trabajo. Efectivamente, el monto del ingreso puede no compensar la pérdida de las ayudas, estimulando así la "inactividad" económica.

6. Clientelismo. La dependencia absoluta de sectores crecientes de la población de las prestaciones sociales contribuye a una gestión clientelar de los mismos, de forma tal que, en situación de recursos escasos, se invita a los destinatarios a competir en fidelidad al gobernante para conseguirlos y, recíprocamente, a presentarlos como concesiones graciosas de las administraciones.
7. Autoprogramación. Al corresponde a la Administración la comprobación de las necesidades y de la ausencia de recursos de los solicitantes, en un contexto de creciente demanda, se tiende a resolver no los problemas más urgentes o los más importantes, sino aquellos que más fácilmente pueden ser identificados por la Administración, o los que resultan menos conflictivos o menos costosos.
8. Ineficacia en el gasto. La enorme cantidad de comprobaciones necesarias para verificar la existencia y prelación de las necesidades, y la ausencia de recursos provoca que el gasto social se dedique prioritariamente a las actividades de gestión e inspección y no a las prestaciones propiamente dichas.

Es con la intención de hacer frente a estas patologías con la que se produce la búsqueda de modelos o enfoques alternativos para la satisfacción de las necesidades. Y (en la mayor parte de los estados) el sistema que contrasta más directamente con el de las prestaciones asociadas a la necesidad, falta de recursos y en cabeza de familia, es el de la educación. Efectivamente, la educación se presta a todos por igual, con independencia de sus recursos y también con independencia de la necesidad (no se verifica si un niño sabe leer para llevarlo a la escuela a *aprender* a hacerlo). En algunos casos, además, se presta por igual a nacionales y extranjeros, con absoluta independencia del status legal de las personas que, consiguientemente, no es verificado. Se trata de lo que se ha dado en llamar un de universalización de la prestación. Un sistema que, tendencialmente, evitaría todos (o la mayor parte) de los defectos antes señalados.

La pregunta que, lógicamente, se plantea es: ¿puede universalizarse la universalización? Es decir, podemos aplicar la lógica de la universalización a *todas* las prestaciones. Y, en tal caso, ¿cuál sería la forma de lograrlo? ¿con qué intensidad debería hacerse?

El carácter de equivalente universal del dinero aparece, así, como el primer candidato para la universalización de la universalización. Surgen, así, las propuestas de renta básica.

En su sentido más común, una renta básica es un pago periódico en metálico realizado por el Estado a cada ciudadano o residente de manera incondicional y con independencia de otros recursos que perciba, y suficiente para evitar su caída en la pobreza.

Tres serían, pues, los rasgos que la distinguirían de otras prestaciones en metálico existentes en diferentes ordenamientos. Éstas suelen ser selectivas pues se otorgan sólo a ciertos colectivos o individuos que reúnen ciertos requisitos especiales. En otros casos, la prestación requiere algún tipo de contraprestación por parte de los receptores (trabajo comunitario, aceptación de un puesto de trabajo si lo hubiere, realización de cursos de formación o reciclaje, etc.). Por último, algunas rentas ofrecidas como ayuda son tan bajas que sólo sirven para sacar a las personas de la situación de extrema necesidad, pero conservándolas dentro del grupo más numerosos de los "necesitados".

Desde el punto de vista doctrinal, las propuestas de la renta básica tienen una prehistoria y una historia moderna. En su prehistoria se cuentan propuestas más o menos vagas, parecidas en algún aspecto a la moderna renta básica que, según el enfoque de cada autor, se remontan más o menos en el tiempo. Por lo común, suele decirse que Thomas Paine habría defendido la primera forma reconocible de renta básica. Como se deduce fácilmente de lo anteriormente expuesto, dado que el contexto socioeconómico de su actividad intelectual no guarda apenas relación con la situación actual, aunque pueda considerarse un precedente en el nivel de la inspiración de las ideas, su propuesta debe encuadrarse en un marco de luchas diferente.

La historia moderna de la renta básica suele asociarse a la publicación por parte de Van der Veen y Van Parijs en 1986 de "A Capitalist Road to Communism". Como puede verse por la mera enunciación del título, la renta básica nace al mundo contemporáneo con una vocación marcadamente paradójica y como impugnación al sentido común social. Es importante recordar este aspecto de un debate que, en muchas ocasiones, ha servido para revelar tanto o más que las virtudes de la renta básica, las debilidades del modelo de los derechos sociales.

Como puede comprobarse visitando el sitio de la Basic Income European Network (www.basicincome.org) son muchos los refinamientos y sofisticaciones que ha alcanzado esta propuesta inicial, y muchas también las alternativas y polémicas que los han acompañado.

Desde el punto de vista de su justificación, más allá de los detalles, puede decirse que existen defensores de la renta básica desde, al menos, tres importantes corrientes doctrinales de la teoría política contemporánea: el utilitarismo, el contractualismo y la teoría de los derechos.

No es éste, naturalmente, el lugar para evaluar las fortalezas y debilidades de cada uno de los tres enfoques, baste con establecer las obvias conexiones entre ellos y la renta básica. O bien, se defiende que la renta básica contribuiría a un mayor beneficio para un mayor número que otras formas alternativas de gestión de los recursos públicos (sin entrar aquí a las cuestiones clásicas del problema de las minorías y de los individuos en el utilitarismo), o bien se sostiene que a los deberes (o limitaciones de todo orden: ecológicas, culturales, de la libertad persona, etc.) que el estado contemporáneo impone debe corresponderse una garantía de su subsistencia y dignidad (que se hace corresponder con la renta básica); o bien, por último, se postula la obligatoriedad de la renta básica a partir de alguna teoría de los derechos humanos (ya sea basada en las necesidades, en la dignidad humana, en la naturaleza humana, etc.). Cabe decir, por tanto, que no hay aquí especiales novedades con respecto a la justificación, por ejemplo, de los derechos sociales clásicos.

Como antes se adelantó, quizá uno de los aspectos más interesante de la renta básica es que ha obligado a reconsiderar un amplio catálogo de problemas, reproponiéndolos a la discusión política. Podrían destacarse nueve:

1. ¿La renta básica es para países ricos o para países pobres? ¿Es una suerte de culminación opulenta de la garantía estatal del desarrollo individual de los países superdesarrollados o una oportunidad para salir de la explotación y la marginalidad para países pobres?
2. ¿La renta básica es una medida defendible desde un punto de vista de género? ¿Se trata de una medida que refuerza la posición negociadora de las mujeres al no hacerlas depender del salario (propio o de un varón) o, por el contrario, sirve como instrumento para volverlas a recluir en el ámbito doméstico y del cuidado, apartándolas de la esfera pública?
3. ¿Es una medida monetarizadora o desmonetarizadora? ¿Provo-ca la renta básica una mayor dependencia (y, consecuentemente, una mayor valoración) del dinero, o tiende a reducirlo a su condición de mero equivalente universal?
4. ¿Es una medida que favorece o perjudica a los trabajadores? ¿Contar con un ingreso garantizado contribuirá a que los

trabajadores puedan rechazar empleos indignos por sus condiciones o su salario, o más bien servirá para que los empresarios reduzcan los salarios a sabiendas de que la subsistencia material ya la garantiza el Estado?

5. ¿Es una medida que depauperiza una sociedad o que sectorializa la pobreza? ¿Conseguiremos una sociedad libre de necesidades o una sociedad en la que los extranjeros (si no tienen derecho a la renta básica) pasen a ocupar un nicho de lumpenproletariado? Todo ello conectado, como es obvio, a los requisitos de otorgamiento, a la política de fronteras y al efecto llamada.
6. ¿Cómo se financiaría la renta básica? ¿Con impuestos? ¿Progresivos, regresivos, lineales? ¿En qué sectores sería mayor la contribución tributaria que la renta? ¿En cuáles no?
7. ¿Provocaría la renta básica una afección o una desafección de la población respecto a los deberes públicos y sociales? ¿Caminaríamos hacia una sociedad de surfistas que cultiva el bronceado de sus pieles en las arenas de las playas mientras el Estado paga sus necesidades (como sugiere la ilustración de portada de uno de los más famosos libros sobre renta básica) o se crearían las condiciones de seguridad personal en las que se desarrollarían las cualidades filantrópicas y de cuidado y responsabilidad propias de los seres humanos? ¿Estaríamos ante una sociedad más o menos moral?
8. ¿Sustituiría o complementarían al estado social? ¿Estamos ante una medida adicional al modelo del estado social o ante un enfoque diferente de la cuestión de las necesidades que pretende sustituir en bloque a lo anterior? ¿Quiénes saldrían ganando con el cambio y por qué?
9. ¿Es la renta básica una medida capitalista o anticapitalista? ¿Su énfasis en el dinero la sitúa en la órbita de la circulación del capital o su reducción a exclusivo instrumento de cambio mina las bases mismas de la relación social en la que el capital consiste?

Como puede verse, dos décadas después de su formulación moderna inicial, la renta básica, lejos de ser un tema agotado, sigue ofreciendo numerosos perfiles polémicos y funcionando como acicate para el debate sobre una variada gama de cuestiones políticas, económicas y sociales.

ISBN: 978-84-89776-34-0



9 788489 776340

ararteko

Herriaren Defendatzaillea
Defensoría del Pueblo

20
urte años

Zuretzat lanean
Trabajando para ti